

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXIII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal y Director
del Instituto de Criminología de la Universi-
dad de Madrid

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARIN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

Secretario:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Profesor Agregado de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YANEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado y Profesor de la Escuela Judicial

MANUEL COBO
Catedrático de Derecho penal y Decano de
la Facultad de Derecho de la Universidad
de La Laguna

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal y Director del
Instituto de Criminología de la Universidad
de Valencia

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal General del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Su-
premo y Director de la Escuela Judicial

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Madrid

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Oviedo

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

<i>El Código penal de 1870</i> , por José Antón Oneca	229
<i>El bandolerismo en la legislación vigente</i> , por Marino Barbero Santos	253
<i>El bersari in re ilícita y el párrafo tercero del art. 340 bis a del Código penal español</i> , por José Cerezo Mir	287

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados.**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 300 ptas. Extranjero, 400.

Precio del fascículo suelto: España, 125 ptas. Extranjero, 150 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1970.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXIII
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXX**

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

Depósito Legal, M. 126.—1958

El Código penal de 1870

JOSE ANTON ONECA

Catedrático jubilado de Derecho penal

Con el título “La Reforma penal de 1870”, la Universidad salmantina ha editado un libro del profesor Núñez Barbero (1), donde se examinan los antecedentes, el debate parlamentario y las modificaciones introducidas en el viejo Código de 1848; o, mejor dicho, en el de 1850, pues en esta fecha se alteraron varios artículos de aquél. Al conmemorar ahora el centenario del Código promulgado en uso de la autorización concedida al Gobierno por Ley de 17 de junio de 1870, recomendamos en primer término al lector el muy completo estudio de Núñez Barbero; también las conferencias pronunciadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación por los señores Castejón, Cobo, Latour, Rodríguez Mourullo y Olesa (2). En este artículo, sin perjuicio de recordar datos ya conocidos, nos adherimos a esta conmemoración exponiendo desde un punto de vista crítico la reforma de 1870 y, como complemento de nuestro trabajo, tenemos preparado para otro fascículo de esta revista un estudio sobre los proyectos de nuevo Código penal que se publicaron en el siglo XIX.

I. HISTORIA

En el Real Decreto de 19 de marzo de 1848, promulgador del primer Código penal duradero que hemos tenido en España —y vigente todavía en gran parte, *no obstante*, las sucesivas reformas—, disponía su artículo segundo: “El Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años o antes si lo estimase conveniente, las reformas o mejoras que deben hacerse, acompañando las observaciones que anualmente deben dirigirle los tribunales.” Esta laudable y no cumplida medida, de modesta provisionalidad, contrasta con los ditirámicos elogios que al Código dedicaron juristas de aquel tiempo e incluso de épocas posteriores. Los mismos redactores se mostraron

(1) NÚÑEZ BARBERO, *La Reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.

(2) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización judicial y del Código penal de 1870*. Madrid, 1870.

orgullosos de la obra preparada durante años de asiduo estudio y debates en la Comisión de Códigos nombrada en 1843; pero tanto ellos como el Ministro Arrazola, firmante del Decreto de promulgación, sabían del curso continuo del derecho, de la necesidad de variar sus normas según la experiencia y mudanzas del medio histórico. Por ello el mismo Decreto autorizaba al Gobierno para hacer “por sí cualquier reforma si fuera urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible”. De esta autorización hizo uso el Gobierno en el mismo año de la promulgación del Código, pero las modificaciones fueron de poca importancia (sobre encubrimiento, penas accesorias, aplicación de penas y algunos delitos en particular) (3). Mayor tuvo la de 1850, en parte justificada, porque se echaba de menos la figura del desacato. Y con este pretexto se hicieron otras varias de distinta importancia. Correspondieron a la época de mayor dureza en la dictadura de Narváez; más aparte del aspecto político, fue técnicamente defectuosa.

En el Código de 1848 no se había previsto el desacato. El del 50 remedió la falta, comprendiendo en el artículo 192 los realizados contra los Cuerpos Legislativos, Diputados, Senadores, Ministros de la Corona u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, o un superior con ocasión de sus funciones. En el último párrafo sorprende un precepto interpretativo: “En todos estos casos la provocación al duelo, aunque sea privada o embozada, se reputará amenaza grave para todos los efectos de este artículo.” Pacheco (4), después de referirse a la controversia sobre si la autoridad estaba o no suficientemente protegida, dice: “Pero un suceso deplorable ocurrido en 1849 vino a decidir; mas la parte que tuvo en aquel suceso el autor de estos comentarios le impide extenderse... acerca de esta variación.” Y alude a la defensa que como abogado hizo en la causa contra un señor Díez Martínez, sin precisar nada más. Parece ser que dicho señor era un contratista que, esperando en la antesala del Ministro de la Guerra y Jefe del Gobierno, General Narváez, se sintió ofendido al ser postergado en la recepción. La anécdota sorprende tanto por la susceptibilidad del contratista como por la ingenuidad de Narváez, quien para crear las figuras del desacato no necesitaba dejar memoria de su pequeña aventura. No creo fuera éste el motivo de la reforma, como insinúa Pacheco, pero sí pudo ser la ocasión.

Los atentados estaban comprendidos en el Código del 48 (artículo 189) con esta simple definición: “Los que con violencia acometieren o resistieren a la Autoridad pública o a sus agentes en el acto de ejercer su oficio, serán castigados con la pena de prisión menor.” “Los que cometieren este delito contra una guardia o centinela incurrirán en

(3) Real decreto de 21 setiembre de 1848. De otros dos fechados el 22 del mismo mes y año, uno es de interpretación, el otro de materia procesal en relación con la aplicación del Código. Véase: *Código penal de España*, Madrid, Imprenta nacional, 1848; págs. finales.

(4) PACHECO, *Código penal concordado y comentado*, 2.ª ed., t. II, pág. 217.

la pena de prisión mayor si llegaren a impedirles el libre ejercicio de sus funciones y en la de prisión menor en otro caso." La reforma del 50 prescinde de "la guardia o centinela" (5). También se añadieron las agravantes conservadas en el Código de 1870 y en los posteriores (a los que se acumularon a partir de 1944 nuevos artículos protectores de autoridades y sus familiares).

También procede del 50 la figura del llamado atentado impropio por los autores (6), según la cual cometen atentado contra la autoridad "los que sin alzarse públicamente empleen fuerza o intimidación para cualquiera de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición". El precepto perdura sin modificaciones a través de todas las reformas (núm. 1 del art. 231 del Código penal vigente). Los comentaristas se limitaron a subrayar la inutilidad del precepto, su imprecisión o el inadecuado lugar. Y sin aplicar ha estado hasta multitud de sentencias dictadas en 1934 con motivo de violencias causadas en una huelga de obreros campesinos. No tengo esta interpretación por afortunada, pero la creo motivada por parecer demasiado suaves las sanciones de la Ley de huelgas y demasiado severas las de la sedición.

El Código de 1848 declaraba punibles la conspiración y la proposición para cometer un delito solamente en los casos en que la ley las penaba especialmente (art. 4). El del 50 en todos los delitos (7). Comparando estas mudanzas de criterio a través de las distintas versiones de nuestro Código, Jiménez de Asúa ve en ellas "el termómetro para medir el calor de las convicciones liberales" (8). Así lo debieron entender los legisladores y lo hemos glosado los comentaristas; pero, bien mirado, ambas posiciones son equivocadas. Una ley autoritaria debería castigar otros actos preparatorios, pues algunos están más cercanos a la ejecución (como disponer el arma o situarse al acecho) que la proposición o conspiración. Del otro lado, es un contrasentido en los liberales castigar dichos actos precisamente en algunos delitos políticos, cuando precisamente esta clase de infracciones ha sido más benévolamente consideradas por el pensamiento liberal.

La reforma del 50 fue más extensa de lo que suele creerse. Son más de 90 los artículos afectados. No debemos ocuparnos de todos, pero indicaremos las modificaciones más interesantes, alguna de ellas poco citada. El artículo 7 del Código del 48 precisaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código: los militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se cometan en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia. La de 1850 agregó: "Y las demás que estuvieren penados por leyes especiales." Dada la amplitud de esta frase, holgaba la mención de las anteriores,

(5) Quizá por pensar "que era asunto de la Ordenanza en algunos casos", como opinó Pacheco, ob. cit., primera edición, t. II, pág. 281.

(6) RODRÍGUEZ DE VESPA, *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1969, pág. 707.

(7) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, 1968.

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*. 2.^a ed. Buenos Aires, 1954, página 502.

y, por ello, el legislador de 1870 prescindió de citarlas. Más importancia tuvo la operada en el artículo 19, cuyo texto era en el del 48 idéntico al 22 del actualmente vigente. Su redacción es la garantía de legalidad. Mas el del 50 dispone: "No será castigado ningún delito ni las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por la ley, ordenanza o mandato de la autoridad a la cual estuviera concedida esta facultad." Con acierto se dijo por Gómez de la Serna y Montalbán: "Objeto de este artículo ha podido ser el dejar libre y desembarazada la acción administrativa..., mas nosotros que estamos conformes con que sus procedimientos sean más rápidos, no creemos conveniente que se les faculte para imponer penas no señaladas previamente. Lo contrario dará lugar necesariamente a repetidos abusos" (9).

Un detalle mínimo en el lenguaje puede tener repercusión máxima en las sanciones. En el Código del 48 la alevosía consistía en obrar a traición y sobre seguro. En el del 50 la conjunción copulativa es sustituida por la disyuntiva "o"; con lo cual entran en la agravante dos zonas nuevas: la traición sin seguridad y la seguridad sin traición.

Nuevas figuras delictivas, procedentes de aquella reforma y perdurantes —alguna modificada— hasta el día, fueron: el escándalo público (9 bis), el hurto del autor de daños, y la tenencia, fabricación y expendición de instrumentos para el robo (arts. 364, 467 y 437 del Código del 50).

Pero no todas las modificaciones entonces acordadas se orientaron a hacer el Código más riguroso. En el artículo 2 se añadió el párrafo segundo: si en el primero se estimulaba a los tribunales a colaborar con el Gobierno para aumentar la materia punible, por el segundo, entonces introducido, se abría un camino para moderar los rigores en el caso concreto y llamar la atención hacia una posible humanización de la ley. El párrafo ha perdido utilidad después de que la Ley de 18 de junio de 1870, acerca del ejercicio de la gracia de indulto, autoriza para proponerlo al tribunal sentenciador, pero no ha estado de más mantener el paralelismo con el primero dentro del Código penal, ley manejada constantemente por los juzgadores. Otro rasgo de humanidad, aunque leve, fue excluir de la pena de argolla a los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los condenados a muerte, así como a las mujeres y mayores de 60 años (10).

Como desgraciada fue calificada dicha reforma (11) que, a título de urgencia, hizo el Gobierno; y el calificativo es afortunado, aunque no de un modo absoluto. Ahora bien: ¿estuvieron más atinadas las

(9) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal*, Madrid, 1851, t. III, Apéndice, pág. 6.

(9 bis) MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público*, Madrid, 1970, págs. 56 y ss.

(10) La pena de argolla se imponía a ciertos co-reos del condenado a muerte por algunos delitos, y obligaba a presenciar la ejecución.

(11) *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1874, pág. 181.

sugeridas por los informes solicitados de las Audiencias y Colegios de Abogados? De los últimos es muy conocido, por haber sido publicado, el del Colegio de Madrid (12), al que hace referencia Pacheco en la segunda edición de su Código penal concordado y comentado. Está formado por 46 respuestas a las 46 preguntas formuladas por la circular del Ministerio de Gracia y Justicia en 16 de abril de 1851. Tal procedimiento, usual hoy en la encuestas, era impropio para consultar a juristas, cuya experiencia e iniciativa podían haber ensanchado el horizonte de los problemas. El del Colegio de Abogados de Madrid fue obra de la Junta de Gobierno, siendo Decano el famoso don Manuel Cortina. La Junta acordó solicitar la ayuda de don Pedro Gómez de la Serna, entre otros.

En este informe se antepone a las respuestas ciertas consideraciones generales. Respecto al Código entonces vigente, "había llegado la época de hacer justicia y cesar en las declamaciones". Creían peligroso abandonar las teorías absolutas; pero concedían que si aquel cuerpo legal ha adoptado como capital base la escuela espiritualista, "se ha inclinado en parte a la escuela utilitaria conservando vestigios de nuestro antiguo derecho; por lo cual cumple con la escuela histórica". La enmienda como fin —dice— es idea generosa; pero en definitiva se inclina a las penas proporcionadas, pues las que no lo son producen escándalo. "El arbitrio judicial antes lo era todo y el juez debía ser hombre de ciencia; ahora lo es sólo de arte". "A algunos les ha parecido el Código penal demasiado artístico". Ciertas propuestas del Colegio de Abogados son inadmisibles. Por ejemplo: que no debía ser delito el quebrantamiento de las condenas ni el homicidio o las lesiones causadas por el marido a la mujer sorprendida en adulterio. Otras fueron aceptadas en el Código de 1870 o en otros posteriores, como el delito de inutilización para el servicio militar y el de abandono de familia. Castigar la proposición y la conspiración como medida general se estimaba riguroso en demasía. La calificación de las circunstancias había de quedar al prudente arbitrio judicial; eran rechazadas las agravantes por analogía, y el parentesco como agravante, debiendo ser —como lo fue a partir de 1870— circunstancia mixta. Muy acertada era la censura por el número excesivo de penas: las privativas de libertad debían quedar reducidas a tres. Como el sistema penitenciario influye en la gravedad de las penas, la ley debe proporcionar las bases. Las normas de ejecución del Código de 1848 eran de imposible realización, pues serían necesarios 2.144 establecimientos cuando en la realidad sólo existían 18. Respecto a la duración, recuerda que en el glorioso reinado de Carlos III, diez años eran la máxima duración de las penas de presidios y arsenales (13). Las pecuniarias deberían emplearse en los delitos leves cuyo origen es el deseo inmoderado de ganancias; pero no conjuntamente con otras personales, sino a

(12). *Informe dirigido al Gobierno de S. M. por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código penal*. Madrid, 1852.

(13) Recuérdese, sin embargo, la cláusula de retención.

delitos de distinta índole (lo cual valdría también como crítica del Código penal vigente). Se pronunciaba el Colegio de Abogados también contra la acumulación de penas, lo cual es equivalente en muchos casos a la perpetuidad. En su lugar podría establecerse la agravación de la pena mayor.

En cuanto varios de estos pareceres habían sido ya expuestos por Gómez de la Serna en el debate sobre el proyecto del que fue Código de 1848, y este nombre ilustre figura entre los preparadores del Informe que reseñamos, es lógico ver en ellos su mano.

Sobre los delitos en particular, censura el Colegio la lenidad en el castigo del infanticidio y en el de las lesiones leves. Previene contra el estupro por engaño, "pábulo a pleitos llenos de escándalo donde sólo se corre tras un premio material a una desgracia tal vez preparada con astucia". La reforma del año 50 es censurada, entre otras cosas, por ser demasiado graves las penas asignadas al atentado y al desacato. Respecto a las preguntas sobre las faltas, declaraba que "cualquier sistema era preferible al actual", y también la conveniencia de restaurar la falta de hurto de comestibles para poder comer el autor y su familia durante dos días, que había estado establecida en el Cód. del 48 (art. 473) y fue suprimida por la reforma de 1850.

Los informes solicitados por el Ministerio de Gracia y Justicia pasaron a la Comisión de Códigos nombrada en 1856 y persistente hasta 1869. A ella correspondió estudiar los extractos de dichos informes y llegó a formular un proyecto de parte general del Código penal. Si su labor penalista fue de escaso fruto, parece debido al reducido número de componentes (siete, contando un secretario sin voto) y al excesivo de materias que debieron abordar por encargo de los Ministros. Estos fueron, en tan largo plazo, de distinta significación política. Ciertamente los de la Unión liberal destacaron por estables, pero la Comisión perduró también bajo los últimos de Narváez, el de González Bravo, postrero del reinado de Isabel II, y los primeros de la Revolución de Setiembre... La persistencia en no aceptar sus dimisiones, reiteradamente presentadas, demuestra el respeto inspirado por hombres de tanta reputación como eran Cortina, Gómez de la Serna, Cirilo Alvarez y Cárdenas. Aceptada por fin la insistente dimisión, apareció en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (año 1871) (vol. LX) la *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente don Francisco Cárdenas*. Esta Memoria es un testamento en el cual se hace relación de los abundantes trabajos realizados en varias ramas de la legislación, y una indirecta censura a los Ministros que, sucediéndose con distintos programas, les obligaban a interrumpir la labor comenzada para empezar otra nueva sobre distinto tema. Se comprende perfectamente el clima de angustia y queja reflejado por dicha Memoria. El Proyecto de parte general de un Código penal, elaborado por dicha Comisión, se publicó des-

pués del cese de la misma, también como Apéndice a la citada Memoria (“Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1872). De este Proyecto fue ponente don Pedro Gómez de la Serna.

En tal Proyecto se recogen varias de las propuestas del informe del Código de Abogados de Madrid, a los cuales se añaden algunas otras: la declaración de que “las penas establecidas en la legislación militar para el castigo de los delitos comprendidos en el Código penal común, no se aplicarán a quienes no pertenezcan al Ejército, Armada o cualquiera fuerza organizada militarmente y que desempeñe funciones públicas”. Se prescribe para ciertos delincuentes el abono de la prisión preventiva y se atribuye a los tribunales superiores la propuesta de indulto para quienes hayan sufrido 24 años de las penas llamadas perpetuas, teniendo en cuenta la conducta observada en la prisión. Al lado de estas sensatas propuestas, hay alguna absurda, inspirada en la ciega adhesión al ejemplarismo de Bentham (tan en boga en la primera mitad del siglo) como es exponer públicamente el cadáver del condenado a muerte que hubiera fallecido antes de la ejecución (quizá se pensó en los suicidas, que al adelantar la muerte, ejecutada por su propia mano, escapaban a los últimos momentos de la ejecución espectacular y realizaban por tal medio a la vez una protesta contra la Justicia).

II. LAS REFORMAS

La Constitución de 1869 obligó a reformar el Código penal con gran rapidez (lo mismo ocurrió con la Constitución de 1931 y el Código de 1932) (14). A la Comisión de codificación cesante en el primero de octubre de 1869, sucedió la Comisión legislativa presidida por Ruiz Zorrilla, dentro de la cual hubo una sección de Derecho civil presidida por Gómez de la Serna y otra de Derecho penal presidida por don Nicolás María Rivero; quien, por los altos cargos que le ocuparon en estos tiempos (fue Alcalde de Madrid, Ministrito y Presidente de las Cortes) no es de suponer que pudiera realizar una intensa labor penalista. Don Luis Silvela dice (15) que si Pacheco representaba el pensamiento científico de la Comisión que formó el Código penal de 1848, don Alejandro Groizard representa el mismo pensamiento (retribucionista) en el seno de la Comisión que lo reformó. Ciertamente la reforma de 1870 acusa la mano de los prácticos en varios de los puntos modificados, y pudo ser uno de los más influyentes el magistrado Groizard (16). Su correligionario don Eugenio

(14) Véase el citado trabajo de NÚÑEZ BARBERO, págs. 19 y ss.

(15) *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, II, 2.ª edición, Madrid, 1903, pág. 254.

(16) En efecto, GROIZARD, en sus voluminosos comentarios (*El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 8 volúmenes publicados en Burgos y Salamanca de 1870 a 1899) defendió algunas de las innovaciones más discutibles del Código del 70. Fue, en la Restauración, Ministro de Fomento y de Gracia y Jus-

Montero Ríos, Ministro de Gracia y Justicia, presentó a las Cortes el Proyecto de ley autorizando al Gobierno para publicar provisionalmente el Código penal, cuyo texto se acompañaba.

En el breve debate, que debía ser sobre la Ley de autorizaciones, según el criterio gubernamental, pero se convirtió por obra de los diputados intervinientes en un comentario adverso a varios artículos de trascendencia política, se trató de los delitos de imprenta, de la especie de encubrimiento que consistía en negar el cabeza de familia a la Autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio a fin de aprehender al delincuente que se hallara en él (art. 16, n. 4) de los "vivas" contra la forma de Gobierno (art. 182) de la extensión dada al concepto de reuniones no pacíficas (17). Entre los oradores de la oposición destacó el después célebre don Francisco Silvela, quien hacía sus primeras armas parlamentarias, y, utilizando una táctica bastante corriente en las contiendas políticas, acusó al Gobierno de no ser fiel a su programa liberal y llevar a la ley criterios conservadores; no obstante ser Silvela con Cánovas las figuras más destacadas de la oposición conservadora (18).

Aprobada en las Cortes la autorización, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, conforme a la cual fue publicado el Código con fecha 30 de agosto. El Ministro se dedicó a estudiar las imperfecciones de su obra, que sometió al examen de la Comisión encargada de emitir su dictamen a las Cortes en la sesión del 30 de diciembre; pero el asesinato de Prim lo impidió (19). El Ministro dispuso por decreto la corrección del Código sin perjuicio de dar cuenta a las Cortes: hizo lo primero, pero no lo segundo. El Decreto correctivo lleva la fecha de 1 de enero de 1871 y, como hace notar Silvela (20) es algo más que una

ticia, Embajador en Roma y últimamente Presidente del Senado. Fue autor de un discurso en la Academia de C. M. y P. sobre: *La necesidad de remover los obstáculos que al desarrollo del derecho punitivo oponen el principio de la soberanía territorial y la conveniencia de dar carácter extraterritorial a las leyes penales*, Madrid, 1885.

SILVELA (*El Derecho penal*, etc., t. II, págs. 33 y 254) menciona solamente a MONTERO RÍOS y a GROIZARD. Creo debe recordarse a don Pedro Gómez de la Serna, quien durante 15 años perteneció a las Comisiones legisladoras. Aunque su dedicación fue principalmente civilista y procesalista, se ocupó también del Derecho penal: tomó parte en los debates parlamentarios —desde la oposición— sobre el Código de 1848; colaboró, como hemos dicho, en el informe del Colegio de Abogados de Madrid y fue ponente en el Proyecto de parte general publicado por la Comisión codificadora. Había sido Ministro de Gracia y Justicia y en 1869 Presidente del Tribunal Supremo. Escribió con su discípulo Juan Manuel Montalbán un libro titulado: *Elementos de Derecho civil y penal*, 3 tomos (el último dedicado al Derecho penal), Madrid, 4.^a ed., 1851.

(17) NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., págs. 20 y ss. ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del Código penal de 1928* ("Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1929, págs. 9 y 10).

(18) SILVELA (Francisco), *La oposición liberal conservadora en las Cortes constituyentes de 1869 a 1871. Colección de discursos*, Madrid, 1871.

(19) SILVELA, ob. y t. cit., pág. 33.

(20) SILVELA, ob. y t. citados, pág. 354.

fe de erratas. En efecto, entre otras modificaciones, redujo a faltas algunos delitos, como los hurtos por valor inferior a 10 pesetas o de 20 si eran de alimentos, frutas o leñas no siendo el culpable dos o más veces reincidente, y castigó las faltas frustradas contra las personas o contra la propiedad. Mas por Ley de 17 de julio de 1876 se restableció el primer texto del Código en lo relativo a los hurtos. Pareció aquella lenidad excesiva, según el autor citado, sobre todo en los pueblos esencialmente rurales. ¿Sólo en ellos? Era natural tal actitud en una generación todavía cercana a los tiempos en que se ahorcaba por la sustracción de una peseta, y en 1876 había un Gobierno más enérgico que los anteriores.

Recordados estos datos históricos, vamos a ocuparnos en señalar cuáles fueron los objetivos perseguidos por los reformadores de 1870 y hasta qué punto los consiguieron. Fue propósito de los legisladores:

A) Proteger penalmente la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales.

B) Humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración.

C) Corregir algunos preceptos que aparecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes.

1. *Protección de la Constitución.*—Llama la atención que, creado un título de “Delitos contra la Constitución”, no se siga el orden de ésta dentro de aquél. La primera comienza por tratar “De los españoles y sus derechos”, siguiendo los títulos dedicados a los poderes públicos. En el Código de 1870 se mantiene en primer lugar —como en el del 48— los delitos de lesa majestad; a los que siguen, dentro del mismo capítulo, los delitos contra las Cortes, el Consejo de Ministros y la forma de gobierno. Y es en el capítulo segundo donde se trata de los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución. También es extraño que en el capítulo primero figuren los delitos contra la forma de gobierno después de los relativos a los poderes públicos, pues todas las instituciones políticas están fundadas en aquélla.

El concepto de delito contra la forma de Gobierno comprende “a los que ejecutaren cualquiera clase de actos o hechos encaminados directamente a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales”, uno de los objetos enumerados en el artículo 181. Es una figura de consumación anticipada que permite castigar actos lejanos a la ejecución con las penas del delito consumado. Ahora bien; detrás del título nuevo, protector de la Constitución, se mantuvo el título segundo “Delitos contra el orden público”, incluyendo la rebelión y la sedición; y algunos de sus conceptos implican la duplicación de los definidos en el artículo 181 como delitos contra la forma de gobierno. La diferencia radica en ser necesario a la rebelión y a la sedición “el alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno”, y para los de-

litos contra la forma de gobierno “el empleo de la fuerza y actuar fuera de las vías legales”; pero conminando la misma pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte para los autores principales si hubiera alzamiento público con armas y en abierta hostilidad contra el Gobierno. El artículo 243, dedicado a la rebelión, da por contenido a su n. 4: “Ejecutar cualquiera de los delitos previstos en el artículo 165 contra la forma de gobierno”. De este modo se inicia la tendencia a multiplicar en materia de la seguridad pública, los tipos delictivos sin preocuparse por las coincidencias; creando conflictos entre las normas y perplejidad en los tribunales. Este considerable defecto ha nacido quizá del temor a que las conductas peligrosas para el Estado escapen a través de las redes de la ley, no suficientemente tupidas; quizá también se ha buscado la prevención general por la repetición de la amenaza, y a veces ha sido pretexto para encomendar el conocimiento de ciertas conductas a las jurisdicciones especiales.

En la protección de los derechos individuales inquietaban especialmente dos problemas: el de la tolerancia religiosa y el de la libre emisión del pensamiento por medio de la imprenta.

El primero fue objeto en el Parlamento, al discutir el proyecto de Constitución, de famosos discursos. Se llegó a la aprobación del artículo 21, cuyo primer párrafo decía: “La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.” La Constitución de 1837 (la más liberal antes de la del 69) añadía a “la religión católica” la frase: “que profesan los españoles”. La del 69, después de garantizar el ejercicio público o privado de cualquier otro culto a los extranjeros residentes en España (sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho), decía: “Si algunos españoles profesan otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior.” La voz mantener puede tomarse en el sentido de defender o de sustentar. La desaparición de algunos delitos del Código de 1848 como “la tentativa para abolir o variar en España la religión católica, apostólica, romana (art. 128) y la apostasía (art. 130) deja claro que el vocablo se empleó en la segunda acepción. Pero la forma condicional en que se acepta la profesión por otros españoles de otras religiones como algo excepcional, hubiera sido compatible con cierta protección especial del culto católico sin menoscabo de los demás. Al igualar en la protección a todos los cultos y quedar luego en desarmonía con la Constitución de 1876, se intentó varias veces modificar el Código, mas por otra parte los políticos de la revolución del 68, integrados en el partido fusionista o liberal, anduvieron remisos para la reforma; incluso cuando el Ministro proponente era correligionario. Esto lo veremos más claro al tratar de los proyectos del Código penal en el último tercio del siglo XIX.

La Constitución de 1869, tras reconocer al español el “Derecho de asociación para todos los fines de la vida humana que no sean

contrarios a la moral pública" (art. 17), aclaraba en el 19: "A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma proporcione podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al juez competente. Toda asociación cuyos sujetos o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley" (21). Pero el Código no protege la norma constitucional en toda su amplitud. Se limita a declarar la ilicitud de las asociaciones que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública y las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código (art. 198); y añade en los siguientes las sanciones imponibles en tales casos y en otros de incumplimiento de ciertas obligaciones respecto a la autoridad. Pero nada dice el Código sobre penas a las asociaciones (novedad notable de la Constitución) ni tampoco de las asociaciones que, sin tener por objeto cometer un delito, proporcionan medios para cometerlo; como ha ocurrido en ciertas asociaciones políticas, financieras o de recreo. La Ley de asociaciones de 1887 declaró ilícitas esas asociaciones, mas tal declaración no tuvo consecuencias en la legislación penal hasta el Código de 1928 (arts. 44 y n. 10 del 90).

Finalmente, el derecho de emitir libremente ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante (art. 17 de la Constitución) fue campo de Agramante en el debate parlamentario, como antes indicamos, y no tuvo, a nuestro parecer, satisfactoria solución.

Desde que se inventó la imprenta los poderes públicos se preocuparon de controlar esta fuente de difusión y propaganda con fácil clandestinidad. El Código del 48 excluía de su aplicación expresamente los delitos de prensa (art. 7). La Ley Necedal (1857) exigía un editor responsable que hubiera pagado tres años de contribución anticipada, un director y la firma del autor en cada artículo. La Ley dada por González Bravo en 1867, esto es la vigente cuando sobrevino la revolución de septiembre, mantenía un juzgado y un fiscal especiales de imprenta; establecía la responsabilidad del autor y, en su defecto, la del editor o director, considerando además cómplices a los impresores. Para las responsabilidades pecuniarias se destinaban, además del depósito, todos los efectos de la Redacción (22). Al estallar el movimiento revolucionario del 68, en un principio las Juntas revolucionarias y muy especialmente la de Madrid (que se atribuía superioridad sobre las demás, no reconocida por éstas), presionó al Gobierno provisional para que diera el decreto de 23 octubre 1868, por el cual los delitos de imprenta se sancionarían conforme al Código

(21) Véanse: SALDAÑA, *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid, 1927, págs. 126 y ss. BARBERO SANTOS, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, Madrid, 1957, págs. 309 y ss.

(22) EGUIZABAL, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre la imprenta*, Madrid, 1879, págs. 215 y ss., 352 y ss.

penal, pero añadiendo responsabilidades subsidiarias. El Gobierno dio orden a la Comisión codificadora de incluir estos preceptos en el proyecto de Código que estaban elaborando. La Comisión respondió al encargo con la dimisión unánime, alegando que con el régimen común habrían de hacerse responsables hasta los vendedores de periódicos; y el presidente, don Manuel Cortina, en su dimisión individualizada, advirtió contra el sistema del vicariado que llegaría a imponer penas muy graves, imputando como dolosos hechos que a lo más sólo se podrían considerar culposos (injurias al Rey, noticias al enemigo) (23). La agitación reinante, el desenfreno de la prensa, donde se discutía desde la forma de Gobierno a la elección de un nuevo monarca (algún candidato al trono llegó a subvencionar a los periódicos) (24), motivó un cierto cambio en la actitud del Gobierno (25), procurando aunar la libertad con la mayor energía, que en el presidente, Prim, era proverbial. En la Constitución se proclamaba el derecho de los españoles a emitir libremente sus ideas y opiniones (art. 9), así como la prohibición de establecer la censura previa, el depósito, el editor responsable en los periódicos y toda otra disposición preventiva en esta materia. Pero en el Proyecto de Código penal se incluyeron normas que permitieron decir al diputado Sánchez Ruano: "el ministro ha discurrido el medio de poner con arte en una ley común una ley especial de imprenta" (no con tan buen arte como vamos a ver) (26). La especialidad estaba en la circunstancia quinta del artículo 10; en los artículos 12 y 15 sobre el concepto de autor en los delitos publicitarios, y en la figura de provocación al delito por medio de la imprenta u otro medio mecánico de publicación (artículos 582 y 583).

La circunstancia quinta, no obstante estar incluida entre las agravantes, tenía carácter mixto, conservado hasta la reforma de 1944, en la cual ha pasado a ser agravante.

Los artículos 12 y 15 tienden lo mismo que las anteriores leyes de imprenta, al fin de asegurar la responsabilidad de alguien a través de varias categorías de responsables subsidiarios y a evitar la extensión de la codelinuencia. El fracaso fue pronto evidente. En primer término se adoptó un principio intolerable en la cultura moderna: la responsabilidad sin culpabilidad. El aseguramiento de un responsable se frustró en muchos casos por la manía legisladora del casuismo: en vez de dar como supuesto para el descenso en la escala de los suplentes, que no pudiera hacerse efectiva la responsabilidad del

(23) Apéndices XXX, XXXI y XXXII a la *Memoria de la Comisión de Codificación citada*. "Revista de Legislación y Jurisprudencia", ts. 40 a 43.

(24) FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Historia política de la España contemporánea*, t. 1, pág. 95.

(25) MARQUÉS DE LEMA, *De la revolución a la restauración*, Madrid, 1927, I, págs. 217, 218.

(26) ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, "Rev. de Legislación y Jurisprudencia", 1929, n. 1. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 27.

anterior por cualquier motivo, los legisladores puntualizaron innecesariamente las causas: "cuando no sean conocidos, etc."; olvidando los impedimentos de naturaleza procesal, y como el Parlamento acostumbra a negar la autorización para procesar a los diputados o senadores por delitos políticos, dando un concepto muy amplio a esta delincuencia, se pudo injuriar y calumniar impunemente en los periódicos, porque siempre había diputado o senador que se declaraba autor del artículo sin serlo. Lo cual motivó más de una vez la suspensión de las garantías constitucionales con objeto de impedir ciertas campañas de los periódicos.

La provocación para delinquir por medio de la imprenta el grabado u otro medio mecánico de publicación se castigó, fuera de lugar, en el título final del libro segundo. Con razón se señaló el contraste entre el artículo 582 que esto disponía y la impunidad disfrutada por la inducción particular no seguida de la ejecución del delito, como también con la provocación oral en reuniones públicas, salvo en los inspiradores de las ilegales (art. 193).

2. *Humanización del Código.*—Sin embargo, la reforma fue encomiable porque sus autores, hombres educados en las ideas de la Ilustración —entre las cuales tuvieron lugar preferente las de mitigación de las penas—, se ocuparon en limar las aristas demasiado duras de los Códigos del 48 y del 50.

El primero significó ya un progreso en este sentido si lo comparamos con la legislación del antiguo régimen (27). Es verdad que el amplísimo arbitrio judicial permitió a los tribunales dulcificar en ocasiones la severidad de las leyes y remediar por otra parte los muchos vacíos que, en las nuevas condiciones históricas, se advertían. Pero aquella benignidad, elogiada por algunos juristas de entonces que comparaban el antiguo y el nuevo régimen jurídico (28), fue discontinua, y, por consiguiente, faltaba la seguridad jurídica. Ahora bien; los legisladores no habían podido por menos de ser en parte influidos por la legislación anterior, aunque los del 48 en medida notablemente inferior a los del 22. Y, en el 70, los años transcurridos, el credo político más o menos liberal de los Gobiernos y la reacción pública contra el inmediato pasado autoritario (muy marcado especialmente en las censuras a la reforma de 1850) contribuyeron a una mayor templanza en los pasajes que a continuación subrayamos.

En la conspiración y la proposición se volvió a limitar la punibilidad, como en el Código del 48, a los casos en que sea especialmente

(27) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de los siglos XVI al XVIII*, Madrid, 1970.

(28) Así en el debate habido en el Congreso sobre el Proyecto del Código de 1848, pudieron hacer los diputados Corzo y Alonso el elogio del arbitrio judicial prudente, entonces disfrutado (ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1848 y D. J. F. Pacheco*, en "Anuario de Derecho penal", fasc. 3.º de 1865. GONZÁLEZ SERRANO, *Apéndice al Código penal concordado y comentado*, de Pacheco, 5.ª ed., Madrid, 1876, págs. 22 y 23).

previsto. A la exigente de menor edad se añadió un párrafo precursor del moderno tratamiento de protección: el menor irresponsable sería entregado a la familia con encargo de vigilarlo y educarlo. "A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos" (artículo 8, núm. 2). Se suprimieron agravantes: ejecutar el delito como medio para perpetrar otro; ejecutarlo con uso de armas prohibidas por la autoridad, y la fórmula final de las agravantes por analogía. (supresión esta última aceptable dado el número excesivo de las específicas, pero limitadora del escaso arbitrio judicial autorizado por el Código). El parentesco, antes agravante, pasó a ser circunstancia mixta. Desapareció la calificación de complicidad para los encubridores de delincuentes notoriamente habituales (art. 13). Se extendió la retroactividad de la ley más favorable a los casos de sentencia ejecutoria (art. 29).

Se borró de la escala general (art. 26) la pena de argolla, que el Código de 1848 había sostenido, no obstante, la declaración del artículo 23: "La Ley no reconoce pena alguna infamante" (29). También se eliminaron la vigilancia de autoridad y el confinamiento menor. Desaparecieron prácticamente las penas perpetuas al disponer el indulto a los 30 años de cumplimiento de condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves no fueran dignos del indulto, a juicio del Gobierno (art. 29).

En la aplicación de las penas al concurso de delitos, al sistema de la acumulación material, sucedió el de la acumulación jurídicos (artículos 69 y 70). Para la ejecución de la pena de muerte, ya el Código de 1848 había atenuado el carácter espectacular adoptado por el del 22, inspirado en el ejemplarismo de Bentham. El de 1870 lo redujo todavía más, pero conservando la publicidad y que el reo fuera conducido al patíbulo vestido con hopa negra (arts. 102, 103). La prescripción de las penas leves pasó del plazo de 10 años al de uno (art. 134).

Fueron suprimidas varias figuras de delito: los contrarios a la religión católica; el no revelar la conspiración contra la vida del Rey o del inmediato sucesor de la corona, que habría de realizarse en el

(29) Pacheco había combatido briosamente las penas infamantes en sus *Estudios de Derecho penal*; repitió luego sus argumentos en el *Código penal concordado y comentado*, t. I, 2.^a ed., págs. 304 y ss.; y concretamente contra la pena de argolla escribió en la página 316 de la misma obra y tomo. Si en las actas de la Comisión de Códigos referentes a la preparación del Código de 1848, se le tribuye que no se atrevía a votar contra la argolla porque podría haber necesidad de agravar la pena de los cómplices, es posible que hubiera en aquel punto uno de los fundamentos para que Pacheco calificara de desgracia que "semejantes discusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal" (*El Código penal*, etc., I, pág. LXI).

plazo de 24 horas a partir del momento de tener noticia de ella; los de sociedades secretas, vagancia y mendicidad, usurpación sin violencia en las personas.

En la penalidad a los delitos en particular, hubo reducciones: desapareció la de muerte como pena única; también dejó de asignarse esta pena al reo de tentativa contra la vida o la persona del inmediato sucesor a la Corona. Y la penalidad, a veces constituida por grados de una o dos penas distintas, en lugar de conminar penas íntegras para cada figura de delito, permitió una mayor flexibilidad y facilitó la proporción entre las penas y los delitos tan casuísticamente especificados. Dejó de igualarse la penalidad de la tentativa y la consumación en los robos con violencia o intimidación en las personas (art. 415 del Código de 1848); y la pena mínima para esta clase de robos, que era de cadena temporal, pasó a ser en el de 1870 de presidio correccional a presidio mayor en su grado medio.

En el Decreto de corrección de erratas de 1 de enero de 1871 quedó reducido a mera falta el hurto por valor menor a 10 pesetas. En cambio en el del 48 era falta la estafa o engaño que defraudaren cantidad no excedente de cinco duros (n. 1 del art. 470), desaparecida del cuerpo legal que estamos examinando.

3. *Las reformas técnicas.*—Según el art. 1 (párrafo 3) del Código del 48: “El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta a aquella a quien se proponía ofender”. Se trataba claramente del “error in persona”. El Código del 70 ensancha el alcance del precepto para abarcar todo el error sobre el hecho: “El que cometiere un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal ejecutado fuera distinto del que se hubiera propuesto ejecutar.” No se dice el contenido de esta responsabilidad, pero en este y otros preceptos, se ha justificado la aplicación del principio *versari in re illicita*, etc. al cual nuestra jurisprudencia ha sido tan adicta (30). Ciertamente la reforma del 70 estableció el artículo 65 (hoy el 50) que prescribe la pena del delito menos grave en su grado máximo; pero dado el concurso de esta norma con la atenuante tercera del art. 9, los tribunales usaron de ésta con preferencia.

La definición del delito frustrado tenía en el Código del 48 un sentido subjetivo (“hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo...”) mientras en el del 70, hay delito frustrado “cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían dar por resultado el delito”...; o sea, domina el punto de vista objetivo (art. 3). El Código del 48, al castigar en los delitos de lesa majestad la conspiración y la proposición, se cuidó de eximir de pena al reo que diera parte

(30) CEREZO MIR, *El “versari in re illicita” en el Código penal español*, Madrid, 1962 (separata del “Anuario de Derecho penal”).

de las mismas a la Autoridad pública antes de haber comenzado el procedimiento (arts. 161 y 162). Y el del 50, al declarar punibles la conspiración y la proposición para cometer cualquier delito, no se olvidó de eximir también de toda pena si había desistimiento dando parte a la Autoridad (art. 4). La reforma del 70, que volvió a reducir el castigo de dichos actos preparatorios al modo que en 1848, no concedió eficacia de exención al desistimiento. Con lo cual los realizadores de estos actos preparatorios quedaban en peor situación que los de la tentativa o frustración.

Los redactores del Código del 48 expresaron en el artículo 7 los delitos especiales que no quedaban sujetos a las disposiciones del Código. En el del 70, se substituyó esta mención especial por una declaración general (no quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales) que no ha podido cumplirse en su integridad, porque han proliferado las leyes especiales, muchas de ellas no tienen parte general y no hay otro remedio que aplicar los preceptos generales del Código, contra lo dispuesto inadvertidamente por el art. 7.

En las circunstancias agravantes, hubo varias novedades. La alevosía, tan sucintamente definida en el Código del 48 (a traición y sobre seguro) y en el del 50 (obrar a traición o sobre seguro) pierde la sobriedad de expresión en el dilatado número 2 del artículo 10 del Código del 70: comienza con las palabras "empleando medios, modos o formas", que parecen indicar la posibilidad de elegir otros medios no comprendidos en la agravante, con lo cual se llegará a la siempre impopular exclusión como víctima del permanentemente indefenso (el niño o el paralítico); y termina con el destino de tales medios "a asegurar la ejecución sin riesgo para su persona de la defensa que pudiera hacer el ofendido". Esta limitación a la defensa del ofendido sin contar con la que podrían hacer sus protectores (la escolta del magnate, los guardaespaldas del gansster) excluye la identificación entre alevosía y cobardía que hizo Bernaldo de Quirós (31): interpretación sin duda conforme con la opinión popular pero no con la nueva redacción del Código. La reincidencia era caracterizada en el Código del 48 por ser los delitos de la misma especie, confiando la determinación a la prudencia del juez. En el 70, la exigencia de pertenecer al mismo título del Código, confía en la ciencia del legislador, y dificulta la aplicación de la agravante en los delitos complejos, resultado de haber unido en uno la concurrencia de hechos pertenecientes a títulos distintos. Finalmente, el mayor y más trágico dislate fue hacer de la vagancia una agravante (23 del art. 10) que puede causar la imposición de la pena de muerte cuando no la neutralice alguna atenuante. La vagancia no es índice de mayor culpabilidad, sino que al contrario, suele ser síntoma de oligofrenia o psicopatía. La vagancia fue considerada

(31) BERNALDO DE QUIRÓS, *Teoría del Código penal*, Alcalá, 1911, pág. 436.

durante mucho tiempo como delito y son muchas las disposiciones que en nuestra historia y en la de otros países se han dado para reprimirla. El Código del 48, siguiendo los modelos francés, napolitano y brasileño, dedicó un título (el VI del libro segundo) a la vagancia y mendicidad. Tenía un cierto sentido como delito de sospecha, pues de quien no tiene medio conocido y legítimo de subsistencia, es lógico presumir que vive de medios ilícitos. Por aquel tiempo no se conocían otros procedimientos para combatir la peligrosidad que las penas y los legisladores de entonces escogieron la prisión correccional y la vigilancia de la autoridad; demostrando con esta última el presentimiento de lo que luego iba a ser la medida de seguridad establecida en la Ley de Vagos y Maleantes, mantenida en la de 4 de agosto de 1970 con el nombre de Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social.

El Código del 48 tenía 38 penas: de ellas 12 privativas de libertad, 5 restrictivas de la misma, 6 privativas de derechos, 5 pecuniarias y 2 infamantes. Ya hemos visto, al hablar de la humanización del Código, la supresión real de algunas. En cambio es aparente la desaparición de la prisión y el presidio menores, porque quedaron abarcadas en la mayor duración del presidio y la prisión correccionales. En el Código de 1848 se contaban las penas contra la libertad por años o por meses, sin que al legislador le hubiera importado que el límite superior de la pena menos grave coincidiera con el inferior de la inmediata más grave, o mediare un lapso de tiempo entre los límites de una y otra. En cambio, los legisladores del 70, con detallismo de contables, añadieron a los años y meses de cada pena o grado de la misma la famosa coletilla “y un día”. Como los tribunales aplican en muchos casos el mínimo de la penalidad en la ley establecida para cada delito, y los periódicos hacen populares muchas sentencias, los no juristas han encontrado siempre extraño o grotesco el detalle, sobre todo cuando la condena es por largo tiempo. O también se ha creído algunas veces —como Bernaldo de Quirós dice haber escuchado en medios rurales— que ese día “es un día que no llega”. (Memoria probablemente de la cláusula de retención prescrita en una pragmática de Carlos III y que estuvo en práctica en las prisiones españolas hasta bien entrado el siglo XIX (32).

En el título dedicado a la responsabilidad civil, el artículo 123 del Código de 1848 decía: “Una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito o falta cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnización”. No se publicó la anunciada ley pero debemos recordar la idea, precursora de la doctrina de Ferri sobre indemnización a las víctimas del delito por el Estado,

(32) BERNALDO DE QUIROS, Prólogo a *La sentencia indeterminada*, por JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1913, pág. XXVI. Segunda edición, Buenos Aires, 1947.

recogida en el Proyecto italiano de 1921 y en el Código penal español de 1928, que asignaba una parte de las multas a un fondo que quedase a disposición del Tribunal Supremo para indemnizar a las víctimas de los errores judiciales y en lo posible a las de delitos que no puedan ser indemnizados (art. 183); así como después en la Ley de 1962 y el Reglamento de 1967 al instituir el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación. La reforma de 1870 suprimió lo que en el Código anterior había sido solamente una promesa.

En el título de los delitos contra las personas, se hicieron varias alteraciones. El Código anterior, en el primer capítulo bajo la rúbrica "Homicidio" comprendía el parricidio, los homicidios agravados, posteriormente llamados asesinatos, y los otros homicidios (menos el infanticidio que era objeto de un capítulo aparte, debido sin duda a ser tres las circunstancias que lo especializan). La sistemática era análoga a la restaurada por el Código de 1932 y persistente en el que hoy está vigente. Los legisladores del 70 dividieron lo que antes era un solo capítulo dedicado al homicidio en tres capítulos: el primero para el parricidio, el segundo para el asesinato y el tercero para el homicidio, comprendiendo en este tercer capítulo el que suele llamarse simple homicidio, el homicidio en riña y el homicidio suicidio. La palabra homicidio pasó, pues, de significar un género a designar una especie, comprendida con autonomía dentro del amplio título VIII "Delitos contra las personas". Las consecuencias del cambio eran importantes en dos aspectos: la codelincuencia y el robo con motivo u ocasión del cual resultare homicidio. Con el sistema de 1848, siendo el parricidio y los hoy llamados asesinatos, no otra cosa que homicidios calificados por una circunstancia, permitían la aplicación del artículo 69 (idéntico al 60 del Código vigente) que individualiza las circunstancias de los codelincuentes y, en el caso de dar muerte a un hombre, se podía condenar a cada uno por una especie de homicidio distinto (por ejemplo: al hijo por parricidio y al extraño por homicidio simple o por asesinato). En lo referente al robo con motivo u ocasión del cual resultare homicidio, quedarían comprendidos en éste el parricidio y el asesinato. De la distinta sistemática del Código de 1870 se deducían para ambos problemas soluciones distintas a las expuestas.

Sin embargo, por lo que al último problema se refiere, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras algunas vacilaciones, cuando había robo, muerte y alguna de las circunstancias del asesinato, siguió prefiriendo el tipo complejo de robo con homicidio (sin perjuicio de estimar las correspondientes agravantes) al concurso de dos delitos: uno de robo y otro de asesinato. Influyó, a mi modo de ver, en esta preferencia la dificultad de elegir la especie de robo que había de concurrir con el asesinato: no podía ser el robo con homicidio porque esto implicaría la imputación doble de una sola muerte ni satisfacía la del último número del art. 501 porque éste tiene un carácter residual: está dedicado a las violencias menores

(lesiones menos graves, leves, amenazas, coacciones). Tal actitud de los tribunales se afianzó por la Ley de 3 de enero de 1908 que reformó el artículo 90 del Código penal (art. 71 del vigente). Según la redacción de este precepto anterior a dicha ley, cuando un hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos fuera medio para cometer el otro, se impondría la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo. Por consiguiente el concurso de robo y asesinato conducía a la pena de muerte. Mas, al establecerse por la citada Ley un límite en la suma de las dos que podrían imponerse penando separadamente ambos delitos, si en el asesinato no se daba más que la agravante necesaria para constituir dicha infracción, no se imponía ya la pena de muerte. Por el contrario, calificando los hechos como robo con homicidio, esa agravante actuaba en la penalidad de cadena perpetua a muerte, y obligaba a la imposición de la última a no ser que hubiera atenuantes compensadoras. Y es perfectamente explicable que los magistrados quisieran aplicar la mayor pena al hecho más grave a la vez contra las personas y contra la propiedad (33).

El Código de 1932 y los siguientes han restaurado el sistema del de 1848 (salvo que éste no empleaba la palabra asesinato, pero incluía la misma figura de homicidio calificado por las mismas cinco agravantes del llamado desde 1870 asesinato). Sin embargo, algunos esclarecidos penalistas siguen creyendo que en el robo con homicidio no se puede comprender el robo con asesinato o con parricidio (34).

(33) Segn GROIZARD (ob. cit., vol. VII, págs. 78 y ss.) se hizo la reforma del homicidio calificado como asesinato o parricidio separándolos, como figuras autónomas, del homicidio, "olvidando la oportuna adición en el robo con homicidio". Que se debía apreciar concurso de robo con asesinato dijo la sentencia de 13 de julio de 1880; pero la del 29 del mismo mes y año apreció el delito complejo. Sobre los aspectos de la cuestión y los variantes criterios del T. S. véanse: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. VII, Buenos Aires, 1962, págs. 174 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Parte Especial*, t. II, Madrid, 1964, págs. 403 y ss. Este autor se muestra conforme con el criterio dominante en la jurisprudencia de comprender en el robo con homicidio, el robo con asesinato, funcionando como agravantes del tipo complejo las que hubieran calificado el asesinato de apreciarse el concurso de delitos. Es de distinto parecer respecto al parricidio "por su estructura tan genuina en lo formal y en lo criminológico". Mas la rúbrica del capítulo primero del título VIII no permite esa distinción, y lo criminológico no afecta aquí al problema jurídico. Debe consultarse también: Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y Causalidad*. Madrid, 1966, págs. 176 y ss. Mi parecer sigue siendo el mismo que, en forma muy resumida, expuse en *Derecho penal*, Madrid, 1922, págs. 173 y ss.

(34) De esa opinión es RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., págs. 370 y ss. y dice fundamentarla histórica y teleológicamente. Análogo parecer sostiene Rodríguez Mourullo en la conferencia y libro citado (págs. 157 y ss.). Se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1934, la cual, en efecto, parece contundente. Ahora bien; se da en un recurso por quebrantamiento de forma, casando una sentencia en que la Audiencia condenaba por asesinato no obstante las conclusiones definitivas del Fiscal favorables al homicidio simple de acuerdo con el veredicto del

El problema se hubiera evitado si, en vez de la escala de infracciones complejas de robo con las distintas clases de violencia delictiva en las personas, se hubiera construido un tipo de robo con violencia e intimidación en las personas, que se apreciase en concurso con los ordinarios a que dan lugar estos ataques personales.

El título de delitos contra las personas tuvo otras novedades. En los sujetos del parricidio se prescindió de los padres e hijos adoptivos y se adicionaron los ascendientes y descendientes ilegítimos. Cambio inoportuno, porque en la adopción se hace vida de familia, existiendo un deber de protección en el adoptante y de gratitud en el adoptado. Mientras el parentesco ilegítimo suele ser ajeno a la vida familiar, siendo frecuentes los abandonos y los justificados resentimientos. En las lesiones se añadió un supuesto de lesiones graves, pero, al aplicar a algunas figuras de lesiones grados de penas en lugar de penas completas, se mantuvo la proporcionalidad, que hubiera sido difícil de lograr imponiendo penas completas como hacía el Código de 1848 (y como volvió a hacer el de 1944; el cual para proporcionar las penas a los tipos de lesiones acude a las multas, sanción adicionada a la privativa de libertad; pero poco adecuada para lesiones graves). En conjunto el delito de lesiones quedó más casuístico que antes y mantuvo su más lamentable defecto de fijar las sanciones por el resultado, el más repetido los días de curación, con lo cual la pena depende del parte de sanidad del médico, el cual está determinado a su vez por los efectos de los antibióticos. Novedad del Código del 70 fue en este capítulo el artículo 436 que castigaba las mutilaciones para eximirse del servicio militar. Figura que había sido preconizada por el Colegio de Abogados de Madrid.

Nueva fue también la de disparo de arma de fuego. Groizard (35) fundaba el nuevo precepto "en la incertidumbre sobre la intención del sujeto, ante la cual los tribunales declaran el hecho delito de lesiones consumado" y si no se causaban lesiones de ninguna clase, se cambiaba el punto de vista y, acudiendo al elemento moral, castigaban por tentativa o delito frustrado contra la vida con pena más grave que la correspondiente al primer caso, o también, para evitar la desigualdad, se hacían absoluciones inmotivadas." "A este mal —añade Groizard— cuya realidad no podía negarse, aunque tuviese por causa más que una deficiencia de la ley, falta de preparación científica de los llamados a aplicarla, se propusieron poner remedio los autores

Jurado. Se recurre alegando el núm. 4 del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, o sea, a causa de condena por un delito más grave que el objeto de la acusación. El Supremo para revocar la sentencia sostiene que el asesinato es un delito autónomo y no un mero homicidio circunstanciado, y que los reformadores del 32 no tuvieron el propósito de variar el estado anterior. Probablemente el T. S. quiso imponer el veredicto del Jurado, primando lo justo sobre lo dogmático. Y luego, en los considerandos, con prurito definitorio, se hacen afirmaciones demasiado rotundas. Pero son más numerosos los fallos, incluso bajo la vigencia del Código de 1870, en que se acepta la otra solución.

(35) GROIZARD, *El Código de 1870*, t. IV, Salamanca, 1891, págs. 451 y ss.

de la reforma" (36). Fácil le fue a la crítica (37) atacar al extraño-
precepto, fundada en que el disparo de arma de fuego contra cual-
quiera persona sin resultado de muerte, es homicidio frustrado, o
lesiones consumadas o frustradas, o amenazas (salvo, claro está, si
se dieran las infracciones que absorben la agresión personal, como
algunos contra la Constitución o el orden público). Se consumó, en
virtud de la lógica encerrada en las anteriores observaciones, la su-
presión sin más en la reforma de 1932. Mas, con ello, se ha vuelto a
una situación parecida a la lamentada por Groizard en los tiempos
anteriores al 70. Los Tribunales, ante el resultado concreto de lesio-
nes, si la intención homicida no está demasiado clara, califican el
delito consumado contra la integridad corporal. Si aquél no se pro-
duce, como nos encontramos sin figura genérica de lesiones a la
cual referir la tentativa, y sería caprichoso afirmar una voluntad
en el culpable de causar lesiones que tarden en curar 30 ó 90 días,
están propicios a estimar el homicidio frustrado; aunque la natura-
leza del arma y de la carga, la distancia del tiro, la región corporal
afectada y los antecedentes del hecho y de su autor, hagan suma-
mente controvertible el dolo de matar (38). El remedio no estaba ni
en la artificiosa creación que Groizard defiende ni tampoco en la
extirpación del miembro inútil del Código sin sanar el foco de la
infección: esto es, sin destruir el excesivo objetivismo del Código
en una de sus manifestaciones más acusadas y menos disculpables.
Es preciso instituir una figura general de lesiones, no determinada
por un resultado detallado (sin perjuicio de otros tipos agravados o
privilegiados) a la cual pueda referirse la forma imperfecta.

Donde los legisladores del 70 agotaron la capacidad casuística fue-
en el delito de robo, especialmente en el de fuerza en las cosas, al
combinar varias circunstancias para determinar diversos efectos pena-
les: casa habitada o no habitada, edificio público o destinado al culto,
dependencias de estos lugares (patios, corrales, bodegas, graneros,
pajares, cocheras cuadras y demás departamentos o sitios cerrados y
contiguos al edificio y en comunicación con el mismo y que formen
un solo todo); las especies de objetos sustraídos y el importe de lo
robado; la cuadrilla y el despoblado, llevar o no armas. Aquí se debió
de volcar la memoria de los prácticos que intervinieron en la redac-
ción del Código y antes intervinieron profesionalmente en el juicio
de multitud de robos, calibrando todas sus circunstancias: objetivas
casi todas, salvo la cuadrilla y ser el culpable dos o más veces rein-
cidente. Este detallismo, más escrupuloso en el Código del 70 que en

(36) GROIZARD, *El Código de 1870*, t. IV, Salamanca, 1891, págs. 451 y ss.

(37) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Liszt*, t. I, pág. 469. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El delito de disparo de arma de fuego*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y sociales", 1910, págs. 200 y ss. GARRIGUES, *Sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, 1920, págs. 33 y ss.

(38) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal: las lesiones*, en "Estudios penales, Homenaje al P. Pereda", Bilbao, 1965, págs. 780 y ss.

el de 1848, creó un laberinto, del que intentó salir el Código de 1944, consiguiendo una mayor simplificación (mas este Código incurrió en un lamentable defecto: al conminar las penas en toda su extensión y establecerse las escalas de delitos y de las penas correspondientes, se llegó a la peregrina consecuencia de privilegiar al ladrón que robe con violencia o intimidación en las personas sobre el que se limite a emplear fuerza en las cosas (39).

En cambio, fue mayor el casuismo del Código del 48 en las faltas y fue error también el ordenarlas no por su especie sino por su gravedad. El del 70 las sistematizó en la forma perdurante en la actualidad. Con relación al anterior, se echó de menos la falta de estafa en él admitida y también la del hurto de alimentos para sustentarse el sujeto y sus familiares durante dos días: pequeña benignidad en que apuntaba tímidamente lo que después ha sido uno de los hechos subsumibles en el estado necesidad. Y ya dijimos al tratar de la formación del Código del 70 los avatares porque pasaron las faltas generales de hurto.

III. JUICIO SOBRE LA REFORMA DE 1870

La reforma de 1870 fue útil en su aspecto político por la protección de los derechos individuales, y significó, además, un paso adelante en la mitigación de las penas exigida por el nuevo ambiente histórico.

En el aspecto técnico el juicio debe ser menos favorable: los legisladores permanecieron ajenos a varias razonables propuestas del Informe del Colegio de Abogados de Madrid y también de la Comisión de codificación que cesó en 1869, así como a exigencias muy visiblemente puestas de relieve por la realidad: como, por ejemplo, la imposibilidad de cumplir las reglas de ejecución de las penas privativas de libertad.

El Código de 1848 se había engendrado en una época de fuerte tensión contra los excesos del arbitrio judicial del antiguo régimen. Véase cómo apreciaba la situación uno de los autores de aquél Código: "He aquí, por consiguiente, la arbitrariedad como principio, el juez convertido en legislador, templando, modificando los vicios de nuestras leyes criminales, y esto aplaudido por el pueblo que se estremecería al ver estrictamente aplicada la ley, porque la considera como bárbara, como atroz, sanguinaria e insultante a la humanidad" (40). A esto ha de añadirse la escasa confianza en la competencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales, a causa de los cambios políticos y la amovilidad de los funcionarios.

(39) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, 3.ª ed., 1969, pág. 386.

(40) VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, pág. XLII.

Pero, transcurridos veintidós años, era lógico rectificar los excesos del legalismo, tomando como modelo otras legislaciones. Así en Francia (de donde procedía por entonces la mayor parte de la información española) en 1868 se habían ampliado los efectos de las atenuantes genéricas, ya establecidas por la Ley de 1832. En cambio en nuestro país, por el mayor casuismo, se aumentaron en 1870 los males del legalismo excesivo.

El estilo del Código del 48 era más sobrio y sencillo que el de su sucesor. Compárese, por ejemplo, la definición de la alevosía en uno y otro cuerpo legal, el aumento de las escalas graduales, la prolijidad de las figuras delictivas contra el Estado, los tipos inútil o perjudicialmente creados como el de disparo de arma de fuego. En el lenguaje se mantienen ciertos arcaísmos, explicables en el año 48 cuando los abogados estaban acostumbrados a manejar las Recopilaciones y Las Partidas pero ya no tanto en 1870. Ejemplos: la falta de fijeza para designar las formas de la culpabilidad, dando ocasión a la fatiga de los dogmáticos en su esfuerzo para encontrar sentido a la variedad del vocabulario; el empleo de la palabra malicia para designar el dolo (significando la palabra malicia en el hablar vulgar mala intención, o sea, una valoración moral de los motivos (41); e incluso el abuso del empleo del futuro imperfecto de subjuntivo, usual en nuestra antigua legislación, pero nada corriente en el lenguaje del pueblo.

Los proyectos de Código penal preparados en los últimos treinta años del siglo, se proponían, junto a la adaptación del Código a la Constitución de 1876, simplificar el sistema de las penas, su aplicación y su ejecución: tenían por objeto, más que abrir paso a las nuevas ideas de la ciencia penal, perfeccionar el Código de 1870, purificándolo de los defectos nacidos de la precipitación. Es lástima que no encontraran aprobación los muy acertados de Alonso Martínez, o el más conocido de Silvela. Pero merecen un estudio aparte en cuanto han influido en nuestros Códigos y leyes penales posteriores.

(41) En los debates parlamentarios sobre el que fue Código de 1822, Calatrava, principal autor y defensor del mismo, declara haber tomado las palabras "mala intención" (sustituidas por *malicia* en el texto definitivo) de las Partidas. *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias* de 18821, t. I, 1822, pág. 191. La palabra malicia recuerda los tiempos en que se identificaron, al menos en parte, pecado y delito. Véase la obra ya citada de Tomás y Valiente, págs. 221 y ss.

El bandolerismo en la legislación vigente

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal en la Universidad
de Valladolid

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. ANTECEDENTES LEGALES DEL DECRETO DE 21-9-1960.—III. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA FIGURA PREVISTA EN EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO SEXTO: A) Naturaleza del sujeto activo; B) Medio empleado.—IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO: A) Introducción a su estudio; B) Dedicación al bandillaje; C) Dedicación al merodeo; D) Dedicación a la subversión social.—V. PROBLEMÁTICA DE LA CO-DELINCUENCIA.—VI. EL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO SEXTO.—VII. JURISDICCión Y PROCEDIMIENTO.

I. PREAMBULO

Se cumple este año el décimo de vigencia de una de las más importantes leyes penales españolas, precedida tan sólo quizá —por la suma gravedad de las penas que conmina, la frecuencia de su aplicación por los tribunales, los numerosos problemas dogmáticos y de política criminal que plantea— por el Código penal común y el de Justicia militar: el decreto de 21 de septiembre de 1960 sobre rebelión militar y bandillaje y terrorismo.

La fecha de promulgación del decreto no debe inducir a error sobre los años de vigencia de sus preceptos, ya que el decreto de 21 de septiembre de 1960 refunde, sin que las figuras que acoge sufran con el cambio apenas variación, la ley de 2 de marzo de 1943 y el decreto-ley de 18 de abril de 1947. En 1960 no surge, pues, una regulación *ex novo* de conductas delictivas; la nueva data temporal concede una simple apariencia novedosa a lo que en realidad regía desde varios años antes.

A pesar de los decenios transcurridos desde la entrada en vigor de estos preceptos, y de su no escasa trascendencia en tantos órdenes, no han merecido hasta la fecha la atención de la doctrina española, si se exceptúan observaciones agudas de Jiménez de Asúa y de Rodríguez Devesa, que no constituyen, sin embargo, un estudio a fondo de su total problemática (1).

(1) Se debe citar también el reciente estudio —de carácter eminentemente informativo— de CASTELLS ARTECHE, *En torno al Decreto-Ley sobre rebelión*

Quisiéramos contribuir a reparar este olvido, sumando nuestras reflexiones a la de tan eminentes penalistas. La gran complejidad de esta poco afortunada ley y el dispar carácter de sus figuras obliga, no obstante —para que la exposición no exceda del marco de un artículo— a renunciar *a priori* al análisis de la generalidad de sus preceptos, limitando el estudio al que plantea, sin duda, las máximas dificultades: el artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 regulador de diversas conductas de bandolerismo.

II. ANTECEDENTES LEGALES DEL DECRETO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1960

El decreto de 21 de septiembre de 1960 —cuyo artículo segundo, derogado en 1963, ha sido puesto de nuevo en vigor por decreto-ley de 16 de agosto de 1968 (2)— refunde la ley de 2 de marzo de 1943 y el decreto-ley de 18 de abril de 1947.

La ley de 2 de marzo de 1943 equiparaba a la rebelión militar distintas infracciones que podían repercutir en la vida pública, en el sentido de trastornar el orden público interior, desprestigiar al Estado, Ejército o Autoridades u ocasionar un conflicto internacional. El artículo 2.º del decreto de 21 de septiembre de 1960 ha acogido, literalmente o con leves alteraciones, algunas de estas figuras delictivas que se caracterizan, aunque hay alguna excepción, por exigir un móvil de tipo político y que se equiparan legalmente —aunque material u ontológicamente tanto se diferencian de ella— a la rebelión militar (3). La irregularidad procede de la ley de 2 de marzo de 1943 que, como en el preámbulo explícitamente declara, condensa en una disposición “los distintos bandos y medidas excepcionales, que se han dictado a par-

militar, bandidaje y terrorismo, publicado en diciembre de 1969 en el número extraordinario de “Cuadernos para el Diálogo” *Justicia y Derecho*.

(2) La ley de 2 de diciembre de 1963 (disposición final núm. 5.ª y artículo 2.º) derogó el artículo 2.º del decreto de 21 de septiembre de 1960 y modificó los artículos 3.º y 8.º Según una circular del Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar de 5 de septiembre de 1968 el decreto-ley de 16 de agosto de 1968 restablece tan sólo la vigencia del artículo 2.º del decreto de 21 de septiembre de 1960, sin afectar a las modificaciones introducidas por la ley creadora del Tribunal y Juzgado de Orden Público.

(3) Hasta 1884 la rebelión, aunque fuese cometida por militares, era delito común. El Código penal del Ejército, de 1884, crea, por vez primera en nuestra legislación, el delito de rebelión militar como especialidad puramente militar *siempre que lo cometan individuos del Ejército* (Exposición de motivos). La evolución posterior se caracteriza por la paulatina absorción de la rebelión común por la rebelión militar, bien por la vía de la doble incriminación, bien por la ficción de equiparar a la rebelión militar conductas que nada tienen que ver con el delito de rebelión. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La ley de 2 de marzo de 1943 y el delito de rebelión en el Código de Justicia Militar*, en “Revista de Estudios Penales”, I, Valladolid, 1943, pág. 49. Del mismo: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid, 1969 (3.ª ed.), pág. 680.

tir del 18 de julio de 1936", es decir, en las anómalas circunstancias de la última guerra civil y de la postguerra.

Las restantes conductas delictivas reguladas por el decreto de 21 de septiembre de 1960 proceden, y en la casi totalidad de los casos sin haber sufrido la menor modificación, del decreto-ley del 18 de abril de 1947. Se trata de típicas figuras de robo, bandidaje o terrorismo que poco tienen que ver con las acogidas en el artículo segundo que exigen, como acabamos de exponer, una finalidad de orden político (4).

El decreto-ley de 18 de abril de 1947 acoge a su vez diversas figuras de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941. Ley de excepción a la que el decreto-ley de 1947 deroga expresamente (artículo 10) por los siguientes motivos: a) la disminución de las más graves especies delictivas —bandidaje y terrorismo— secuela de toda situación de postguerra; b) las dificultades técnicas que plantea la interpretación del artículo 604 del Código penal (5); c) la estabilidad de la situación política. Se estima, en consecuencia, que a los fines punitivos hasta con las disposiciones de la legislación común y con mantener preceptos de especial rigor únicamente para "las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo, adaptando a las circunstancias actuales los preceptos de las antiguas leyes de secuestros y de explosivos" (Preámbulo). Leyes (de 1.º de julio de 1894 y de 11 de octubre de 1934) que han de considerarse también antecedente de la que analizamos.

La figura básica de bandolerismo, que se describe en el apartado 1) del artículo sexto del decreto de 1960 procede pues del Decreto-ley de 18 de abril de 1947, en el que constituía el artículo quinto, con el siguiente tenor, igual al actual: "Los que apartándose ostensiblemente de la convivencia social, o viviendo subrepticamente en los núcleos urbanos, formaren partidas ó grupos de gente armada para dedicarse al merodeo, al bandidaje o la subversión social." Se impone la pena capital, como pena única, al jefe de la partida en todo caso y a los componentes de la misma que hubiesen colaborado de cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en el decreto.

(4) Como es sabido, los delitos terroristas no se cometen necesariamente por fines políticos. Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, III, 1965 (3.ª ed.), pág. 237. Del mismo: *Terrorismo*, en "El Criminalista", Buenos Aires, 1951, IX, pág. 55.

(5) El artículo 604 del Código penal de 1944 establecía —al igual que el texto revisado de 1963— que quedaban subsistentes, mientras no se dispusiese lo contrario, los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado no incorporados al Código "tanto en el aspecto sustantivo como en el de la determinación de la jurisdicción competente".

III. DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA FIGURA PREVISTA EN EL APARTADO 1 DEL ARTICULO SEXTO

A) NATURALEZA DEL SUJETO ACTIVO

La mayoría de las figuras que prevé el artículo sexto requieren un sujeto activo plural. Las menos, singular: verbigracia, la prevista en el número 3.º, del apartado 1.º a pesar de que se inicie con las palabras "los que".

Son numerosos, en efecto, los preceptos del Código penal o de leyes penales especiales en los que, a pesar de aludirse literalmente a un sujeto o activo plural, no por ello se necesita realmente la concurrencia de varias personas para que pueda realizarse la correspondiente figura delictiva. Constituye una imprecisión técnica —de las que tantas muestras hay en el texto punitivo fundamenal y en las leyes especiales— que debiera desaparecer en la reforma a fondo— y seriamente preparada— que con tanta urgencia necesitan nuestras leyes penales. A título ilustrativo podrían citarse como ejemplos que el Código penal proporciona: "los que... mantuvieren inteligencia... con Gobiernos extranjeros" (art. 129), "*los que* invadieren... el Palacio de las Cortes" (art. 149) (6), "*los que* perturbaren gravemente el orden de las Cortes" (art. 157,1.º), "*los que* injuriaren o amenazaren gravemente en los mismos actos a algún miembro de las Cortes" (art. 157,2.º), "*los que* fuera de las sesiones injuriaren o amenazaren" (art. 157,3.º), "*los que* emplearen fuerza, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro de las Cortes asistir a las reuniones" (art. 157,4.º), etc. En todos estos supuestos, y en muchos más que es posible añadir, no se exige, a pesar de la letra de la ley, un sujeto activo plural, pudiéndose realizar la figura delictiva por un sujeto activo individual (7).

Las leyes especiales presentan un número no menor de ejemplos. Sin salir del marco del decreto de 21 de septiembre de 1960 podrían citarse, entre otros, el número 1.º del artículo segundo (*los que* difundan noticias falsas o tendenciosas), el número 1.º del artículo tercero (*los que* para atentar contra la seguridad pública) y el párrafo 1.º del artículo cuarto (*los que* para cometer un robo) (8).

A la problemática del delito pluripersonal ha dedicado abundantes

(6) En el sentido del texto, RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho Penal Español*, Parte Especial, cit., pág. 573): aunque la ley habla de "los que invadieren", el sujeto activo no es por ello necesariamente colectivo.

(7) Así lo reconoce, en ocasiones, el mismo legislador al referirse, verbigracia, en el segundo párrafo del artículo 129 al "culpable" y no a los culpables; o al aludir el artículo 158 —en relación con el 157— al "delincuente" y no a los delincuentes.

(8) En el sentido del texto el núm. 2.º a), del artículo 4.º del decreto de 21 de septiembre de 1960 se refiere al *malhechor* o malhechores. Véase Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 7 de octubre de 1955 ("Revista Española de Derecho Militar", 1956 (núm. 2), pág. 215).

páginas la doctrina italiana y tedesca, muy escasas hasta ahora la española (9). Los autores italianos suelen tratar este tema —aunque no siempre— bien al ocuparse del sujeto activo de la acción, a propósito del requisito de la *corrispondenza al tipo*, bien en la autoría, o como forma de manifestación del delito (10). La generalidad de los penalistas alemanes, por el contrario, lo analizan en la participación, bajo el epígrafe de la “participación necesaria” (11).

Ni el encuadre sistemático, ni la denominación, empleados por los juristas alemanes son afortunados. Y resulta extraño, conocida su inclinación por el purismo terminológico y su escrupulosidad ante el sistema, que no los hayan sustituido por otros más precisos, a pesar de no ignorar su evidente impropiedad. El hecho mereció, ya a principios de siglo, una crítica severa por parte de Beling. Para el profesor de Tubinga únicamente cabría participación necesaria si las conductas de las diversas personas condicionasen de tal forma el carácter del delito que sólo todos los autores, o ninguno, pudieran cometerlo (12). Y añadía: lo característico de esta clase de delitos se encuentra simplemente “*in der Formulierung des Tatbestandes*” (13).

(9) La naturaleza jurídica de la institución se determina acertadamente por COBO —que sigue a Dell’Andro— en su estudio “*Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio*”, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1967 (XX), pág. 152. RODRÍGUEZ DEVEVA, en cambio, por seguir en este punto a los autores alemanes, la considera —equivocadamente a nuestro entender— modalidad de la participación (*Derecho Penal Español*, Parte General, Madrid, 1970, pág. 647).

(10) ANTOLISEI: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, 1960 (traducción de Del Rosal y Torio), pág. 490. BETTIOL: *I lineamenti del concorso di più persone nel reato*, en “*Archivio Giuridico*”, 1931. Del mismo: *Sulla natura accessoria della partecipazione*, en “*Riv. it. dir. pen.*”, 1930, página 425, recogido en “*Scritti giuridici*”, Padua, 1966, pág. 1. BOSCARRELLI: *Contributo alla teoria del “concorso di persona nel reato”*, Padua, 1958. CICALA: *Teoria del fatto illecito penale collettivo*, Roma, 1942. CRESPI: *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, en “*Riv. it. dir. pen.*”, 1957, pág. 517. DELL’ANDRO: *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milán, 1956. FROSALI: *Il concorso necessario di persone nel reato (reati plurisoggettivi)*, en “*Scritti giuridici in onore de A. de Marsico*”, Milán, I, 1960. GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, Milán, 1952, II, pág. 220. LATAGLIATA: *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964 (2.ª ed.). PEDRAZZI: *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952. PISAPIA: *Unicità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, en “*Scritti per Manzini*”, 1954. RANIERI: *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Padua, 1968 (4.ª ed.), pág. 414. RENDE: *Saggio di una teoria del reato collegiale*, en “*Il pensiero giuridico penale*”, 1943. SESSO: *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milán, 1955.

(11) Entre los Tratados o Manuales más recientes: JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlín, 1969, pág. 462. MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1965 (3.ª ed.), pág. 566. MEZGER-BLEI: *Strafrecht* (Studienbuch), Allg. Teil, Munich, 1970 (14 ed.), pág. 277. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969 (11 ed.), pág. 122.

(12) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 401.

(13) BELING, ob. cit., pág. 402. Welzel, Mezger-Blei, Maurach, etc., manifiestan claramente que la designación no les satisface, al referirse los primeros a la “sogeanante”, y el último a la “unechte” participación necesaria. También Rodríguez Devesa alude a la “llamada” participación necesaria.

Con mayor rigor aún se expresó Lange al respecto desde el mismo pórtico de su monografía sobre el tema: He mantenido como título de este trabajo, escribe, la denominación usual de “participación necesaria” porque da una idea inmediata, aunque no el concepto, de la cuestión a tratar. Estoy, sin embargo, convencido —añade— de que esta denominación es errónea y fragmentaria. Errónea: porque, como probaremos a continuación, la citada modalidad de actuación conjunta no constituye participación (*ist ...keine Teilnahme*). Fragmentaria: porque idénticos problemas a los de la “participación necesaria” surgen en todos los casos en que un sujeto toma parte en un acto “*in mehrfacher Weise*” (14).

No resulta factible, por obvias razones, realizar una exposición detallada de las numerosas cuestiones que plantea esta materia al análisis dogmático. Debemos limitarnos por ello a subrayar que, a nuestro juicio, hay que partir de la descripción de la figura delictiva para determinar si estamos frente a un delito con sujeto activo individual o pluripersonal. El último existe cuando en la descripción de la figura de delito se exija que dos o más personas actúen de una forma determinada para que la conducta tipificada pueda verificarse (15); con independencia de su culpabilidad o punibilidad en concreto (16).

A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de las figuras delictivas, que pueden ser cometidas por una persona que actúe sola, en ésta se requiere que la conducta descrita se realice por dos o más personas, faltando una de las cuales el delito no se produce (17) por incumplimiento de los presupuestos del tipo (18). Es esencial pues para la substantividad de la figura delictiva la intervención de dos o más sujetos. En la participación, por el contrario, la intervención de varias personas es eventual o contingente (19). En el delito pluripersonal la pluralidad de sujetos es elemento constitutivo de la figura delictiva. La participación extiende, en cambio, el ámbito de aplicación de una figura delictiva, de la que es algo accesorio, no substancial (20).

(14) LANGE: *Die notwendige Teilnahme*, Berlín, 1940, Vorwort.

(15) RANIERT: *Manuale*, cit., pág. 414. A pesar de la impropiedad de la designación, es acertada la definición de FREUDENTHAL: Delikte mit nothwendiger Theilnahme sind die, welche nach ihrem gesetzlichen Thatbestande das Zusammenwirken Mehrerer bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung voraussetzen (*Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Breslau, 1901, pág. 100).

(16) PISAPIA: *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, en “*Scritti per Manzini*”, Padua, 1954, pág. 386. JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 462.

(17) GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, II, cit., pág. 221.

(18) Con terminología de Beling se trataría en estos casos de un supuesto de “Mangel am Tatbestand” (ob. y pág. últim. citada).

(19) BATTAGLINI: *Diritto penale*, Parte Generale, Padua, 1949 (3.^a ed.), pág. 441. FIERRO: *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, 1964, pág. 36.

(20) BAUER: *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, Gotinga, 1904, *passim*. DAHM: *Täterschaft und Teilnahme im Aemtllichen Entwurf eines Allgemeinen*

Las figuras de bandolerismo del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 constituyen una modalidad de sujeto activo pluripersonal a la que se suele denominar delitos de convergencia (21) (*rectius*, delitos con conductas convergentes). Se designan así porque la actividad de los distintos sujetos es de idéntico signo y se dirige hacia el mismo fin (22). Diversamente a lo que sucede con los delitos pluripersonales con conductas contrapuestas respecto al fin común (*Begegnungsdelikten*, de la doctrina alemana), en los que a veces el legislador prevé la punición de una sola de las personas que realizan la conducta —verbigracia, en el estupro (artículos 434, 435, 436, etcétera, del Código penal), raptó (artículo 441), etc. (23)— en los

Deutschen Strafgesetzbuches, Breslau, 1927, pág. 64. BOCKELMANN: *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Gotinga, 1949, pág. 1: Die Teilnahme ist notwendig akzessorisch, d.h. abhängig vom Dasein einer Haupttat. Diese Akzessorität ist kein "Produkt des Gesetzes". Sie liegt in der Natur der Sache. Beihilfe sowohl wie Anstiftung setzen begrifflich ein "Etwas" voraus, vozu sie geleistet werden. BETTIOL: *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa*, en "Scritti giuridici", cit., pág. 1. SANTORO: *Manuale di Diritto penale*, Turín, 1958, I, pág. 502. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 422. JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el Delito*, Méjico-Buenos Aires, 1963, pág. 506.

(21) Córdoba (en su traducción al castellano del *Tratado* de Maurach, Barcelona, 1962, II, pág. 351) y Rodríguez Devesa (*Derecho Penal Español*, Parte General, Madrid, 1969, pág. 647) —dos de nuestros penalistas con más experiencia, en particular el segundo, en el difícil arte de la traducción— vierten a nuestro idioma las expresiones alemanas *Konvergenzdelikte* y *Begegnungsdelikte* por "delitos de convergencia" y "delitos de encuentro". En contra de una versión tan autorizada abogan, sin embargo, importantes razones tanto de tipo gramatical como lógico: 1) porque toda convergencia o encuentro presupone más de delito, y aquí nos hallamos frente a uno tan sólo; 2) porque lo que converge o se encuentra en las figuras de que se trata no son los delitos, sino las conductas. Debe añadirse, no obstante, que la denominación no es impropia únicamente en castellano, también lo es en la lengua de Goethe, a pesar de tener este idioma otras exigencias. Puede bastar para demostrarlo la confesión paladina del mismo Freudenthal a quien se debe, como es sabido, la acuñación de ambos términos. Repetimos sus palabras respecto a los *Konvergenzdelikte*: Eine treffende und doch auch handliche deutsche Bezeichnung hat sich nicht finden lassen (el subrayado es del propio autor citado) (*Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Breslau, 1901, pág. 122, nota).

(22) A esta modalidad de delito pluripersonal se la conoce asimismo con el nombre de "delito colectivo", designación que la doctrina española ha empleado, en cambio, —con menor precisión— como equivalente a delito pluripersonal (Así, ORTEGO: *Ensayo sobre la parte especial*, Universidad de La Laguna, 1959, pág. 38). Tampoco es acertada la distinción de QUINTANO entre delitos multitudinarios (sedición, riña tumultuaria) y delitos "plurisubjetivos" (adulterio, bigamia) (*Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, I, pág. 243). Ya que los primeros también son "plurisubjetivos", o mejor, pluripersonales.

(23) La impunidad de uno de los sujetos activos de la acción se debe, en la mayoría de los casos, a que el precepto se establece en su beneficio (verbigracia, en el estupro). Sobre la problemática de los delitos con conductas contrapuestas: JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 463. La persona impune deja de ser sujeto activo de la acción, y se convierte en mero objeto material, si la ley no exige una determinada conducta por su parte (verbigracia, en la violación). Sobre este punto, véase por todos, GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, cit., pág. 223.

delitos colectivos todos los sujetos físicos son punibles en abstracto como autores (24) por ser sujetos activo del delito (25). No hace falta, sin embargo, su punibilidad en concreto.

¿Cuántas personas deben concurrir para que se den los presupuestos del apartado 1 del artículo sexto del decreto de 1960?

Al legislador no le basta que el número sea plural ("los que") (26) —con lo cual serían suficientes dos sujetos—, exige además otro requisito: que esas personas formen "partidas o grupos de gente armada".

La formulación legal puede inducir a error, al referirse a partidas y a grupos. Estimamos, empero, que el decreto equipara ambos conceptos. En primer lugar, porque la conjunción disyuntiva puede ser empleada en su acepción de equivalencia. En segundo término —y parece argumento decisivo— porque al concretar la punición de los autores (artículo sexto, apartado 1, núm. 1, letras *a*) y *b*), únicamente se refiere el legislador a las partidas y no a los grupos. Creemos igualmente que es suficiente que se forme una partida o grupo para que el precepto se cumpla, a pesar de que el legislador emplee en la determinación de la conducta el número plural. Lleva a este resultado no sólo la interpretación teleológica de la figura, sino la propia redacción literal del precepto —acabado de mencionar— en que se especifica la pena a imponer a los autores: se habla entonces de los jefes o componentes de la partida, no de las partidas (27).

El decreto de 1960 emplea las expresiones de partida y de grupo, términos de menor raigambre que el de cuadrilla —aunque creemos que de similar contenido—, que fue el que los monarcas españoles utilizaron durante siglos profusamente en sus pragmáticas para designar a ese tipo de bandas de malhechores. Denominación tradicional que llega hasta el mismo texto punitivo fundamental vigente que le acoge en tres de sus preceptos (28).

A pesar del cambio de nombre hay base para pensar que la partida a que el decreto alude se origina únicamente cuando concurren

(24) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 463.

(25) SESSO: *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, cit., pág. 40. No parece aconsejable seguir la opinión de DE MARSICO —para quien los diversos sujetos físicos constituyen un único sujeto jurídico, la "societas" (*Diritto penale*, Nápoles 1969, pág. 260)— porque puede inducir a error acerca de la punibilidad en abstracto como autores de cada uno de los sujetos activos del hecho.

(26) ORTEGO (ob. cit., pág. 27) habla con acierto respecto de las figuras delictivas que se inician con las expresiones "el que", "los que", de sujeto activo indiferenciado.

(27) En aras de la precisión conceptual, exigencia agravada en este caso porque la pena conminada es la de muerte, es conveniente que las leyes españolas prescindan de este tipo de escauceos literarios —de que tanto abusan—, porque ponen en grave peligro la seguridad jurídica, postulado fundamental de todo Estado de Derecho.

(28) El Código penal alude a la cuadrilla en los artículos 10-13.º, 502 y 558-4.º.

a la comisión del delito más de tres malhechores armados (29). A favor de esta tesis abogan diversos argumentos. En primer lugar, razones históricas. La partida no se define en el ordenamiento penal vigente y el legislador se refiere a ella al ocuparse de las mismas bandas de facinerosos a las que, a lo largo de varios siglos, se designó con el nombre de cuadrilla. 2) El idioma equipara ambos términos. La acepción octava de la voz partida del Diccionario de la Academia es precisamente la de cuadrilla. 3) La suma gravedad de las penas que se imponen (pena de muerte como pena única, y respecto al jefe de la partida incluso por un simple delito de peligro) obliga a acoger el significado más estricto del precepto —por imperiosa exigencia del principio *odiosa sunt restringenda*, dado que la voluntad de la ley permanece oscura y para no arriesgarse a castigar, y de manera tan grave en este caso, contra la voluntad legal (30). Ya que —y, siguiendo el ejemplo de Antón Oneca, acudimos a Manzini— la libertad es el principio general del ordenamiento jurídico, y las restricciones, la excepción; de forma que cuando exista duda acerca de la existencia o el alcance de una incriminación penal saldrá beneficiado el reo, no en consideración a su persona, sino por efecto de la obligada interpretación más favorable a la libertad de todos los ciudadanos (31). 4) El decreto-ley de 18 de abril de 1947, del que procede —como más arriba hemos expuesto— la figura que analizamos, manifestó en su preámbulo que abrogaba “la ley de excepción que lleva el nombre de Ley de seguridad del Estado”, porque, superada la situación de la postguerra, a los fines punitivos bastaba con “las disposiciones de la legislación común y con mantener preceptos de especial rigor únicamente para las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo”. Ahora bien, la severísima ley de excepción (32) que reprimió durante seis años “las especies más graves de toda situación de postguerra”: el bandillaje y el terrorismo, exigía en el bandolerismo para llegar, por la circunstancia del número de sujetos intervinientes, a la imposición de la pena capital —que prodigaba en su articulado— que los hechos “fueren ejecutados por tres o más malhechores” que portaran armas u otros medios peligrosos (33). No cabe duda que resulta incongruente con la finalidad

(29) Acogemos, pues, el concepto de cuadrilla del artículo 10-13.º del Código penal.

(30) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 99. Para Quintano Ripollés este principio se ajusta al de legalidad, al repudiar interpretaciones analógicas contrarias al inculpado (*Curso de Derecho penal*, I, cit., pág. 202).

(31) MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*, Turín, I, 1961 (4.ª ed.), pág. 314.

(32) Empleó por vez primera el superlativo para calificar la ley de 1941 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en su admirable estudio *Justicia penal de guerra civil*, recogido en “Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional”, Buenos Aires, 1944, pág. 204 (nota).

(33) Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, art. 53-1.º.

que el legislador pretendía mediante el decreto-ley de 1947 el sostener que puede originarse una partida cuando la forman dos o tres malhechores tan sólo: *a*) porque no se produciría la mitigación punitiva a que se aspiraba, sino todo lo contrario: ya que bastaría el mismo número de sujetos —tres—, o dos incluso, para poderse imponer a uno de ellos —el jefe— la máxima pena; *b*) porque no es posible calificar de modalidad particularmente grave de bandolerismo aquella en que interviene un número tan limitado de sujetos —que hace menos peligrosa la conducta y menos profunda la conmoción social ocasionada por el hecho (34)—, máxime cuando la legislación común, a la que remite el decreto-ley de 1947 para calificar las conductas que no revistan “la gravedad suficiente” (artículo 9.º), prevé también la posibilidad del robo en cuadrilla (artículo 502 del Código penal).

La distinción entre la partida del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 y la cuadrilla del artículo 502 del Código penal podría basarse en las siguientes consideraciones:

1) La partida es un elemento constitutivo de las conductas descritas en el artículo sexto del decreto; la cuadrilla una circunstancia de agravación. En consecuencia, cabe en el primer caso la existencia de una partida aunque no se haya verificado aún —por tratarse de un mero delito de peligro abstracto— acto alguno de latrocinio; no así en el segundo.

2) Una vez verificado el robo habría que inclinarse por la aplicación del artículo 502 del Código penal —respecto al jefe de la cuadrilla— en los casos en que la misma no esté totalmente armada; salvo que se acepte la opinión de Rodríguez Devesa que exige, para apreciar la agravación del artículo 502, que concurren al menos cuatro malhechores armados todos ellos. Esta tesis se opone no sólo al claro tenor literal del precepto, sino también a la razón sistemática de que el legislador ha dado aquí un concepto de cuadrilla distinto del genérico; pero tiene a su favor el argumento de los antecedentes históricos del precepto y razones teleológicas (35).

3) Cuando han tomado parte en el latrocinio más de tres malhechores totalmente armados ha de llevar a la aplicación del artículo sexto del decreto, la particular gravedad de las consecuencias (36), las especiales circunstancias de los hechos (37) y la mayor estabilidad de la partida (siempre que se den los requisitos exigidos para formar ésta que a continuación analizaremos).

4) La cuadrilla del artículo 502 del Código penal cabe solamente en los delitos de robo con violencia o intimidación en las perso-

(34) Cfr. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 379.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*. Parte especial. *cit.*, página 390.

(36) Decreto de 21 de septiembre de 1960. Preámbulo.

(37) Decreto de 21 de septiembre de 1960, artículo 8.º.

nas (37 bis); la partida del artículo sexto del decreto cabe también en los robos con fuerza en las cosas (38).

La simple concurrencia de un mínimo de cuatro malhechores armados no basta para que, desde el plano del sujeto activo, se perfeccione el delito previsto en el apartado 1 del artículo sexto del decreto de 1960. Es necesario además que entre las conductas de esos sujetos exista una relación de cierta estabilidad (39) ("formen partidas") y que las mismas tengan una dirección determinada (del mismo sentido en este caso: bandolerismo, merodeo, subversión social), presupuesto un *apartamento ostensible* de la convivencia social o una *vida subrepticia* en núcleos urbanos. El tipo incluye asimismo un particular elemento anímico ("para dedicarse"). Tiene razón por ello Grispiigni al afirmar que la estructura de los delitos pluripersonales difiere de la de los delitos con sujeto activo singular tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo (40).

El legislador exige, como acabamos de exponer, que los malhechores formen partidas o grupos de gente armada. No es suficiente pues la mera reunión de más de tres sujetos totalmente armados para que se realice el tipo. Se necesita además que entre ellos exista alguna cohesión y que la relación tenga cierta permanencia, ya que formar significa gramaticalmente juntarse diferentes personas para que hagan un cuerpo moral, es decir, algo más que un simple congregar.

La exigencia de dedicación ("para dedicarse") confirma también el carácter de estabilidad de la partida, puesto que dedicación, según el "*Diccionario de Autoridades*", equivale a abrazar por entero una actividad, con renuncia de las demás. Ha de tratarse, por tanto, de una actividad a la que los sujetos se entreguen por entero, no cumpliendo los requisitos legales la mera reunión ocasional de malhechores para cometer esporádicos actos de latrocinio. A la "constitución" en cuadrilla de bandoleros aludía asimismo Pacheco cuando clamaba en el pasado siglo por la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la figura delictiva de la "formación misma de la cuadrilla con ánimo de delinquir", que veía acogida en otras legislaciones y echaba de menos en la española (41).

Al ser la pluralidad de sujetos activos elemento constitutivo del tipo en los delitos pluripersonales, se exige en la figura que anali-

(37 bis) OLESA: *La cuadrilla como unidad delincuente*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1957 (X), pág. 311.

(38) Respecto a los problemas que plantea la aplicación del artículo 513 del Código penal, véase: GONZÁLEZ GARCÍA: *Asociación para cometer el delito de robo*, en "Revista Gen. de Legisl. y Jurispr.", 1947 (182), pág. 54.

(39) GRISPIGNI: ob. cit., pág. 224. SESSO: ob. cit., pág. 40

(40) GRISPIGNI: ob. y pág. últim. citada.

(41) PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, III, (5.ª ed), pág. 298. Para apreciar la presunción de haber estado presente en los atentados cometidos por la cuadrilla, le basta, por el contrario, al legislador, que el malhechor *ande habitualmente en ella* (Cód. pen., art. 502-3.º).

zamos para configurar el dolo —por aplicación de las reglas de carácter general—, a) la conciencia y voluntad del propio acto —con los requisitos descritos en la figura (entre ellos: la interrelación de las diversas conductas)— en cuatro al menos de los componentes de la partida; b) la concurrencia, en el mismo número mínimo de malhechores, del dolo específico que la figura requiere (42).

B) MEDIO EMPLEADO.

En principio y en la mayor parte de los casos —enseña Jiménez de Asúa— las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal. De ordinario tienen su papel en las atenuantes y agravantes. Pero a veces, añade, y como excepción en verdad frecuente, el tipo se ha compuesto conforme a *determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión y, sobre todo, a los medios empleados* (42 bis).

El párrafo primero del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 prevé, en relación al medio, dos modalidades de comisión caracterizadas: a) por un apartamiento ostensible de la convivencia social; b) por una vida subrepticia en núcleos urbanos.

El apartamiento ostensible de la convivencia social no incluye una referencia expresa al lugar de comisión. La interpretación histórica podría llevar a admitir que el legislador ha querido referirse aquí a la verificación del hecho en lugar despoblado (por equiparación con el “en despoblado” de las tradicionales pragmáticas contra los bandoleros, que se acoge todavía hoy, como agravante genérica, en el artículo 10 del Código penal). Resultado al que también podría conducir la interpretación sistemática: ya que esta conducta se contrapone a la de formar partidas en núcleos urbanos. Pero el precepto exige algo más: un apartamiento ostensible de la convivencia social, o, con otras palabras, un colocarse fuera, con carácter manifiesto y estable, de la vida social, que no se da en el supuesto de un esporádico asalto en lugar no poblado. Del primigenio lugar de comisión en despoblado se ha pasado, pues, a una modalidad delictiva caracterizada por un vivir separado —enfrente, podría decirse— de la sociedad y fuera de un núcleo urbano.

El elemento que analizamos es descriptivo —en cuanto delinea una determinada situación fáctica—, a pesar de que incluya una cierta referencia normativa: “ostensible”, que equivale a que de forma manifiesta y clara los sujetos hayan roto los lazos que les vinculaban a la vida en sociedad. La función del juez instructor se reduce en

(42) GRISPIGNI, ob. cit., II, pág. 267. FROSALI: *Il concorso necessario di persone nel reato (reato plurisoggettivo)*, en “Scritti giuridici in onore di A. de Marsico”, Milán, 1960, I, pág. 614.

(42 bis) JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1965, III (3.ª ed.), pág. 814.

consecuencia a un mero proceso cognoscitivo (43). La acogida de la referencia normativa no altera su carácter objetivo-descriptivo. Hoy se sabe que los tipos descriptivos suelen presentar referencias normativas y que lo raro es hallar tipos puramente descriptivos o normativos. Al igual que tampoco existe una neta separación entre los elementos objetivos y subjetivos del tipo. En cualquier caso, el juzgador no goza como antes se pensaba de absoluta libertad en la apreciación de los elementos absoluta o predominantemente normativos (44). Se encuentra vinculado a la ley en el sentido de que el ordenamiento jurídico no espera una valoración netamente personal y parte, por el contrario, del hecho de que en la colectividad existen valores a los que el juez está subordinado (45).

La segunda modalidad delictiva a que el legislador alude requiere

(43) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., III, pág. 800. Debe anotarse que, en nuestros días, no se parte de una neta separación entre fenómenos cognoscitivos y valorativos. Kunert, por ejemplo, defiende la configuración unitaria de ambos fenómenos y admite, verbigracia, la posibilidad de revisar en apelación las sentencias del juez de hecho decisorias de un fenómeno valorativo (*Die normativen Merkmale der strafrechtliche Tatbestände*, Berlín, 1958, página 98). Ruggiero, después de subrayar también la identidad de contenido entre los dos fenómenos que exteriorizan “una modificazione dello spirito al cospetto di un dato della realtà” (pág. 189), estima que la diferencia entre procedimiento axiológico y procedimiento cognoscitivo se basa en el tipo de relaciones que con ellos se instauran entre espiritualidad del sujeto y dato objetivo. Quando questo si realizza, añade, tramite un contatto immediato, senza l'intervento di fattori intermediari, si è in presenza di un atto valutativo; quando, viceversa quel rapporto si attua con l'inserimento del dato obiettivo in una superiore categoria spirituale si è in prevezza di un atto conoscitivo (*Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Nápoles, 1965, I, pág. 191).

(44) Ruggiero niega, por una parte, que “alla struttura dell'elemento normativo parteciperebbe sempre l'espressione di un giudizio di valutazione da parte del giudice” (ob. cit., pág. 126) y sostiene que la actividad del juez en la determinación de los elementos normativos es “meramente ricognitiva di un'astratta qualificazione normativamente predisposta”, es decir, no constitutiva de la valoración del caso concreto (pág. 244).

(45) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 92. El problema más delicado se produce respecto de los elementos “con valoración cultural”, según la terminología mezeriana. El loable intento de Jescheck de salvaguardar también aquí la vinculación del juez a la ley, exigiendo que su valoración se fundamente en las representaciones morales unitarias (*einheitliche* Moralvorstellungen) de la colectividad, no parece llevar a puerto seguro en momentos, como los actuales, de neta oposición entre las concepciones valorativo-culturales tradicionales —mantenidas en general por el sector de más edad— y las más progresivas. Piénsese que lo que el juez tiene que determinar —vinculado por esa moral unitaria— es, por ejemplo, si en el caso concreto hubo ofensa al “pudor o las buenas costumbres”. Más certera parece la concepción de Ruggiero para salvar la necesaria objetividad en la determinación de las reglas morales. Sostiene que su concreción debe buscarse más que en un plano abstractamente espiritual, en la vida concreta de la sociedad; más que en exigencias ideales abstractas en orientaciones morales concretas de la colectividad. Pero sin estimar necesario que estas reglas se observen en la realidad histórica de que se trate, bastando “un diffuso riconoscimento del valore” de las mismas (ob. cit., páginas 179 y 180 (nota)).

para efectuarse la vida subrepticia en los núcleos urbanos. En la figura aparece una expresa referencia al lugar. La conducta sólo puede originarse, por tanto, por la residencia o morada, oculta o a escondidas, en poblaciones de alguna importancia, puesto que urbano alude a ciudad, no a caserío o aldea.

IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

A) INTRODUCCIÓN A SU ESTUDIO

La dogmática moderna, en la fase que Jescheck, en su reciente Tratado, denomina clásica (46), es decir, la vinculada a los nombres de Liszt y de Beling, otorgó a la antijuricidad naturaleza estrictamente objetiva.

En el delito se distinguían dos componentes plenamente diferenciados. El objetivo, que se desdoblaba a su vez en dos elementos: la antijuricidad y la tipicidad (47); y el subjetivo, que se separaba en otros dos: el dolo y la culpa.

El tipo de delito consistía en una descripción de carácter objetivo. *Der Verbrechenstypus* (48) —según escribía Beling en 1906— *ist nicht anderes als ein objektiver Umriss* (49). La antijuricidad estribaba en la contradicción entre el comportamiento objetivo del autor y las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad se concretaba en una relación psicológica entre el autor y el acto, presupuesta la imputabilidad. Entre la tipicidad y la culpabilidad no había la menor conexión. La relación interna del autor respecto a la acción típica constituía, para Beling, un elemento nuevo y autónomo del delito, de tal forma que la ausencia de esa relación no suprimía la tipicidad de la acción (50).

46) JESCHECK (*Lehrbuch*, cit., pág. 139) distingue cuatro períodos bajo el epígrafe "Fases de evolución de la moderna teoría del delito": antecedentes de la moderna teoría del delito (Binding), teoría clásica del delito (Liszt, Beling), teoría neoclásica del delito (Dohna, Hippel, M. E. Mayer, Frank, Mezger) y la teoría del delito del finalismo (Welzel).

(47) La separación entre antijuricidad y tipicidad no aparece claramente perfilada en el Tratado de Liszt hasta la edición de 1908. Subraya Liszt entonces, por vez primera, los méritos de la concepción de Beling respecto a la *Tatbestandsmäßigkeit* como elemento del delito, aunque estima que la ha llevado a las mayores exageraciones (Er ist dabei aber vielfach über das Ziel hinausgeschossen); frase, es menester hacerlo notar, que no aparece en las sucesivas ediciones. Añade, sin embargo, que el concepto del delito de Beling "deckt sich im wesentlichen mit meiner Begriffsbestimmung" (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908 (16-17 ed.), pág. 116, nota).

(48) Sobre lo que por tipo de delito entendía entonces Beling y sus diferencias con el *Tatbestand* o tipo rector, de su ulterior monografía *Die Lehre vom Tatbestand*, de 1930, véase la Nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ a su versión castellana del Tratado de Mezger, Madrid, 1955, I (2.ª ed.), pág. 353.

(49) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 178.

(50) BELING: ob. cit., pág. 178-179.

Idéntica independencia había entre la antijuricidad y la culpabilidad. Por principio —y acudimos de nuevo a Beling— la antijuricidad es, en todo caso, independiente de la voluntad y del querer del autor, y de sus propósitos; y también, por principio, la relación psíquica solamente se toma en consideración cuando se trata del elemento de la culpabilidad, es decir, de la “responsabilidad y de las consecuencias jurídicas de la culpabilidad” (51).

Este sistema que, como hemos visto, se basaba primordialmente en la separación entre el aspecto objetivo y el subjetivo del delito, concediendo a la antijuricidad naturaleza objetiva (52) y fundamentando la culpabilidad en una relación psicológica, fue el preferido durante decenios por la dogmática a pesar de que la orientación subjetiva de la antijuricidad no careció de esclarecidos partidarios. La aparición de la doctrina normativa de la culpabilidad y el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto típico —que permitió la intercomunicación de los diversos caracteres o elementos del delito— conmovieron los fundamentos de la espléndida construcción clásica (53), que se apoyaba en la existencia de una especie de compartimientos estancos.

La doctrina de los elementos subjetivos del injusto o del tipo (54) salvó las antiguas distancias entre las concepciones objetivas y subjetivas, tendiendo entre ellas un puente de unión. No en vano los elementos subjetivos del injusto constituyen, como advirtió Mezger, una zona fronteriza (*Grenzgebiet*) entre la antijuricidad y la culpabilidad (55).

Pocos autores han expuesto esta doctrina con la claridad de Antón Oneca, por lo que nos permitimos reproducir su formulación, sin perjuicio de que intentemos completarla aludiendo a los problemas que la misma en la actualidad presenta. Si por regla general —escribe el profesor Antón— el carácter antijurídico de la conducta no depende de elementos subjetivos, hay casos en que excepcionalmente la tipicidad de la conducta o la existencia de una causa de justificación depende de la intención o móviles del sujeto: de modo que entre dos

(51) BELING: ob. cit., pág. 142.

(52) Respecto de la doctrina italiana puede verse, por ejemplo, la clásica obra de DELITALA: *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padua, 1930, página 26: es antijurídico todo comportamiento que, objetivamente considerado, contrasta con los fines del ordenamiento jurídico.

(53) Cfr. VON WEBER: *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935, pág. 5. GALLAS: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en “ZStW”, 1955, pág. 3 de la separata.

(54) Según Jescheck (*Lehrbuch*, cit., pág. 213), ambas denominaciones son equivalentes. Die erste —añade— stellt ab auf die Zugehörigkeit der ganzen Merkmalsgruppe zu den das Unrecht einer Deliktsart betreffenden Faktoren, die zweite besagt, dass diese Merkmale zum Aufbau des Tatbestandes benutzt werden. Véase también Mezger: *Tratado de Derecho penal*, I, cit., pág. 387.

(55) MEZGER: *Die subjektiven Unrechtselemente*, en “Der Gerichtssaal”, 1924 (89), pág. 207.

acciones externamente iguales, una será antijurídica y otra no, en virtud de elementos psicológicos del sujeto activo (56).

Queda fuera del objeto de nuestro estudio exponer la evolución dogmática de esta importante concepción; lo que, por otra parte, tampoco es necesario, ya que con mayor o menor amplitud se ocupan de ella —a partir del desarrollo que adquirió con Mezger (57)— numerosos manuales y un sinnúmero de monografías (58). Aceptada la teoría por la generalidad de la doctrina española, Jiménez de Asúa la analiza con su habitual erudición en su gran Tratado (59). En Alemania es hoy día la concepción imperante, siendo Oehler el más decidido opositor (60). También la admiten los suizos y parte de la doctrina italiana, argentina y chilena, mientras la mayoría de los penalistas austriacos la rechazan.

La teoría de los elementos subjetivos del injusto parte del supuesto de que en la determinación de la antijuricidad de ciertas acciones es esencial la actitud anímica que el sujeto ha unido a ellas, y que se refleja en el tipo. Muy discutido es si también el dolo pertenece al tipo del injusto. Lo afirman los penalistas, por considerar al dolo componente de la acción (61), y algunos autores no finalistas que sostienen que determina su desvalor (E. Schmidt, Bockelmann, Gallas, Heinitz). La mayor parte de la doctrina, por el contrario, lo excluye.

A los elementos subjetivos del injusto se atribuyen diversas funciones: a) individualizar el injusto típico de las respectivas figuras delictivas, contribuyendo a fundamentarlas y a delimitarlas; b) cualificar o privilegiar ciertas figuras básicas; c) fundamentar la exclusión del injusto de las causas de justificación; d) configurar la tentativa, particularmente en el Derecho alemán que alude a la “resolución” (*Entschluss*) de cometer un crimen o delito (parágrafo 43) (62);

(56) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 179.

(57) A Mezger se deben dos trabajos fundamentales (*Die subjektiven Unrechtselemente*, en “*Der Gerichtssaal*”, cit., y *Wom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en “*Tracger-Festschrift*”, 1926, pág. 187 y ss.) y una magistral síntesis (*Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Munich y Leipzig, 1931, págs. 168-173).

(58) Es todavía de obligada consulta, respecto a las fases de elaboración de la doctrina hasta 1932, el trabajo de habilitación para la docencia de SIEVERTS: *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburgo, 1934, págs. 4 y ss.

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 825.

(60) Para OEHLER (*Das Objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung*, 1959, *passim*) la antijuricidad penal sólo puede surgir de la objetiva puesta en peligro (*Gefährdung*) de bienes jurídicos, por medio de actos objetivos concluyentes (en relación a su dirección final objetiva). También H. Mayer mantiene una postura discrepante.

(61) En los delitos consumados el dolo es, según Welzel, “in seinem ganzen Umfang ein finale Element der Handlung” (*Das Deutsche Strafrecht*, 1969, cit., pág. 64). En contra, ENGISCH: *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en “*Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*”, Karlsruhe, 1960, I, pág. 426. MEZGER: *Einleitung*, al “*Leipziger Kommentar*”, Berlín, 1954, I, pág. 9.

(62) Sobre si la “resolución” incluye al mismo tiempo el dolo como elemento del tipo —como pretenden los finalistas— véase, MEZGER-BLEI: *Strafrecht* (Studienbuch), 1970, cit., págs. 100, 103 y ss.

e) constituir la base de la futura "teoría general de la parte especial (63); f) impedir que el delito pueda cometerse culposamente. Su importancia, sin embargo, no debe exagerarse (64): a) ampliando por encima de la realidad el número de figuras delictivas que los contienen (65); b) multiplicando las clasificaciones de las figuras delictivas, sobre la base del elemento subjetivo que expresa o implícitamente acogen, hasta el extremo de convertir la labor dogmática en un estéril bizantinismo preciosista.

Aceptada la doctrina, no por ello desaparecen las dificultades. Problemas, y de no fácil solución, plantea ante todo el delimitar los elementos subjetivos del injusto de los elementos de la culpabilidad (66). Los origina también la determinación del lugar que corresponda a la disposición anímica (*Gesinnung*) dentro de los caracteres del delito (67)

(63) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 927.

(64) Del peligro de valorar en exceso su "revolutionierende Rolle" advirtió Mezger hace ya muchos años.

(65) Doctrina científica española —e incluso jurisprudencial— muy reciente, niega, por ejemplo, que los delitos de injuria, calumnia, abusos deshonestos, falso testimonio, etc., incluyan un elemento subjetivo del tipo.

Rodríguez Devesa sostiene, verbigracia, que "cualquiera que sean los móviles del sujeto, la injuria subsiste cuando se produce de manera abiertamente contraria a los límites que el respeto a la dignidad y el decoro ajeno demandan" y rechaza la tesis de que la partícula "en" indique finalidad (*Derecho penal español*, parte especial, cit., pág. 216). Antón Oneca ha defendido últimamente en sus explicaciones de Cátedra —en contra de lo que mantuvo en su Manual (pág. 179)— que los abusos deshonestos no exigen la concurrencia del ánimo lúbrico: los actos contrarios al decoro lesivos del pudor constituyen, para Antón, conducta antijurídica y pueden determinar legítima defensa aunque los móviles del agente no fuesen lascivos; celo indiscreto del médico que no se adaptase a las normas del decoro impuesto por la *lex artis* y la costumbre generalmente admitida. El Tribunal Supremo respecto a la calumnia ha sostenido en varias sentencias la siguiente doctrina: aunque la calumnia es, como la injuria, un delito contra el honor, la doctrina del dolo específico que es de esencia en el último de los expresados delitos, no es de estricta aplicación a la calumnia, bastando para ésta que los actos ejecutados sean voluntarios, conforme al precepto general del artículo 1.º del Código penal (Sentencias de 28 de enero de 1941, 6 enero de 1933, 14 noviembre 1944). Para Torio el delito de falso testimonio no puede concebirse como violación de un deber de veracidad, sino como un ataque a intereses jurisdiccionales, sobre todo porque el tipo agravado del artículo 326-1.º, del Código penal, establece que la sentencia condenatoria debe ser consecuencia de la declaración falsa. Estima, por tanto, que la violación del deber de veracidad constituye tan sólo el tipo subjetivo, objeto del juicio de culpabilidad; lo que quiere decir que no admite en la figura un elemento subjetivo del injusto (*Introducción al testimonio falso*, en "Revista de Derecho procesal", 1965, págs. 23 a 25 de la separata).

(66) WELZEL: *Deutsche Strafrecht*, 1969, cit., pág. 79. GALLAS: *Zum gegenwärtigen Stand*, 1955, cit., pág. 45.

(67) Merece particular mención el cambio de opinión de Schmidhäuser, autor de la mejor monografía sobre el tema (*Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübinga, 1958). En esta monografía, Schmidhäuser sostenía que la disposición anímica pertenece a la culpabilidad, puesto que "das Gesinnungsmerkmale das Ausmass der Schuld steigern" (pág. 206). Stratenwerth criticó esta postura en el *von Weber-Festschrift*. En su reciente Tratado Schmidhäuser divide ahora las características de la disposición anímica en dos grupos. Unas que "única-

e igualmente la agrupación sistemática de los elementos subjetivos del tipo (68). Fuente de confusión es asimismo el incluir las figuras delictivas concretas en grupos o subgrupos bajo una denominación ya tradicional (procedente de Binding) pero a la que se otorga dispar contenido (69).

Como un medio para evitar esta última causa de equívocos pudiera ser quizá aconsejable retornar a Binding —el cultivador “todavía sin par” de la Parte Especial, según escribía Sieverts en 1934— que se anticipó a la problemática de la teoría de los elementos subjetivos del tipo y dio nombre —comúnmente aceptado— a varias agrupaciones de delitos que contienen esta clase de elementos: delitos de resultado cortado, delitos mutilados de dos actos y puros delitos de tentativa; los cuales se caracterizan porque su consumación se anticipa al estadio de tentativa o, incluso, al de simples actos preparatorios (70). Grupos de delitos que han solido reunirse posteriormente —cuando surgió la concepción de los elementos subjetivos del tipo— en el más amplio de delitos con tendencia interna trascendente o de intención, con variedad de matices, y sin faltar autores (Mezger, Zimmerl), que absorben los delitos de pura tentativa en los de resultado cortado.

De acuerdo con esta terminología se puede estimar que la figura prevista en el apartado 1 del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 constituye un delito de tendencia interna trascendente o de intención mutilado de dos actos, ya que se estructura de acuerdo con el siguiente esquema: “quien hace algo... para realizar de nuevo algo” (Erik Wolf). La impaciencia del legislador es grande (71) y eleva a delito consumado la mera realización de actos preparatorios.

En evitación de que se produzca la ulterior conducta que se tiene por mira, el legislador, al anticipar formalmente la consumación al momento en que se realizan ciertos actos preparatorios (72) con

mente modifican la culpabilidad”; y otras que “también alteran el injusto” (*Strafrecht*, Allg. Teil, Tubinga, 1970, pág. 203).

(68) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 215: Die Gruppierung der subjektiven Tatbestandsmerkmale ist im einzelnen umstritten.

(69) Puede bastar para mostrarlo un solo ejemplo, tomado de los recientes Tratados de Rodríguez Devesa y Jescheck. El profesor de Madrid estima que el hurto es un delito de tendencia de resultado cortado (*Derecho penal español*, parte general, cit., pág. 330), mientras Jescheck lo incluye en los delitos de intención, en el subgrupo de delitos incompletos de dos actos (*Lehrbuch*, cit., pág. 215).

(70) BINDING: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, Leipzig, 1902, pág. 11 y ss.

(71) BINDING: *Lehrbuch*, cit., pág. 13.

(72) Por tratarse de meros actos preparatorios elevados a delito no cabe en la figura la posibilidad de tentativa. Véase BINDING: *Lehrbuch*, cit., pág. 13. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 478.

aquella finalidad, transforma el que en otro caso constituiría un delito de lesión o daño (73) en un delito de peligro abstracto (74).

En consecuencia, la efectiva realización de actos de bandolerismo, merodeo o subversión social si puede ser en ocasiones una condición de mayor punibilidad no determina el momento consumativo del comportamiento delictivo (75). La pena pues a imponer al jefe de la partida —haya o no cometido actos de bandolerismo, merodeo, etc.— es la pena capital (art. sexto, apartado 1, número 1.º, a]). Y la pena a imponer a los miembros o componentes de la partida —hayan o no cometido actos de bandolerismo, merodeo, etc., y con independencia de la gravedad de los eventuales resultados, salvo en los escasos supuestos que a continuación analizaremos— es la de reclusión mayor (núm. 3.º del mismo apartado) (76).

En dos momentos concreta el legislador —como condición de mayor punibilidad— la pena a imponer a los componentes de la partida que lleven a cabo los actos que tuvieron por ulterior mira. En el apartado 1, núm. 1.º, b) en que se conmina con pena capital a “los componentes de la partida que hubiesen colaborado de cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en este decreto”. Y en el apartado 1, número 2.º, que prevé la pena de reclusión mayor a muerte para “los que hubieren tomado parte en la comisión de cualquier otro delito comprendido en este decreto”.

(73) Contra la propiedad o, eventualmente, el orden económico-social.

(74) SIEVERTS: ob. cit., págs. 146 y ss. y 176. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 479 (respecto a la rebelión). RODRÍGUEZ DEVESA niega (*Derecho penal español*, parte general, 1969, cit., pág. 347) que pueda configurarse el peligro abstracto desde un punto de vista técnico, entendiendo por peligro abstracto un peligro estadísticamente demostrado, que se da por consiguiente en una mayoría de casos, aunque falte en el supuesto concreto. Pero, si falta en el supuesto concreto —y el juicio de probabilidad, según el mismo autor sostiene, debe ser *ex ante*—, ¿cómo puede hablarse de *peligro* respecto a ese concreto supuesto? ‘El delito de peligro abstracto (Mezger, Jiménez de Asúa, etc.) representa la específica puesta en peligro de bienes jurídicos, pero la punibilidad es independiente de que se demuestre en el caso concreto la especial situación de peligro, como ocurre en el apartado primero del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960.

(75) En los delitos de peligro cualificados por el resultado, escribe JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 479), el daño efectivo funciona como condición de mayor punibilidad, pero jamás puede estimarse como perfección del delito.

(76) La mencionada en el texto es, desde el plano lógico-sistemático, la única interpretación posible del número 3.º del apartado 1 del artículo sexto. Ya que el número 3.º —al igual que los restantes del mismo apartado— no hace otra cosa que concretar la punición de “los que... formaren partidas... para dedicarse al bandidaje”. A mayor abundamiento el apartado 2 alude textualmente a “los *componentes* de los grupos o partidas a que se refiere el *apartado anterior*”. Estimamos por ello que no puede aplicarse este precepto a quienes no siendo miembros de las partidas realicen actos de complicidad, como ha sucedido en alguna ocasión: Sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar de 10 de marzo y de 2 de junio de 1949 respecto al idéntico precepto del decreto-ley de 18 de abril de 1947 (cfr. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, Madrid, 1968 [9.ª ed.], pág. 164, nota).

A pesar de su aparente generalidad estas disposiciones tienen legalmente un ámbito de aplicación restringido. Ya que el fin de dedicarse al bandidaje, al merodeo o a la subversión social es distinto de las finalidades que constituyen el elemento subjetivo del injusto de gran número de las figuras del decreto. Es manifiestamente incompatible, verbigracia, con todas aquellas que de forma expresa o tácita requieren un fin de carácter político. La única figura cuya compatibilidad con la que analizamos no ofrece dificultades es la de robo prevista en el artículo cuarto. El secuestro de una persona (regulado en el artículo quinto) sólo es compatible, en cambio, si se verificó con ánimo de lucro o eventualmente de subversión social, no en otro caso (77). La solución correcta, en el caso concreto, no podrá en absoluto prescindir del hecho de que la partida, en el sentido del decreto, *únicamente* tiene entidad jurídico-penal si se forma para uno de los tres fines tantas veces citados.

Dada su importancia, examinamos a continuación por separado y con algún detenimiento el elemento subjetivo del injusto de dedicarse al bandidaje, al merodeo y a la subversión social.

B) DEDICACIÓN AL BANDIDAJE

La punición del bandolerismo tiene una larga historia. No en vano este fenómeno delictivo es en nuestro país prácticamente endémico y nunca se ha desarraigado por entero. Brota una y otra vez con renovada energía cuando se producen las circunstancias socio-económicas que constituyen su caldo de cultivo. Costa ha estudiado, en "*Antigüedades ibéricas*", algún ejemplo ibérico de bandolerismo en la forma de cuartería o abigeato. Y otros muchos autores (78) han mostrado que desde entonces hasta la época actual aparecen en nuestro país, en los más diversos períodos históricos, manifestaciones —muchas veces horribles (79)— de este fenómeno delincencial. Al

(77) Verbigracia, con miras deshonestas (rapto), vindicativas (detención ilegal), etc. Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS: *Secuestro de personas*, en "Enciclopedia Jurídica Española" (Seix), XXVIII, pág. 246.

(78) BERNALDO DE QUIRÓS: *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la Baja Andalucía*, en "Anales de la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas", Madrid, 1913 (IX), DELEITO Y PIÑUELA: *La mala vida en la España de Felipe IV*, Madrid, 1939 (3.ª ed.), pág. 98. ESPINA: *Luis Candelas*, Madrid, 1964 (4.ª ed.). MAJADA, *Notas a la traducción castellana de la Historia de la criminalidad de RADBRUCH-GWINNER*, Barcelona, 1955. MARAÑÓN: *El "Empcinado" visto por un inglés* (Hardmann), Madrid, 1954 (5.ª ed.). REGLÀ: *El bandolerisme català del barroc*, Barcelona, 1966 (2.ª ed.). TOMÁS VALIENTE: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pág. 259. VILAR: *La Catalogne dans l'Espagne Moderne*, París, 1962, I, pág. 621. ZUGASTI: *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, Madrid, 1876-1880 (10 volúmenes), etc.

(79) Véase, por ejemplo, la descripción que hace Zugasti de la situación en Córdoba al ser nombrado gobernador civil: *El bandolerismo*, cit., I, 1876, pág. 14.

mismo resultado se llega a través del análisis de la evolución legislativa: estudio de las numerosas pragmáticas, reales cédulas, leyes, decretos, etc., que han pretendido acabar —particularmente en los últimos siglos— sin conseguirlo (a pesar de las rigurosas penas que siempre se han previsto para estos crímenes) con el bandolerismo en nuestro suelo (pragmáticas de Carlos I de 1539, de Felipe IV de 1643, de Carlos III de finales del siglo XVIII (de 1781, 1782, 1783 y 1784), ley de Secuestros de 8 de enero de 1877, etc.

Podríamos fácilmente formular por nosotros mismos, como resultado de esta dúplice investigación, el concepto del bandidaje, o lo que es igual, pero idiomáticamente más castizo, del bandolerismo. Pero nos parece preferible, por coincidir su análisis criminológico con el resultado de nuestro propio investigar, acudir a la autoridad del que puede considerarse el mejor criminólogo español, Rafael Salillas.

En su clásica obra "*Hampa*" (80) enseña Salillas que los modos de acción del bandolerismo son tres: el salteamiento, la conminación y el secuestro. El salteamiento consiste, según el mismo autor, en acometer, reducir y despojar a los pasajeros en los caminos y a los propietarios en sus viviendas. La conminación es amenazar anónimamente, y alguna vez directamente, a los propietarios, con perjuicios en sus personas y en sus haciendas, si no dan la cantidad que se les pide. Y el secuestro es apoderarse de una persona acaudalada, mantenerla en rehenes y exigir un precio por su rescate (81).

El denominador común de las diversas modalidades de bandolerismo es pues el *latrocinium*: obtención de un lucro por medio de la violencia o la intimidación. Esta es exactamente la actividad propia del bandolero que Bernaldo de Quirós define con las siguientes palabras: Forma de criminalidad caracterizada por las agresiones rapaces sistematizadas de un grupo colocado frente a la ley, en situación de rebeldía.

Con no menos precisión describió Iriarte en una de sus fábulas la actividad delictiva del bandolero:

Prendieron por fortuna a un bandolero
a tiempo cabalmente
que de vida y dinero
estaba despojando a un inocente.

La investigación gramatical coincide con la histórica y criminológica: bandolerismo es, según el Diccionario de la Academia, desafueros y violencias propias de los bandoleros. Y bandolero es "ladrón, salteador de caminos".

(80) SALILLAS. *Hampa*, Madrid, 1898, pág. 508.

(81) El salteamiento ha sido en nuestro país, hasta tiempos recientes, prácticamente endémico. La conminación prosperó en los albores del siglo actual. Y el secuestro en las postrimerías del XIX y al terminar la última guerra civil.

C) DEDICACIÓN AL MERODEO

La palabra "merodear" tiene un sentido propio y otro por extensión. En su sentido propio merodear es "apartarse algunos soldados del cuerpo en que marchan, a reconocer en los caseríos y el campo lo que pueden coger o robar", al cual obviamente no puede referirse el precepto que pretendemos interpretar (82). Por extensión significa "vagar por el campo cualquier persona o cuadrilla viviendo de lo que coge o roba", concepto cuya diferencia con el bandolerismo consiste en que permite abarcar junto a las conductas de robo e intimidación en las personas las de fuerza en las cosas.

La esencia del merodeo consiste pues en elevar a modo de vida —a hábito o profesión— una actividad de vagabundeo que se concreta en ataques a la propiedad. En el mismo sentido la Enciclopedia Jurídica Seix considera merodear: vagar, rondar en torno a los lugares de probable provecho furtivo, acechando los despojos consiguientes. De la conexión legal, por otra parte, para fines represivos de conductas de vagabundeo y de bandolerismo hay numerosas muestras en los últimos siglos. Dejemos hablar a Reglá: *Ben sovint, els bandolers comencen per ésser vagabunds... Les pragmatiques contre els vagabunds, considerats com a "seminari de lladres i bandolers", es van succeint ininterrompudament* (83). El legislador unía de esta forma en la punición conductas vinculadas también desde un plano idiomático. Es curioso saber —y al mismo tiempo altamente ilustrativo para el fin de interpretación del precepto que nos ocupa— que la palabra castellana bandolero procede de la catalana *bandoler*, la cual hace también originar el término bearnés *bandoulè* (vagabundo) y la vasca *bandil* (indolente) (84).

D) DEDICACIÓN A LA SUBVERSIÓN SOCIAL

La subversión social es la tercera modalidad final a que se refiere el número 1 del artículo sexto para tipificar las conductas de los que se apartan ostensiblemente de la convivencia social, o viven subrepti-

(82) Según COROMINAS (*Diccionario crítico etimológico de la Lengua castellana*, Madrid, 1954, III, voz: *merodear*) la Academia, ya en 1817, da el masculino *merode* como sinónimo de pillaje y considera merodear "apartarse los soldados del cuerpo o tropa a reconocer en los caseríos y campo lo que pueden recoger o robar". El merodeo adquirió excepcional gravedad durante la Guerra de los Treinta Años y en la época posterior por obra principalmente de los lansquenetes. Para acabar con el merodeo se aplicaron castigos ejemplares. Radbruch-Gwinner (ob. cit., pág. 271) relatan que en Breslau, por ejemplo, fueron ejecutados en un solo día —la vigilia de la Ascensión del año 1620— sin haberles permitido confesarse, un grupo de 27 lansquenetes.

(83) REGLÀ: ob. cit., pág. 13.

(84) COROMINAS: ob. cit., I, pág. 386.

ciamente en los núcleos urbanos, formando partidas o grupos de gente armada con aquel fin.

Gramaticalmente, subvertir significa "trastornar, revolver o destruir", por lo cual subversión social, desde un punto de vista formal, ha de ser la acción dirigida a perturbar o destruir, fuera de los cauces legales, un determinado orden social (85).

Como el ordenamiento jurídico penal ha de constituir un todo armónico es preciso partir en la investigación de lo que se entienda por subversión social del hecho del encuadre legislativo de la finalidad de subversión social al lado de la de bandidaje y merodeo. Hacemos uso en este análisis de la que suele denominarse interpretación sistemática. La pregunta a responder es la siguiente: ¿Existen conductas de bandidaje o vinculadas a él que pretendan de forma primaria perturbar o destruir un determinado orden social? Si la respuesta a este interrogante fuese afirmativa, parece lógico pensar que esas conductas son precisamente las que ha previsto el legislador español en el precepto que analizamos, por haber tomado en cuenta los fines de subversión social junto a los fines de merodeo y bandidaje.

Es de sobra sabido que las causas del bandolerismo son fundamentalmente socio-económicas. De manera meridiana lo ha expuesto REGLÀ en la que puede considerarse la mejor obra escrita hasta ahora en nuestro país sobre el bandolerismo: "sense la misèria entre els humils difícilment podria explicar-se un bandolerisme actiu i endèmic, capaç d'amenajar continuament la seguretat dels Estats" (86).

Por el hecho de serlo todo bandolero en sentido propio, es decir, el que REGLÀ llama "hijo de la miseria", lucha de forma violenta contra un orden social en el que no hay cabida para él o en el que no se siente integrado. Pero esta observación no nos vale aún para dis-

(85) Subversión social no es la acción tendente a producir cambios sociales, ya que los cambios sociales, según nos dicen los sociólogos, "at some level and degree, is as characteristic of man's life in organized systems as is orderly persistence" (W. E. MOORE: *Social Changes*, en "International Encyclopedia of the Social Science", 1968, XIV, pág. 365). Pueden equipararse, sin embargo, ambos fenómeno en las anómalas circunstancias en que los cauces legales no permitan, por su angostez, producir los cambios que exigen unas relaciones sociales que resultan inapropiadas.

(86) REGLÀ: ob. cit., pág. 9. La causa fundamental tanto del bandolerismo barroco catalán como del bandolerismo romántico andaluz es, según Reglà, una falta de adecuación entre la demografía y la economía. En el mismo sentido se manifiesta Pierre VILAR en su magnífica obra, *La Catalogne dans l'Espagne Moderne*, 1962, I, citada, pág. 621. Les conditions par où s'expliquaient les progrès du banditisme catalan au XVI^e siècle n'ont pas cessé au XVII^e: surpeuplement rural, misères de sans-travail, tentations offertes par la circulation de l'argent et l'inflation de la mauvaise monnaie. Il n'est pas étonnant que l'agitation dans les campagnes ait culminé entre 1605 et 1615 en même temps que le désordre monétaire. Igualmente se expresa ZUGASTI (*El bandolerismo*, cit., 1878, VI, pág. 315): debo decir, que la causa fundamental del bandolerismo en Andalucía consiste en los antecedentes históricos, y en el estado presente de la propiedad territorial.

tinguir el bandolero común del que actúa impulsado por móviles sociales, del bandido revolucionario.

Ahora bien, la historia de todos los pueblos muestra numerosos ejemplos de estos últimos, loados en las leyendas, ensalzados en el teatro, cantados por el pueblo: los bandidos generosos. Bandoleros que conmovidos por las iniquidades de un orden social injusto pretendían subvertirle “robando a los ricos y socorriendo a los pobres”. “No crea que yo robo como un ladrón vulgar” —podía decir uno de ellos en un cuento de los hermanos Grimm—, “tomo únicamente lo que a los ricos les sobra. Y doy a los pobres con mayor gusto que les quito”.

Estos bandidos generosos, auténticos bandidos revolucionarios, aparecen en los pueblos en los momentos de graves tensiones sociales. Y hay una línea recta que pasa de Harmodio y Aristogeiton en Grecia, a Robin Hood y Guillermo Tell en el medioevo y llega a Diego Corrientes (87) y José María el Tempranillo (88). Son protagonistas de fábulas de Grimm, de dramas de Schiller (89), de novelas de Maupassant (90), de canciones populares. El pueblo los hace suyos, los lleva en su corazón, con expresión de von Hentig (“hat diese kriminel len an sein Herz genommen” (91). Y el pueblo canta como un himno

(87) Los bandidos generosos no sólo conquistan —como exponemos en el texto— el corazón del pueblo. También el de los criminólogos. Bernaldo de Quirós, por ejemplo, muestra sin rebozo su simpatía hacia Diego Corrientes entre otras en la frase que a continuación transcribimos: Diego Corrientes, de Utrera, salteador, “ladrón de caballos padres”, el “bandido generoso”, el mejor de todos los bandidos, y el que, como tal, tuvo el peor destino, a los 27 años de su vida, arrastrado, ahorcado y descuartizado, en viernes de marzo, no habiendo muerto jamás hombre alguno, ni desgarrado otra cosa que su pregón de arresto en la plaza de Mairena del Alcor, ante el pueblo congregado para leerle (*Bandolerismo y delincuencia subversiva*, cit., pág. 18).

(88) José María, el “Tempranillo”, “Rey de Sierra Morena”, capituló “de igual a igual”. —según Bernaldo de Quirós— con Fernando, Rey de las Españas. Indultado de sus crímenes, con los componentes de su cuadrilla, fue nombrado comandante de escuadrón franco de Protección y Seguridad pública de Andalucía.

(89) Sobre *Die Räuber*, de Schiller, véanse las bellas páginas de FERRI, en *Los delincuentes en el arte*, trad. castellana de Bernaldo de Quirós, Buenos Aires, 1948, pág. 85.

(90) También Blasco Ibáñez ha descrito, en *Sangre y Arena*, los rasgos más característicos de estos bandidos, y sus modos de actuar, con motivo de la visita que uno de ellos hace en su cortijo al protagonista de la novela, el torero Gallardo (cap. VI). En páginas anteriores (cap. IV) Blasco había caracterizado al bandido generoso, y al eco que en el pueblo encuentra, perspicaz y escuetamente. El Plumitas, que así se llama el bandolero de la célebre obra del escritor levantino, “era reverenciado y ayudado por los pobres del campo, tristes siervos de la enorme propiedad, que veían en el bandido un vengador de los hambrientos, un justiciero pronto y cruel, a modo de los antiguos jueces armados de punta en blanco de la caballería andante”.

(91) VON HENTIG: *Das Verbrechen*, Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1961, I, pág. 49.

de guerra las canciones a ellos dedicadas cuando hay tensión en el ambiente (92).

¿Quién se atreverá a decir, sin la nota de temerario —escribía el sobremanera cauto y conservador político Segismundo Moret— hasta qué punto la espontaneidad misma de semejante conducta (la de Diego Corrientes y José María) obedecía o no a sus sentimientos meramente personales, o a los que les inspiraba el espectáculo desgarrador de los exclusivismos, privilegios y miserias sociales de su tiempo? (93).

No seremos nosotros, ciertamente. Todo lo contrario. Estos bandidos generosos se separan del bandolero común, como acabamos de ver, precisamente porque pretenden no ya el robar como fin, sino mediante el robo como medio subvertir el orden social de su época. Ellos son, sin duda, los tenidos presentes por el legislador patrio en el artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960. En favor de esta interpretación abogan, como acabamos de mostrar, razones lógico-sistemáticas e históricas.

Pudiera pensarse, sin embargo, que el legislador español no fue lógico y pretendió regular en el artículo sexto, número 1.º, del decreto de 1960 conductas que nada tienen que ver con el bandolerismo y el merodeo. Se trataría de un imperdonable —nos atreveríamos a decir—, fallo sistemático, dada la excepcional gravedad de las penas que se conminan.

Pero, en cualquier caso, el lenguaje de la ley es terminante y no cabe extenderlo analógicamente a conductas que el legislador no ha previsto, sobre todo porque la pena conminada —pena de muerte, como pena única en ciertos casos— repugna a la sensibilidad de nuestra época, y puede considerarse sin énfasis como anómala (94).

El legislador ha hablado de subversión social, no de subversión política. Los términos subversión política y subversión social corresponden a dos tipos de delincuencia plenamente diferenciadas, la denominada delincuencia política y delincuencia social, que no pueden confundirse, máxime cuando la ley las distingue.

La equiparación de lo político a la social, o, con otras palabras, el sostener que los regímenes políticos dependen estrechamente de las estructuras socio-económicas es una concepción que el marxismo popularizó hace unos años y que hoy está en crisis (95). Esta idea arrastró incluso a pensadores muy alejados de las doctrinas marxistas. En el

(92) VON HENTIG: ob. y pág. citada. Del mismo: *Estudios de psicología criminal*, Madrid, 1960, I, pág. 173, trad. de Rodríguez Devesa.

(93) Segismundo MORET: *Prólogo* a la obra de ZUGASTI, *El Bandolerismo*, 1876. I, cit., pág. XIX.

(94) BARBERO SANTOS: *La pena de muerte, problema actual*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, *passim*.

(95) DUVERGER: *Introduction a une sociologie des régimes politiques*, en "Traité de Sociologie", publicado bajo la dirección de Gurvitch, París, 1960, II, pág. 10.

campo penal puede verse un reflejo en la noción de delito social defendida por Quintano (96).

Politólogos y sociólogos enseñan actualmente, sin embargo, que lo político y lo social no puede confundirse: que un régimen social de propiedad privada no se vincula necesariamente a un régimen político pluralista (ejemplo manifiesto es la dictadura nazi) y que es sobremañera dudoso que una economía socialista tenga que estar fatalmente unida a un Estado de partido único (97). Tampoco es cierto, por otra parte, que un mayor desarrollo económico origine una mayor libertad política. Rusia es, por ejemplo, entre los países comunistas el más avanzado en el plano económico, pero los fenómenos más importantes de liberalización (verbigracia, la admirable "primavera de Praga") no se han producido precisamente allí (98).

En el ámbito jurídico-penal merece citarse el intento de distinción entre las diversas modalidades delictivas relacionadas con lo político o lo social por parte de Jiménez de Asúa, a pesar de defender sus íntimas conexiones. El afán constructor, escribe el eximio criminalista, impera en el delito político; el amor aberrante a los que sufren y el odio a los opresores caracteriza al delincuente anarquista puro (99), y el delincuente social opera por causas fundamentalmente económicas. La delincuencia que afecta a la lucha de clases y al problema económico es la única que puede denominarse, siguiendo a Jiménez de Asúa, delincuencia social (100). El delincuente social, según el mismo autor, opera por causas fundamentalmente económicas. Los explotados, los que han recibido la peor parte en el reparto del trabajo y del producto, quieren transformar la actual organización social de la propiedad, quieren más equidad en las distribuciones (101). El móvil es menos soñador que en las otras formas de delincuencia evolutiva, y por eso más fuerte, más positivo —y en consecuencia más amenazador contra las clases dominantes— en estos tiempos de lucha abierta entre capital y trabajo (102).

(96) QUINTANO RIPOLLÉS: *Delito social*. en "Nueva Enciclopedia Jurídica" (Seix). Barcelona. 1954, VI, pág. 620.

(97) DUVERGER: ob. y pág. cit.

(98) DUVERGER: ob. cit., pág. 18.

(99) De interés sobre una de las más importantes manifestaciones anarquistas españolas, la andaluza de finales de siglo, DIAZ DEL MORAL: *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas*, Madrid, 1967, pág. 122.

(100) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, 1965, III, cit., pág. 183. BOUZAT-PINATEL: *Traité de droit pénal et de criminologie*, París, 1970, I (2.ª ed.), pág. 233.

(101) Se combate la actual organización de la sociedad —alegaba, entre otras razones, MARTÍNEZ SANTONJA (*El problema social*, Madrid, 1927 [2.ª ed.], pág. 20)— porque se la considera injusta, porque se cree que favorece a una minoría con perjuicio de la mayoría, acumulando en manos de los menos la mayor suma de beneficios, y condenando a los más a la mayor parte de las penas.

(102) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, 1965, III, cit., pág. 242.

En su interesante ensayo sobre la conspiración de tipo político Tierno ha separado igualmente los condicionamientos socio-económicos. Los intereses económicos que intervienen en la conspiración —escribe el profesor salmantino— se ponen de inmediato en un nivel secundario. Se consideran instrumentos del altruismo. Desde otro punto de vista, los complejos económicos de clase social o la estructura económica del grupo inmediato son elementos condicionantes, pero no admitidos en las ideologías que intervienen en la conspiración (103).

El legislador, por último, también distingue entre subversión política y social. Los ejemplos son numerosos. Citaremos como concluyente —la figura tiene, por otra parte, una estructura análoga a la que pretendemos interpretar— el artículo 251 del Código penal, en el que se enumeran, como distintas, dentro de las propagandas ilegales, las finalidades de subvertir la organización política, social, económica o jurídica del Estado.

Un problema importante que se debe resolver antes de finalizar el estudio del elemento subjetivo de la figura es el siguiente: en el supuesto de que se forme una partida, con los requisitos que la ley exige, para dedicarse no sólo al bandolerismo, sino también al merodeo y a la subversión social, ¿existirá concurso de delitos? A nuestro juicio la respuesta es negativa tanto si se sostiene la homogeneidad como la heterogeneidad de tales conductas. El tema ha sido estudiado con extrema penetración por Gianniti, que estima que estas figuras, que denominada con conductas fungibles (104), no dan lugar a un concurso de delitos, en cuanto el delito es siempre *unum et idem* incluso en la hipótesis de que el sujeto realice —“in unità di contesto”, naturalmente— dos o más de estas conductas. Para que se origine concurso de delitos no basta una pluralidad de acciones, se necesita además que las mismas violen diversas disposiciones penales no integradas en unidad jurídica, en cuyo caso, al ser considerada cada una de ellas penalmente equivalente a las restantes, se viola —al realizarse juntamente las diversas acciones— una sola disposición legal (105).

V. PROBLEMATICA DE LA CODELINCUENCIA

El apartado 1 del artículo sexto configura diversos delitos de peligro y cualificados por el resultado que pueden ser cometidos únicamente por el jefe o componentes de la partida, los cuales serán cas-

(103) TIERNO GALVÁN: *Anatomía de la conspiración*, Madrid, 1962, pág. 63.

(104) En cuanto exigen para su realización el cumplimiento alternativo de una de las diversas conductas naturales, las cuales son consideradas, por lo tanto, como equivalentes por la ley, como modalidad de la misma violación jurídica.

(105) GIANNITI: *La fattispecie legale a condotta fungibile*, en “La Scuola Positiva”, 1961, págs. 659, 681 y 682, principalmente.

tigados como autores aún en la eventualidad de que en el caso concreto hayan actuado como cómplices o encubridores, puesto que el legislador, respecto a los miembros de la partida, alude ya al hecho de haber colaborado en el delito cualificado por el resultado “de cualquier modo” (si está conminado con pena capital en el decreto), ya al de haber “tomado parte” en la comisión (si no está conminado con pena capital) e impone al jefe de la partida la pena de muerte “en todo caso”.

El Consejo Supremo de Justicia Militar ha aplicado —como antes némos expuesto— alguna de las disposiciones citadas (v. gr., la equivalente al número 3.º del apartado 1 del decreto ley de 1947) a sujetos que sin formar parte de las partidas han colaborado con ellas de alguna forma (Sentencias de 2-6-1949 y 10-3-1949) (106). Esta jurisprudencia merece repulsa, ya que el apartado 1 configura delitos propios, es decir, delitos que sólo pueden ser cometidos por quien tenga la cualidad de jefe o componente de la partida, no por extraños a ella. El extender su aplicación a sujetos que no formen parte de la partida es claramente *contra legem* (107).

El apartado 2 del artículo sexto se refiere a una conducta de auxilio que tanto por carecer de entidad técnico-jurídica (no cabe dentro de las categorías de autoría, complicidad o encubrimiento del Código común) (108), como por la gravedad de la pena conminada, ha de interpretarse correctivamente, es decir, que será conducta de auxilio “en sentido del decreto” cualquiera que no constituya por sí complicidad (109) o encubrimiento, pero en la que no falte, al menos, por una parte, el correspondiente componente subjetivo, o sea, voluntad de verificar un favorecimiento personal relacionado con el bandolerismo; por otra, actos objetivos de auxilio a los miembros de las partidas. Estimamos, en consecuencia, que la conducta consistente, verbigracia, en proporcionar, con un fin caritativo, unos antibióticos a un bandolero herido, no puede ser calificada de “auxilio al bandidaje” (110); salvo que el término “auxilio” se convierta en un cajón sin fondo en el que todo quepa (111), lo cual estaría en contra de la naturaleza de las cosas, del principio de seguridad jurídica y del

(106) Cfr. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, 1968, cit., pág. 164, nota.

(107) Véase la nota 76.

(108) Cfr. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 1949, cit., pág. 376.

(109) Sobre los límites entre complicidad y conducta impune, véase, GIMBERNAT: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 209.

(110) Como ha hecho una Sentencia de 21 de octubre de 1969 (Sumarísimo 30/69) de un Consejo de Guerra celebrado en Burgos.

(111) En este sentido, algunas sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar han aludido para calificar ciertas conductas como “de auxilio” a la compra de jabón o pañuelos con destino a una partida (S. de 10 marzo 1949), o al hecho de haber suministrado tabaco a los bandoleros (S. de 2 de julio 1949). Cfr. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, 1968, cit., pág. 165, nota. El decreto-ley de 1947 consideró auxilio la simple omisión de pronta denuncia. El precepto, por fortuna, no pasó al decreto de 1960.

postulado de que las leyes penales han de interpretarse restrictivamente. Menos aún podría calificarse esta conducta como de "auxilio" desde un plano subjetivo, salvo que se sustituya arbitrariamente la voluntad caritativa real con que el sujeto actuó por otra hipotética de auxilio a bandoleros. No cabe duda, por otra parte, que cuando se dan las circunstancias del artículo 489 bis del Código penal, la conducta del que realizase actos de auxilio está justificada por haber obrado en cumplimiento de un deber legal. Más aún, el sujeto que no socorriere al bandolero que se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave incurrirá en la responsabilidad penal que el precepto establece.

VI. EL APARTADO TERCERO DEL ARTICULO SEXTO

El legislador ha configurado en él otra típica modalidad de bandolerismo, a la que ya hemos hecho referencia: la denominada por Salillas "cominación" (112). Esta manifestación delictiva tuvo un particular florecimiento en nuestro país en las postrimerías del siglo pasado (113) —Zugasti nos relata numerosos ejemplos—, pero hoy ha prácticamente desaparecido, al igual que las restantes. De forma muy expresiva dieron cuenta de este hecho Radbruch-Gwinner en su conocida "*Geschichte des Verbrechenens*": La época de las fechorías de las cuadrillas de bandoleros ha pasado a la historia (114).

El apartado 3, cuya exégesis no plantea particulares problemas —si se exceptúa el que a continuación aludiremos—, reafirma nuestro convencimiento de que el legislador ha pretendido incriminar en el artículo sexto todas las posibles conductas de bandidaje.

¿Las conductas previstas en el apartado 3 tienen siempre gravedad o características adecuadas para ser calificadas con arreglo al decreto? Rodríguez Devesa lo afirma de manera categórica, por estimar que ello se desprende "de modo inequívoco y constante" del precepto mismo, con la consecuencia de corresponder siempre su conocimiento a la jurisdicción militar (115). Sentimos discrepar de la opinión de nuestro colega de la Universidad de Madrid, ya que es posible imaginar supuestos de escasa gravedad. Y que estos supuestos se presenten en la vida real, lo muestra el hecho de su acogida en alguna sentencia de la propia jurisdicción militar (116).

(112) SALILLAS: *Hampa*, cit., pág. 508.

(113) Bernaldo de Quirós denominó "neo-bandolerismo" a la modalidad a que nos referimos en el texto, la cual al comenzar la actual centuria había sustituido casi por entero a las demás.

(114) RADBRUCH-GWINNER: *Geschichte des Verbrechenens*, Stuttgart, 1951, página 290.

(115) RODRÍGUEZ DEVESEA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., páginas 272-3.

(116) Verbigracia, en la de 14 de marzo de 1951, del Consejo Supremo de Justicia Militar, se determina que no comete este delito, y sí el de amenazas

Un punto de este apartado 3 merece especial mención, el de la pena que conmina: que es de seis meses y un día a muerte, es decir, una pena prácticamente indeterminada. No han sido parcos los juristas españoles en sus reproches a tal margen de arbitrio, que consideran excesivo (117), pero parece necesario dar un paso más: el de declarar que el precepto es anticonstitucional, ya que al establecer una pena arbitraria (118) viola el fundamental postulado de la seguridad jurídica (119), acogido en el artículo 17 del Fuero de los españoles.

VII. JURISDICCION Y PROCEDIMIENTO

El artículo octavo del decreto de 21 de septiembre de 1960 establece que la jurisdicción militar será la competente para conocer de los delitos comprendidos en el decreto, que serán juzgados por procedimiento sumarísimo.

Desde el plano histórico uno de los antecedentes más significativos del precepto que comentamos quizá sean las órdenes cursadas por Carlos III el 25 de septiembre de 1781 a los capitanes generales de las provincias de Andalucía y Extremadura para que destinasen la Tropa bajo su mando a perseguir y prender las cuadrillas de bandideros, y se ofrecía ascensos a los oficiales como si se tratase de "guerra viva" y a la tropa parte del botín que confiscase.

Antecedente menos lejano, y que por haber regido una centuria su vigencia ha llegado a la actual, es el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821, que atribuyó al fuero militar el conocimiento de los delitos de robo en despoblado —o en poblado, si cometidos en cuadrilla— cuando los reos fuesen aprehendidos por fuerza armada destinada a su persecución, o resistían con armas a las tropas aprehensoras.

Este sistema, u otros no menos expeditivos que, con harta frecuencia, han sido empleados, no produjeron jamás —así lo aseguran

del artículo 493 del Código penal ordinario, el vecino de un pueblo que, careciendo de antecedentes penales y político-sociales, dirige a otro vecino una carta anónima en la que, bajo amenazas de muerte para el destinatario y su familia, le exige depositase al siguiente día la cantidad de 3.000 pesetas en el lugar que expresamente se le indicaba en el anónimo, no comparciendo el procesado en el lugar y día expresado a recoger el dinero. La inhibición se basa en que en el presente caso se dan modalidades que enervan el relieve de los hechos hasta el punto de que en el propósito del autor más que el ánimo de beneficiarse con la exigencia se descubre el de gozarse simplemente con el temor que infundía a su convecino y amigo, y tanto es así que ni se presenta a recoger el sobre, etc.

(117) Véase por todos, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., págs. 272 y 1119.

(118) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., página 757, nota.

(119) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 97. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 93.

los historiadores (120)— el triunfo definitivo de las tropas reales sobre los bandoleros. Los monarcas se ven forzados por ello a dictar órdenes, instrucciones, pragmáticas, cédulas, cada vez más severas. La situación es análoga a la que con tan fina ironía ha descrito Manzoni, respecto de los *matones* italianos del Renacimiento, en las páginas iniciales de su bellísima novela. Y de la misma forma que el *crescendo* punitivo de los virreyes hispánicos no terminó en Italia con las fechorías de los *bravi e bagabondi*, la agravación de las penas, el endurecimiento de la represión, lo sumario del procedimiento o la concesión de competencia al estamento militar para perseguir o juzgar a los bandoleros (121), tampoco produjo en nuestro país el efecto pretendido. Lo reconocen paladinamente los mismos reyes. Elegimos dos ejemplos al azar. En la Real Orden de 18 de junio de 1784 confiesa Carlos III que “a pesar de las activas y paternas providencias que he tomado para preservar a mis amados e inocentes vasallos de los insultos que experimentan en los caminos y aún en los pueblos, no se ha logrado todo el fruto que debía esperarse”. Veinte años más tarde la situación no había mejorado, si hemos de creer al monarca reinante. En Ordenes de 30 de marzo de 1801 y 10 de abril de 1802 Carlos IV se refiere, en efecto, a “los escandalosos delitos que están cometiendo por todas partes la multitud de malhechores, facinerosos y contrabandistas que las infestan con sus latrocinios y atrocidades”. Que el medio elegido por el soberano —que los salteadores aprehen-

(120) REGLÀ: ob. cit., pág. 117. TOMÁS VALIENTE: ob. cit., pág. 249.

(121) En la represión del bandolerismo catalán de 1616 el duque de Albuquerque, virrey de Cataluña, se jactaba, por ejemplo, de recibir “cada día, cargas de bandoleros vivos y muertos” (VILAR: *La Catalogne*, I, 1962, cit., pág. 624). Uno de los métodos más recriminables fue el empleado en gran escala por Zugasti, en el último tercio del siglo XIX, en su lucha contra el bandolerismo andaluz: la muerte de los malhechores por la Guardia Civil con el pretexto de que los aprehendidos pretendían fugarse o iban a ser liberados por los miembros de su cuadrilla. Esto es lo que, con un eufemismo posterior —nos dice MAJADA en las *Adiciones* a su traducción castellana de la *Historia de la Criminalidad* de RADBRUCH-GWINNER, cit., pág. 339— se ha llamado la “ley de fugas” y que constituye una verdadera pena capital de carácter gubernativo. Desde el punto de vista legislativo, la disposición más vituperable quizá sea la pragmática dictada el 6 de julio de 1663, que constituye la ley 1.ª, tit. XVII, lib. XII, de la Novísima Recopilación. Insertamos un fragmento: “Ordenamos y mandamos que cualesquier delinquentes y salteadores que anduvieren en cuadrilla, robando por los caminos o poblados, y habiendo sido llamados por edictos y pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra corte, no parecieren ante los jueces que procedieren contra ellos a compurgarse de los delitos de que son acusados, substanciando el proceso en rebeldía, sean declarados, tenidos y reputados, como por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y bandidos públicos, y permitimos que qualquier persona, de cualquier estado y condición que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos o muertos ante los jueces de los distritos donde fueren presos o muertos; y que pudiendo ser habidos sean arrastrados, ahorcados y hechos cuartos y puestos por los caminos y lugares donde hubieren delinquido y sus bienes sean confiscados para nuestra cámara.”

dididos por las tropas comisionadas en su persecución fuesen juzgados en Consejo de guerra— tampoco fue eficaz, lo prueba la Real Cédula de 22 de agosto de 1814 y el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821, más arriba citado.

No solamente por razones históricas o de política criminal, o por consideraciones de Derecho comparado (122), sino por las derivadas de exigencias fundamentales de un Estado de Derecho (123), es de *lege ferenda* absolutamente preciso que la competencia para conocer de todo tipo de delitos comunes corresponda a la jurisdicción ordinaria. Esta necesidad es particularmente imperiosa en nuestra legislación, ya que el Derecho español vigente presenta una serie sumamente amplia de excepciones a esta básica aspiración jurídica de nuestra época:

a) Delitos comunes previstos en leyes especiales cuyo enjuiciamiento compete en exclusiva a tribunales militares (v. gr., diversas figuras de la Ley penal y procesal de la navegación área de 24 de diciembre de 1964).

b) Delitos comunes previstos en leyes especiales cuyo enjuiciamiento compete a la jurisdicción militar, que puede inhibirse en favor de la ordinaria (v. gr., las conductas tipificadas en el artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960).

c) Delitos que se regulan tanto en el Código penal común como en el de Justicia Militar y que por razones de competencia y de mayor gravedad de las penas consignadas en el último han de juzgar los tribunales militares y de acuerdo con lo que establece el Código de Justicia Militar (124).

(122) RODI: *La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la NATO y en España y Suiza*, en "Rev. Esp. de Der. Militar", 1961 (11), pág. 101.

(123) SCHORN: *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied am Rhein, Berlin-Spandau, 1963, págs. 29, 39 y 52 principalmente. LEVASSEUR: *Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité*, en "Recueil d'études en hommage à Huguency", París, 1964, pág. 15: Le principe de la légalité est indispensable pour donner à la répression le caractère objectif fondamental sans lequel on ne peut parler de "justice"; il est lié à la séparation des pouvoirs, et trouve son application à chacune des phases de l'oeuvre répressive. JAFFRE: *Les tribunaux d'exception 1940-1962*, París, 1962, pág. 9. RUIZ JIMÉNEZ (*El asno y la llama*, en "Cuadernos para el diálogo", agosto-septiembre de 1970 [83-84], pág. 7) estima que el Decreto de 16 de agosto de 1968 es "anticonstitucional" —de *contrafuero*— valorando a la luz del art. 31 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, en relación con el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, todavía vigente.

(124) Contra este sistema de doble incriminación se han manifestado, entre otros: TERUEL CARRALERO: *La pluralidad legislativa*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1963, pág. 17. QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso*, II, 1963, cit., pág. 463. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., págs. 530 y 1075. MATTES: *Spanien*, en "Die strafrechtlichen Staatsschutz Bestimmungen des Auslandes", Bonn, 1968 (2.ª ed.), pág. 328.

d) Delitos comunes que por ficción legal se consideran delitos militares, debiendo ser juzgados por tribunales militares y de acuerdo con las disposiciones del Código de Justicia Militar, salvo que tales tribunales se inhiban (v. gr., los delitos previstos en el artículo segundo del decreto de 21 de septiembre de 1961).

Si merece una crítica severa el hecho de que tribunales militares, compuestos casi en su totalidad por jueces legos y nombrados para un caso concreto, sean competentes para juzgar delitos comunes, la vía del procedimiento sumarísimo (125) es digna de una censura aún más desfavorable. Si el juicio sumarísimo, escribe Alcalá-Zamora y Castillo, ofrece el mínimo de garantías procesales apetecibles, ¿por qué no se le aplica a todos los delitos flagrantes?; y si no las presenta, ¿cómo se le reserva para los delitos más graves, cuya condena puede resultar irreparable? (126).

La situación es en particular reprochable en lo que afecta a los delitos de bandolerismo: por los complejos problemas de interpretación que las figuras plantean, los numerosos sujetos que pueden estar implicados en cada caso, la anómala conminación de pena de muerte como pena única en varios supuestos, la inexistencia de las excepcionales circunstancias que pueden hacer indispensable este tipo de procedimiento en la esfera militar, supuesta la flagrancia, que el decreto no exige.

Ninguna duda nos cabe de que en la reforma a fondo de las leyes penales y procesales vigentes, por la que la doctrina clama, las aguas tendrán que tornar a sus cauces propios: delitos militares podrán ser únicamente los cometidos por militares —por poseer el carácter de *delicta propria* (127)— que constituyan infracción de graves deberes militares (128). Es altamente esperanzador en este sentido que los militares sostengan en los últimos años, con firmeza no inferior a quienes no lo son, la necesidad de una reforma a fondo de *lege ferenda*. Transcribimos para mostrarlo las palabras de un auditor, en reciente artículo acerca del delito de traición, que no tendríamos inconveniente en hacer nuestras: resulta forzoso propugnar que vol-

(125) El procedimiento sumarísimo se regula en los arts. 918 y siguientes del Código de Justicia Militar.

(126) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *Justicia penal de guerra civil*, cit., página 256, nota.

(127) MANESSERO: *Il Codici penali militari*, Milán, 1951, I (2.^a ed.), pág. 49. El general CASADO, en su obra *Por qué condené a los capitanes Galán y García Hernández* (Madrid, 1935, pág. 74), cita unas palabras del entonces general Franco Bahamonde que merecen ser reproducidas: La justicia militar no es, ni ha sido nunca un fuero; ha sido una necesidad de que los delitos militares, de esencia puramente militar y cometidos por militares, fuesen juzgados por personal preparado militarmente para esa misión.

(128) BOUZAT-PINATEL: *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1970, cit., pág. 244. RODRÍGUEZ DEVESA: *La nueva Ley Penal Militar Alemana*, en "Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca", mayo-octubre de 1957, pág. 59.

viendo las instituciones a sus cauces naturales, deba rehabilitarse tanto la tipología como la atribución de competencia de los Tribunales ordinarios en punto a la traición, de manera que, mediante una correcta técnica, las conductas criminales a las que ordinariamente pueden acceder todos los españoles, militares o no, sean regularmente catalogadas y sancionadas en la Ley penal común, dejando reducido el cuadro punitivo castrense a aquellos supuestos de hecho que por afectar única, exclusiva y directamente a la existencia y al mantenimiento eficaz de las Fuerzas Armadas, singularmente en tiempo de guerra, se acomodan mejor a la naturaleza propia de esta rama penal especial. Si a esto añadimos la atribución de competencia de la Jurisdicción castrense por razón de la persona que ostenta esta condición habremos perfilado un Derecho punitivo militar, de acuerdo con los postulados hoy en vigor (129).

Lo expuesto, que se refiere al futuro, no puede hacer olvidar las exigencias de *lex data*. Es obligado tornar al artículo octavo del decreto de 1960 para investigar cuál es el alcance de la posible inhibición de la jurisdicción militar en favor de la ordinaria. Parece simplista en exceso —como sostiene Rodríguez Devesa— el giro procesal que se ha dado a la solución: que la jurisdicción militar pueda declinar a su arbitrio la competencia. Hay que buscar, pues, una delimitación de orden material. En sus líneas generales, es aceptable la que el mismo autor propone: la competencia se atribuirá a la jurisdicción militar solamente cuando las conductas previstas en el decreto de 1960 guarden relación de algún modo con el cometido de las fuerzas armadas, y habrá de referirse a una perturbación grave del orden público que aumente la indefensión de las víctimas en un determinado lugar, o se trate de una organización tal de los malhechores que les permita hacer frente por su número y la calidad de las armas a las autoridades civiles encargadas de su persecución y castigo (130). La Jurisprudencia, sin embargo, no ha seguido esta razonable vía (131).

(129) MONTULL LAVILLA: *Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición de Derecho penal común*, en "Rev. Esp. de Der. Militar", 1968 (25-26), pág. 53.

(130) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., página 389.

(131) El Tribunal Supremo, en Auto de 5 de mayo de 1969, resolutorio de una cuestión de competencia negativa entre las Jurisdicciones ordinaria (Juez de Orden Público) y castrense, ha estimado, por ejemplo, que a la autoridad militar compete legalmente apreciar las especiales circunstancias de los hechos, en cuanto a su mayor o menor gravedad, o características adecuadas para determinar la competencia de la Jurisdicción Castrense o de la Ordinaria... todo lo cual aparece confirmado por el artículo único del Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, sobre las *libres facultades* de inhibición antes señaladas y que están motivadas por razones de seguridad y eficacia fáciles de comprender ("Aranzadi", 1969, Ref. 1.393).

El *versari in re illicita* y el párrafo tercero del artículo 340 bis a del Código penal español *

JOSE CÉREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Para una contribución al Libro Homenaje a don Luis Jiménez de Asúa, con motivo de su ochenta aniversario, creo que está especialmente indicado el tema del *versari in re illicita*. Don Luis Jiménez de Asúa ha defendido denodadamente el principio de culpabilidad y ha tratado de interpretar siempre los preceptos de nuestro Código penal del modo más conforme posible con dicho principio. Don Luis Jiménez de Asúa cree, por ejemplo, que nuestro Código, en el párrafo 3.º del artículo 1.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º, artículo 50 y núm. 8 del artículo 8.º, no se inspira en el viejo principio del Derecho canónico medieval (1). Este crite-

(*) Este artículo se ha publicado en el Libro Homenaje a D. Luis Jiménez de Asúa «Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho», Buenos Aires, 1970, Ediciones Pannedille. Se ha añadido únicamente una referencia (en la nota 15) a la posición mantenida por Rodríguez Devesa en su Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, 1970, y se han actualizado las citas de la jurisprudencia.

(1) Véase *Tratado de Derecho Penal*, VI, págs. 99-101, 161, 251 y ss., 284 y ss. y 627 y ss. En el párrafo 3.º del artículo 1.º y en el artículo 50 ve D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA una regulación de la *aberratio delicti*, es decir, de los casos de error *in objecto* o *aberratio ictus* en que éstos dan lugar a que el delito cometido sea distinto del que se había propuesto cometer el culpable. Esta interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50 no me parece convincente, pues desde un punto de vista histórico es indudable que estos preceptos guardan relación con la c.ª 4.ª del artículo 9.º y que el legislador les dio, por otra parte, un alcance general. (Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1962, fasc. 1.º, págs. 53 y ss.). La exclusión que hace JIMÉNEZ DE ASÚA de los supuestos de *aberratio delicti* de homicidio-parricidio, del artículo 50, por ser el parricidio un simple homicidio calificado y no un delito independiente (distinto) del homicidio, no me parece tampoco convincente. Para la aplicación del artículo 50 basta, a mi juicio, que se trate de tipos agravados o privilegiados de un tipo básico o fundamental. Véase a este respecto mi artículo antes citado, pág. 58, nota 33.

En la circunstancia 4.ª del artículo 9.º, según D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, se regula con carácter general la preterintencionalidad que concibe como combinación de dolo y culpa. Este precepto sería, según él, aplicable aunque se tratara de delitos distintos, siempre que los bienes jurídicos protegidos fueran iguales o análogos (lug. cit. pág. 161). Esta interpretación carece de base desde un punto de vista histórico. Desde el punto de vista de una interpretación objetiva, que atienda a la voluntad de la ley con independencia de la voluntad del legislador histórico, si se aceptase esta tesis carecerían de sentido todos o gran parte de

rio no es compartido por la opinión dominante en la doctrina española (2); el P. Pereda (3) y él son los únicos penalistas españoles que mantienen esta postura (4). En los últimos años se ha producido, sin embargo, una intensa polémica en la Ciencia del Derecho Penal española acerca de una posible interpretación de los preceptos que se inspiran, según la opinión dominante, en el principio del *versari* con el fin de reducir el ámbito de la responsabilidad objetiva. Con la reforma parcial del Código penal por la Ley 3/1967, de 8 de abril, el legislador ha introducido en el Código un precepto, el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, que creo viene a favorecer los esfuerzos que se realizan por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para desterrar o restringir el ámbito de aplicación del principio del *versari*.

Según el párrafo 3.º del artículo 340 bis a: «Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». Se refiere este precepto a los delitos contra la seguridad del tráfico, de peligro concreto, es decir, el de la conducción con temeridad manifiesta del núm. 2.º del artículo 340 bis a (5), y el de creación de un riesgo

los preceptos del Código en que se regulan delitos calificados por el resultado (por lo menos todos aquellos en que los bienes jurídicos lesionados por la conducta básica y por el resultado que determina la agravación de la pena fueran análogos; por ejemplo, el aborto con resultado de muerte del último párrafo del artículo 411), puesto que éstos constituyen también, como reconoce don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, supuestos de preterintencionalidad (lug. cit. págs. 101 y ss., especialmente 105-6). JIMÉNEZ ASÚA considera, por último, con razón, como veremos más adelante, que se puede excluir, de *lege data*, la responsabilidad por los resultados fortuitos derivados de un acto ilícito inicial voluntario, a pesar de no estar incluidos estos supuestos en el núm. 8 del artículo 8.º.

(2) Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Mezger*, II, 1949, págs. 27 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 30 y ss., 217 y ss., y II, págs. 236 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 230-1, y CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, *Parte General*, 15 ed., 1968, págs. 433, 450 y 456-7.

(3) Véase *El versari in re illicita* en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana, Madrid, 1948, págs. 166 y ss.; y *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1956, fasc. 2.º, páginas 221 y ss. Sobre la posición del P. Pereda, véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., pág. 54, nota 23 y pág. 57.

(4) A mi juicio, nuestro Código penal, a partir de la reforma de 1870, no se inspira ya exactamente en el principio del *versari*, pero sí en un criterio ecléctico en que se pondera el resultado y la intención en la medición de la pena, criterio que conduce todavía a resultados insatisfactorios desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 55-6; véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL, *Fraeter intentionem y principio de culpabilidad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, pág. 89.

(5) Según el artículo 340 bis a, será castigado con la pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años... «2.º, El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes».

grave para la seguridad de la circulación del artículo 340 bis b (6), cuando además del riesgo prevenido resultare lesión o daño. No es aplicable al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes del núm. 1.º del artículo 340 bis a (7), pues éste no es un delito de peligro concreto, sino de peligro abstracto (8). El peligro no es un elemento integrante del tipo. No es necesario que al iniciarse la conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, por ejemplo, sea objetivamente previsible la producción de un resultado lesivo, ni mucho menos que un bien jurídico concreto, determinado—la vida de un peatón, otro vehículo, etc—haya entrado en el radio de acción del conductor ebrio; es decir que haya corrido realmente peligro (9). No es obstáculo para ello, como ha puesto de relieve Rodríguez Devesa, el empleo del plural en el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, pues está plenamente justificado sin incluir los casos del núm. 1.º de dicho artículo. Está justificado con la referencia a los supuestos de conducción temeraria (núm. 2.º del art. 340 bis a) y de creación de un grave riesgo para la seguridad de la circulación, del artículo 340 bis b (10).

No vamos a analizar ahora todos los problemas que plantea el pá-

(6) Art. 340 bis b: «Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1.º, Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio. 2.º, No restableciendo la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo».

(7) Según el artículo 340 bis a: «Será castigado con las penas de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años: 1.º, El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes...».

(8) En este sentido también, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 3.ª ed., 1969, pág. 885, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967*, de 8 de abril, «Revista de derecho de la circulación», mayo-junio 1967, págs. 237-8. De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 534 y ss.; DEL ROSAL, *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación* (Ley de 8 de abril de 1967), «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1968, fasc. 1.º, pág. 21; y la sentencia de 25 de junio de 1968 de la Audiencia de Málaga (Sentencias en apelación de las Audiencias provinciales. En materia civil y penal, 1968. Ministerio de Justicia y «Boletín Oficial del Estado», 1969). Como es sabido, desde la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 8 de abril de 1967, conocen de los delitos castigados con las penas de arresto mayor, multa de hasta 50.000 pesetas, privación del permiso de conducir o con cualquiera de estas penas conjuntamente, los jueces de instrucción, cabiendo únicamente un recurso de apelación ante las Audiencias provinciales (véase, art. 14, núm. 3 y arts. 790 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(9) Véase, sobre estos dos juicios de peligro, uno realizado en el momento del comienzo de la realización de la acción y otro al entrar un bien jurídico concreto en el radio de acción de la conducta del sujeto, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 137; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, páginas 20-3; y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1964 pág. 77.

(10) Véase, RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 885.

rrafo 3.º del artículo 340 bis a. Únicamente llamaremos la atención sobre su relevancia para el problema del *versari in re illicita* en nuestro Código. En efecto, dicho precepto aparece en íntima contradicción con lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 1.º, núm. 8 del artículo 8.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º y artículo 50, que se inspiran, según la opinión dominante, en el principio del *versari in re illicita*. Con arreglo a dichos preceptos, si un conductor conduce un vehículo de motor con temeridad manifiesta, produciendo un peligro concreto para la vida de un peatón y actúa dolosamente, en relación con la conducción temeraria y la producción del peligro, cuando éste se realice debe responder del resultado a título de dolo. Si el peatón muere se le debería aplicar, a tenor del artículo 50, la pena del delito menos grave —conducción temeraria— en su grado máximo. De acuerdo con la interpretación restrictiva que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo del artículo 50, que aplica sólo, dentro de los delitos contra las personas, en los supuestos de error *in personam o aberratio ictus* en que ésta da lugar a que la víctima sea una persona distinta, el autor respondería de homicidio doloso (art. 407), con la atenuante 4.ª del artículo 9.º. Del mismo modo que en las lesiones dolosas con resultado de muerte. No es más que otra variante del homicidio preterintencional.

El Tribunal Supremo vio el problema durante la vigencia de la Ley de 9 de mayo de 1950, pero no se atrevió a aplicar los preceptos que encarnan el *versari*. Cuando el acto ilícito inicial doloso era un delito de los comprendidos en la llamada Ley del automóvil, el Tribunal Supremo abandonaba el requisito de la licitud inicial del acto en el delito culposo, que es una consecuencia lógica e insoslayable del principio del *versari* (11). El Tribunal Supremo no acertó a dar una fundamentación dogmática satisfactoria a esta desviación. En la más explícita de las sentencias que he consultado (12), dice: «Que la doctri-

(11) Véase, a este respecto, mi trabajo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., pág. 50, y especialmente la nota 11. Entre las sentencias del Tribunal Supremo posteriores a mi trabajo, véase, por ejemplo, las de 13, 25, 26 y 27 de febrero de 1965, 7 de abril de 1965, 14 y 15 de junio de 1965, 2, 3 y 13 de noviembre de 1965, 4 de julio de 1966, 16 de noviembre de 1966, 20 y 28 de junio de 1967, 25 de septiembre de 1967, 28 de enero de 1969, 13 de febrero de 1969 y 23 de junio de 1969.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1958. En esta sentencia la conducta dolosa inicial no era, por cierto, uno de los delitos de la Ley de 9 de mayo de 1950, pues, como es sabido, el Tribunal Supremo ha abandonado también en otros casos el requisito del arranque lícito en la culpa. Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit. en la nota anterior. Con posterioridad a mi trabajo, el Tribunal Supremo ha seguido la línea marcada en la sentencia de 17 de diciembre de 1958 (en casos en que la conducta ilícita inicial voluntaria no era un delito de la Ley de 9 de mayo de 1950), en las de 28 de septiembre de 1964, 17 de diciembre de 1964 (especialmente interesante), 5 de junio de 1968 y 15 de noviembre de 1969. En otras muchas sentencias ha seguido, en cambio, el criterio tradicional de aplicar el artículo 407 y la atenuante 4.ª del artículo 9.º; véase, por ejemplo, las sentencias de 7 de marzo de 1966, 20 de octubre de 1967, 22 de febrero de 1968, 22 de abril de 1969, 2 y 17 de junio de 1969 y 28 de enero de 1970.

na de esta Sala ha moderado en cierto respecto el carácter absoluto de la exigencia de licitud del acto inicial originario del delito culposo, moderación que ha tenido lugar en ciertas hipótesis delictivas previstas en la Ley penal del automóvil, de 9 de mayo de 1950, que a pesar de su comienzo con ilicitud, como sucede en la conducción sin permiso o licencia del conductor, no impide que el daño posterior en personas o cosas se venga calificando de imprudencia punible».

A la vista de estas dificultades con que tropezaba la jurisprudencia cabía esperar una reforma del párrafo 3.º del artículo 1.º, núm. 8 del artículo 8.º y artículo 50. La injusticia del *versari* se había hecho aún más patente. No fue así, sin embargo, sino que se crearon las complejas figuras delictivas de los artículos 2.º y 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, donde se reunía en un mismo precepto una conducta básica de peligro —punible la de conducción temeraria e impune la de conducción sin el debido cuidado y con infracción de las reglas de la circulación— y los resultados que de ellas se derivasen, que daban lugar a una agravación de la pena, mayor o menor, según su gravedad. El problema seguía planteándose, sin embargo, en relación con los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, el de conducir sin haber obtenido el correspondiente permiso y el de conducción de un vehículo de motor con placa de matrícula falsa o distinta de la debida, alterada o hecha ilegible o sin placa alguna con propósitos delictivos, de los artículos 5.º, 6.º y 8.º de la mencionada Ley (13).

El problema se vuelve a plantear ahora en las mismas proporciones que durante la vigencia de la Ley de 9 de mayo de 1950, después de la incorporación al Código de los delitos contra la seguridad del tráfico por la Ley de 8 de abril de 1967 (14). Sería de desear que se llevara a cabo cuanto antes la esperada reforma suprimiendo el párrafo 3.º del artículo 1.º, el artículo 50 y el requisito de la licitud del acto inicial del núm. 8 del artículo 8.º.

(13) El Tribunal Supremo, cuando de dichas conductas se derivaba un resultado lesivo, abandonaba también el requisito del arranque lícito en la culpa; véase, por ejemplo, las sentencias de 25 de enero de 1968, 7, 11 y 18 de marzo de 1968, 31 de enero de 1969, 28 de marzo de 1969, 2, 21 y 26 de junio de 1969, 4 de julio de 1969, 25 de octubre de 1969, 25 de noviembre de 1969 y 6 de diciembre de 1969.

(14) La jurisprudencia mantiene, por ahora, el mismo criterio de renunciar al requisito del arranque lícito en la culpa cuando el resultado se ha derivado de un delito doloso contra la seguridad del tráfico; véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de diciembre de 1968 de la Audiencia de Cádiz, la de 29 de noviembre de 1968 de la Audiencia de Madrid, la de 25 de junio de 1968 de la Audiencia de Málaga, la de 22 de octubre de 1968 de la Audiencia de Sevilla, la de 10 de octubre de 1968 de la Audiencia de Zamora, la de 22 de marzo de 1969 de la Audiencia de Zaragoza, la de 1 de abril de 1969 de la Audiencia de Jaén, la de 23 de abril de 1969 de la Audiencia de Santander, las de 26 de abril y 24 de mayo de 1969 de la Audiencia de Huelva, la de 18 de junio de 1969 de la Audiencia de Córdoba y la de 28 de junio de 1969 de la Audiencia de Madrid. Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. En materia civil y penal 1968 y 1969, primer semestre. Ministerio de Justicia y «Boletín Oficial del Estado» 1969 y 1970. Véase también las sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 23 de abril de 1970.

Ahora bien, el párrafo 3.º del artículo 340 bis a se refiere, sin duda, a los delitos o faltas culposos regulados en el artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600. Parece que escaparon a la atención del legislador, al realizar esta reforma tan concreta, las conexiones con otros preceptos fundamentales del Código. De momento, en espera de la deseada reforma, creo que el párrafo 3.º del artículo 340 bis a viene en apoyo de las interpretaciones del párrafo 3.º del artículo 1.º, del núm. 8 del artículo 8.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º y artículo 50, que trataban de restringir el ámbito de la responsabilidad objetiva (15). Viene en apoyo, sobre todo, de la interpretación que propugné hace ya unos años: restricción del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50 a los casos de error *in personam* o *aberratio ictus* en que ésta da lugar a que la víctima sea una persona distinta [este error sería irrelevante a efectos penales salvo cuando afectase a la índole del delito (homicidio-parricidio, homicidio común-homicidio del Jefe del Estado, por ejemplo), en cuyo caso se aplicarían las reglas de medición de la pena del artículo 50]; interpretación de la atenuante 4.ª del artículo 9.º del modo propuesto por Silvela, es decir, aplicándola únicamente cuando dentro de un mismo delito el resultado causado sea más grave que el que se propuso causar el autor; y la apreciación de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito supralegal), o sea, de una eximente por analogía a la del núm. 8 del artículo 8.º, cuando de un acto inicial ilícito se derive un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo (16).

(15) Acerca de la interpretación propuesta por QUINTANO RIPOLLÉS, véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 57-8; CÓRDOBA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal de Maurach*, II, páginas 85-6, nota 9; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1968, pág. 47. GIMBERNAT se ha adherido posteriormente a la tesis de QUINTANO, véase *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 214 y 215 (aunque excluye ya previamente del ámbito del homicidio preterintencional todos aquellos casos en que el resultado no represente la realización de algún riesgo, por mínimo que sea, implícito en el comportamiento base; véase, ob. cit., págs. 213-14 y 169-170, nota 150). RODRÍGUEZ DEVESA (véase *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1970, págs. 517 y ss., y 522-23) sigue el criterio de Quintano en la interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.º, subrayando únicamente que con el empleo del término «mal causado» en lugar de «mal ejecutado», a partir de la reforma de 1963, quedan sólo comprendidos en el precepto los delitos de resultado material. En la interpretación del núm. 8 del artículo 8.º, RODRÍGUEZ DEVESA estima que este precepto «viene a decir, en consecuencia, que el que realiza un acto que la ley permite no queda exento de responsabilidad cualquiera que sean los resultados que de él se deriven. Si esos resultados se causan, no por el acto peligroso en sí, sino por no haber puesto en él la diligencia que se debía, la hay a título de culpa». Si este fuera el sentido del núm. 8 del artículo 8.º nos encontraríamos ante una declaración absolutamente innecesaria, pues está ya contenida en el artículo 565, número 3.º del artículo 586 y artículo 600. El núm. 8 del artículo 8.º no comprende, según RODRÍGUEZ DEVESA, los delitos de omisión y los delitos de simple actividad.

(16) Véase mi artículo, ya citado, *El versari in re illicita en el Código penal español*, págs. 58 y ss.

A la apreciación de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito supralegal) en los supuestos de caso fortuito no comprendidos en el núm. 8.º del artículo 8.º, ha objetado Gimbernat (17) que se trata de una tesis contra legem. «La exigencia de licitud inicial en el artículo 8, núm. 8, sólo tiene sentido si se interpreta aplicando el argumento a contrario: el caso fortuito que no tiene arranque lícito no exime de responsabilidad». «Al exigir que el comportamiento inicial sea adecuado a Derecho, la ley toma postura frente al caso fortuito, esa exigencia no es posible explicarla más que de una manera: el Código penal quiere castigar la lesión fortuita causada por un comportamiento prohibido... «no existe ni un solo precepto en el que el Código penal conceda eficacia al caso fortuito con arranque ilícito, y por ello no es posible inferir de la ley positiva —análogamente a como lo hizo el RG con el estado de necesidad supralegal— un principio de carácter general en este sentido; en cambio, existen en el Código penal muchas disposiciones en que se consagra el principio del *versari*». Es indudable, a mi juicio, que el legislador de 1848 quiso consagrar en el núm. 8 del artículo 8.º el principio del *versari* y por ello incluyó en dicho precepto el requisito de la licitud del acto inicial. Solamente los casos comprendidos en el núm. 8 del artículo 8.º constituían para él realmente caso fortuito, solamente en ellos se daba una ausencia completa de culpabilidad, de acuerdo con la concepción entonces imperante (18). Consagró al mismo tiempo, sin embargo, en muchos preceptos del Código (arts. 1.º, 8.º, núms. 1, 2, 3, 8 y 10, y en los correspondientes a los actuales arts. 565, núm. 3.º del art. 586 y art. 600) el principio de que no hay pena sin culpabilidad. En la reforma de 1870

(17) Véase, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, páginas 206 y ss.

(18) Decía Pacheco, al comentar la c.ª 3.ª (hoy 4.ª) del artículo 9.º: «Primeramente queremos advertir que la ley dice «*todo el mal* que produjo» y supone por lo mismo que el actor de quien se habla se proponía causar o producir *algún mal*. Y justamente se lo propone y parte de tal supuesto en ese caso, pues si hubiera obrado sin esa intención, si hubiera sido en su ánimo inocente, si el mal hubiese ocurrido por casualidad tan sólo, entonces no sería aquí donde habríamos de buscar el oportuno derecho, ni serían tal vez las circunstancias atenuantes el único beneficio que sacara de su intencional inocencia. Aquí nos ocupamos únicamente de hechos que exceden al propósito, pero que se derivan de un criminal propósito» (*El Código penal concordado y comentado*, I, 2.ª ed., 1856, pág. 195), y en relación con la exigencia de caso fortuito observa: «Como se ve, la ley ha rodeado de precauciones, y de justas precauciones, su disposición. Primeramente ha puesto como base que la acción que se pensaba cometer había de contarse entre las lícitas. Ha querido y ha dispuesto que, cuando se emprende una criminal no sea causa que justifique la del *acaso*, aun suponiendo que lo hubiera en lo que resultó. La inocencia absoluta de lo intentado es una precisa condición según ella para justificar lo sucedido». «Si en ello no había intención de verificar lo que se verificara, había, empero, una intención ilícita y se marchaba por el camino del crimen, del peligro o de la desobediencia a la ley. No se puede rectamente pretender la absolución de lo que era sólo un paso más en la vía por donde se andaba. Quien de su voluntad se acerca a males notorios no se queje si perece en ellos» (ob. cit., pág. 167). Véase, también, en el mismo sentido, VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, I, págs. 86-7; y CASTRO y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal*, Granada, 1848, pág. 60.

el legislador al introducir el art. 65 (actual art. 50) abandonó, en rigor, el principio del *versari*, sustituyéndolo por un sistema ecléctico en que se pondera la intención y el resultado, pero siguió considerando, de acuerdo con las concepciones de la época (19), que sólo los supuestos comprendidos en el núm. 8 del artículo 8.º constituían realmente caso fortuito. De acuerdo con las modernas concepciones de la culpabilidad, en cambio, en el núm. 8. del artículo 8.º no están comprendidos todos los supuestos de caso fortuito. Quedan fuera de él aquellos en que con ocasión de realizar un acto ilícito se deriva un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo. En estos casos, dentro del marco de una interpretación objetiva de la ley, con independencia de la voluntad del legislador histórico y dado que, por una parte, en el núm. 8 del artículo 8.º no se utiliza el término caso fortuito (y no se dice, por tanto, que sólo esos supuestos constituyan caso fortuito) y por otro, que el Código establece, sin duda, con carácter general, el principio de culpabilidad, es posible apreciar una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito suprallegal) (20).

Esta posibilidad viene reforzada, por otra parte, por la introducción del párrafo 3.º del artículo 340 bis a) en el Código. Este precepto se refiere, sin duda, como decíamos, a los delitos o faltas culposos de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 y supone,

(19) Decía GROIZARD, al comentar el núm. 8 del artículo 8.º: «El que ejecuta un daño elevado por la ley a la categoría de delito, si ha de gozar de la exención que este número establece, deberá demostrar que obró sin intención y que la acción que dio causa al mal producido era lícita y pudo ejecutarla con perfecto derecho, sin infringir las leyes penales ni civiles, ni los deberes morales racionales y sociales que al hombre impone la vida civil», GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, I, Burgos, 1870, pág. 251; según GÓMEZ DE LA SERNA: «Mas al efecto, exige el Código que copulativamente concurren cuatro circunstancias; éstas son: 1.ª, Que el acto que ocasione el daño sea *lícito*: no es necesario, por lo tanto, para considerarlo ilícito, que una ley lo prohíba, basta una simple prohibición de policía urbana o rural. El que faltando a ellas hace un mal en que no pensó, podrá merecer que se atenúe o disminuya la penalidad, pero no pretender que se le declare irresponsable», *Elementos de Derecho civil y penal de España*, de don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y don Juan Manuel MONTALBÁN, 12 ed., tomo 3.º, Madrid, 1877; SILVELA, al comentar el requisito del arranque lícito en la culpa, dice: «Y a nuestro parecer, es completamente evidente que la idea o el pensamiento de diligencia, cuidado y atención debida, no puede aplicarse más que a los actos lícitos: lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con cuidado debido, con la atención propia del caso, con la diligencia que la naturaleza del hecho requiere, al menos el legislador no puede expresar que el homicida, que el ladrón, que el calumniador deban matar, robar o calumniar, poniendo para ello los medios a propósito, con diligencia debida. Por esto castiga como reo de Delito al que ocasiona un mal contra su deseo al ejecutar un hecho ilícito, absuelve al que perjudica a otro al practicar un acto permitido, si lo hace con la diligencia debida, y pena como imprudente al que daña la propiedad o la persona de otro al practicar un hecho no prohibido, si omitió el tomar las precauciones necesarias para evitar el mal», *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, II, pág. 156; véase, en el mismo sentido, también, VIADA, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, pág. 168.

(20) Véase también, en este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 1.ª ed., págs. 859-860, y VI, págs. 156, 251 y ss. y 290-91.

en primer lugar, la previsión, con carácter expreso, en el Código de unos supuestos en que a pesar de concurrir un acto ilícito inicial voluntario (delito doloso de peligro) no se responde a título de dolo de las consecuencias no queridas que de él se deriven. Pero no se responde tampoco a título de culpa de toda consecuencia no querida que se derive de la conducta dolosa inicial. En el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, no se hace referencia a los resultados lesivos fortuitos. Se habla de la «*infracción* más gravemente penada» (el subrayado ha sido añadido) y las infracciones de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 sólo concurren si el resultado lesivo se ha producido culposamente. Si no media culpa respecto al resultado lesivo no querido no puede entrar en juego el párrafo 3.º del artículo 340 bis a. Y no cabe suponer que la voluntad de la ley sea que cuando el resultado lesivo sea fortuito (se haya producido por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo) deba responder el autor de él a título de dolo (por ejemplo, de homicidio doloso, art. 407 con la c.ª atenuante 4.ª del art. 9.º) y, por tanto, con mayor pena que si se ha producido de modo culposo, en cuyo caso se aplicaría el párrafo 3.º del artículo 340 bis a, y por tanto, la pena del delito de peligro o de los delitos o faltas culposos del artículo 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 (por ejemplo, de homicidio por imprudencia temeraria), es decir, una pena inferior. Es preciso considerar, por tanto, que el legislador ha dado por supuesto —sin tener en cuenta otros preceptos fundamentales del Código— que no se incurre en responsabilidad criminal por los resultados fortuitos derivados de los delitos dolosos de peligro concreto del núm. 2.º del artículo 340 bis a y del artículo 340 bis b. La única vía para conseguirlo es la de la apreciación de una eximente por analogía a la del núm. 8 del artículo 8.º.

A la apreciación de una eximente por analogía no cabe objetar, como he señalado ya varias veces, que el artículo 8.º sea un catálogo cerrado de las causas de exclusión de la responsabilidad, pues esto no es cierto (21). No constituye tampoco un obstáculo a la apreciación de eximentes por analogía (analogía in bonam partem) el artículo 2.º del Código, pues éste se refiere sólo al establecimiento, supresión o alteración de figuras delictivas o a la modificación de las penas previstas en las mismas, pero no a la apreciación de eximentes o atenuantes (la apreciación de atenuantes por analogía está prevista, incluso, expresamente en el núm. 10 del artículo 9.º) (22). No me parece correcta,

(21) Véanse mis artículos *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 59-60, y *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 166, julio-septiembre 1964, pág. 19; en el mismo sentido también, CÓRDOBA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, I, págs. 165-66, nota 10, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 2.º, páginas 294 y ss.

(22) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 102-3.

por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de apreciación de eximentes por analogía (23) (24).

Rodríguez Mourullo acude también al principio de culpabilidad, que inspira, con carácter general, el Código, para excluir la responsabilidad penal por los resultados derivados, por mero accidente, de un acto ilícito inicial. Ante la reluctancia del Tribunal Supremo a apreciar eximentes por analogía, prefiere, sin embargo, seguir otra vía. Cree que la exclusión de la responsabilidad puede fundamentarse en la definición del delito del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código, ya que para él, el término «voluntarias» es sinónimo de culpables (25). Esta interpretación del término «voluntarias» no me parece convincente, pero aunque se admitiera hipotéticamente (26), el núm. 8 del artículo 8.º aparecería, dada nuestra concepción actual de la culpabilidad, como una restricción del principio general establecido en el párrafo 1.º del artículo 1.º (27). Para eximir de responsabilidad por los resultados fortuitos derivados de un acto ilícito inicial sería necesario apreciar, con base en el principio general del párrafo 1.º del artículo 1.º, una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad.

Córdoba ha propuesto también una interpretación de la c.ª 4.ª del artículo 9.º y del artículo 50 para reducir el ámbito del *versari in re illicita* en nuestro Código (28). Según él, «estos preceptos se refieren a los casos en los que *no* se haya producido el mal o delito propuesto y si se haya ejecutado un mal o delito distintos...». En las lesiones dolosas con resultado de muerte (homicidio preterintencional), en cambio, «junto a un determinado delito... concurre la causación de un nuevo delito». Desde el punto de vista histórico esta interpretación carece de base (29), pero Córdoba parece tener conciencia de ello. Desde el punto de vista de una interpretación objetiva me parece también discutible. Según la c.ª 4.ª del artículo 9.º, es una circunstancia atenuante «la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. De ahí no cabe deducir, a mi entender, que el delincuente no ha de haber causado el mal que se propuso causar. El mal causado puede comprender

(23) Véase, por ejemplo, las sentencias de 24 de febrero de 1917, 3 de junio de 1948 y 19 de junio de 1952.

(24) De otra opinión, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 15 ed., 1968, págs. 215-16.

(25) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, lug. cit., págs. 295 y ss. y 301-2; *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 3.º, págs. 625-26, y *La presunción de voluntariedad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, fasc. 1.º, pág. 79.

(26) No es posible, ni necesario, dilucidar aquí el sentido de la palabra «voluntarias» en el párrafo 1.º del artículo 1.º.

(27) Véase, la crítica de GIMBERNAT de la solución propuesta por RODRÍGUEZ MOURULLO, lug. cit., págs. 210 y ss.

(28) Notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, II, páginas 85-86.

(29) Véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, lug. cit., págs. 51 y ss.

y rebasar el mal que se había querido causar (lesiones más graves, botín más valioso en el hurto o en el robo con fuerza en las cosas). Tampoco cabe deducir esa conclusión del artículo 50. Pues si bien en el párrafo 1.º de este artículo se dice que: «en los casos en que el delito ejecutado fuera distinto del que se hubiera propuesto ejecutar el culpable...», en el párrafo 2.º se añade que: «Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa o frustración de otro hecho, si la Ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado». Aquí se prevé expresamente un caso en que se ha realizado (de forma parcial) el delito que se quiso cometer (que quedó en el estadio de la tentativa o el delito frustrado). Puede suceder también que el delito que se quiso someter (lesiones) llegara a consumarse (homicidio preterintencional). Respecto a la posibilidad que apunta Córdoba, en último término, de excluir la responsabilidad penal por los resultados fortuitos derivados de un acto ilícito inicial, con base en la definición del párrafo 1.º del artículo 1.º (sentido de la palabra «voluntarias», aquí como voluntad opuesta a la norma), vale lo dicho anteriormente en relación con la tesis de Rodríguez Mourullo.

Cobo del Rosal propone también una interpretación restrictiva del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50, pero no incluye en ellos únicamente los supuestos de error *in personam* o de *aberratio ictus* en que ésta dé lugar a que la víctima sea una persona distinta, sino también los casos de lesiones dolosas con resultado de muerte (30). La inclusión de estos supuestos de homicidio preterintencional dentro del artículo 50 conduce a resultados más justos, como ha señalado repetidamente la doctrina, que el criterio seguido en general por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de aplicar el artículo 407 y la atenuante 4.ª del artículo 9.º. La interpretación restrictiva que propugna Cobo del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50 carece, sin embargo, de toda base o justificación. En primer lugar, no se comprende la razón por la que se han de incluir únicamente en el artículo 50 los casos de lesiones dolosas con resultado de muerte y no los demás supuestos de homicidio preterintencional (p. ej., violación, incendio, conducción con temeridad manifiesta con producción de un peligro concreto para la vida de las personas, su integridad o sus bienes: conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes; creación de un grave riesgo para la seguridad de la circulación o conducir por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, cuando de estas conductas se haya derivado un resultado de muerte). La única explicación podría ser histórica, pero desde el punto de vista histórico esta interpretación restrictiva carece de base. En el Código penal de 1848, el párrafo 3.º del artículo 1.º se refería únicamente a los su-

(30) Véase COBO DEL ROSAL, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, págs. 99-100.

puestos de error *in personam* o de *aberratio ictus* en que, como consecuencia de ésta, la víctima fuera una persona distinta (31). En el Código penal de 1870 el párrafo 3.º del artículo 1.º recibe una redacción más general, que coincide esencialmente con la actual (32) y se incluye dentro de las reglas de medición de la pena el artículo 65, que corresponde al actual artículo 50 (33). El legislador dio a estos preceptos un alcance general. No se menciona en ellos para nada ni el error *in personam*, ni la *aberratio ictus*, ni el homicidio preterintencional. Ahora bien, el motivo de la reforma fue, sin duda, el dar una solución más justa a los supuestos de error *in personam* y *aberratio ictus* en que ésta dé lugar a que la víctima sea una persona distinta. Concretamente, al caso del que queriendo matar a un extraño mata por error o desviación en el golpe a su padre, o del que queriendo matar a su padre mata por error o desviación en el golpe a un extraño (34). Con base en la evolución histórica de estos preceptos sólo cabe fundamentar o explicar una restricción de los mismos a los supuestos mencionados de error *in personam* y *aberratio ictus*.

Por otra parte, la interpretación restrictiva que propugna Cobo del párrafo 1.º del artículo 50 —con base en el texto del párrafo 2.º del mismo artículo— en el sentido de que se establezca la comparación entre la pena de la tentativa o el delito frustrado del delito que se quería cometer y la correspondiente al delito consumado cometido (35), carece también de base. En el párrafo 1.º del artículo 50 se establece la comparación entre la pena del delito cometido y la del delito que se quiso cometer (y el autor quiso llegar a la consumación del delito, pues de lo contrario no existiría el dolo y, por tanto, ni la misma tentativa o el delito frustrado). El párrafo 2.º del artículo 50, en que se atiende a la pena de la tentativa o del delito frustrado del delito

(31) El párrafo 3.º del artículo 1.º del Código penal de 1848 decía: «El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender».

(32) Según el párrafo 3.º del artículo 1.º del Código penal de 1870: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar».

(33) Artículo 65 del Código penal de 1870: «En los casos en que el delito ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se observarán las reglas siguientes: 1.ª, Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste, en su grado máximo, la pena correspondiente al segundo. 2.ª, Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste, también en grado máximo, la pena correspondiente al primero. 3.ª, Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran además tentativa o delito frustrado de otro hecho, si la ley castigara estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado en su grado máximo».

(34) Véase mi artículo, ya citado, *El versari in re illicita en el Código penal español*, págs. 53 y ss.

(35) Véase COBO, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, lug. cit., páginas 96 y ss.

que se quiso cometer (cuando sea más elevada que la correspondiente al delito consumado cometido), tiene precisamente el carácter de una excepción a la regla del párrafo 1.º.

En relación con la c.ª 4.ª del artículo 9.º, Cobo acepta la tesis de Silvela (36), pero para conciliar aún en mayor medida este precepto con el principio de culpabilidad prevé varias soluciones: «a') Negando la existencia de relación causal por ser objetivamente imprevisible; b') Afirmando la previsibilidad por parte del sujeto activo (culpa); c') Negando, con un sector doctrinal... se diera la voluntariedad del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código penal, que no queda invalidado en estos casos» (37). Ninguna de estas soluciones es enteramente satisfactoria, como señala el mismo Cobo, pero entre ellas me parece preferible la segunda. La primera conduce a resultados menos conformes con el principio de culpabilidad e implica, además, una determinada toma de posición en el problema causal. La tercera me parece discutible por las razones ya aducidas al hacer la crítica de la tesis de Rodríguez Mourullo. Con arreglo a la segunda de las soluciones propuestas por Cobo, sólo se imputarían los resultados más graves (dentro de un mismo delito) cuando hubieran sido previstos o fueran previsibles por el sujeto. Entonces se aplicaría la pena correspondiente al resultado más grave (como si hubiera sido causado dolosamente) y la atenuante 4.ª del artículo 9.º. ¿Cómo eximir de responsabilidad, sin embargo cuando el resultado más grave sea fortuito? Será preciso apreciar, a mi juicio, una eximente por analogía a la del núm. 8 del artículo 8.º.

En la tesis de Cobo se advierte, sin embargo, una laguna fundamental. Una vez propugnada la interpretación restrictiva, en los términos enunciados, del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50, y aceptada la tesis de Silvela en cuanto a la interpretación de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, no señala un camino para salvar el escollo

(36) Según COBO (ob cit., págs. 90 y ss. y 99 y ss.) de admitirse la interpretación restrictiva del párrafo 3.º del artículo 1.º y del artículo 50, que propugno (reduciendo su aplicación a los casos de error *in personam* o *aberratio ictus* en que ésta dé lugar a que la víctima sea una persona distinta), se perdería la base para restringir la c.ª 4.ª del artículo 9.º a los supuestos en que dentro de un mismo delito el resultado causado sea más grave que el que se quería producir. No comprendo por qué no habría de suceder lo mismo si se incluyen, además, en dichos preceptos, como hace COBO, los supuestos de lesiones dolosas con resultado de muerte, *excluyendo todos los demás casos de homicidio preterintencional y todos los restantes supuestos en que el delito cometido es distinto del que se proponía cometer el culpable*. En realidad, en ninguno de los dos casos falta la base para llevar a cabo la interpretación mencionada de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, pues en el artículo 50 se incluyen sólo supuestos de delitos distintos y se relegan los casos de causación de un resultado más grave que el que se quiso causar dentro de un injusto o una culpabilidad mayor o menor en una conducta delictiva tanquam atenuantes y agravantes se refieren siempre, en principio, a la presencia de un injusto o una culpabilidad de mayor o menor en una conducta delictiva concreta. Todas se refieren, en principio, a circunstancias o elementos accidentales de un mismo delito.

(37) Véase COBO, ob. cit., pág. 100.

del requisito de la licitud del acto inicial en la exigente del núm. 8 del artículo 8.º. Este impide, en efecto, el libre juego del principio de culpabilidad en los casos que quedan excluidos del artículo 50 de acuerdo con la interpretación restrictiva que Cobo propugna. ¿Si alguien quiere causar unos daños —que quedan en grado de tentativa o frustración— y causa por mero accidente, sin culpa ni intención, la muerte de un hombre, cómo excluir su responsabilidad por la producción de este resultado? Este supuesto no está comprendido, según Cobo, en el artículo 50, ni en la c.ª 4.ª del artículo 9.º, pero tampoco encaja en la exigente núm. 8 del artículo 8.º.

Todas estas interpretaciones propuestas por la doctrina, las de Quintano Ripollés, Gimbernat, Rodríguez Mourullo, Córdoba, Cobo, Rodríguez Devesa y la mía propia, pueden ser más o menos discutibles, pero revelan, sin duda, un estado de opinión generalizado en la moderna Ciencia del Derecho penal española. Existe una coincidencia total de criterio en que el párrafo 3.º del artículo 1.º, la c.ª 4.ª del artículo 9.º, el artículo 50 y el requisito de la licitud del acto inicial del núm. 8 del artículo 8.º son incompatibles con nuestra concepción actual de la culpabilidad y, por tanto, con el principio de que no hay pena sin culpabilidad, que es uno de los pilares fundamentales del Derecho penal moderno. Existe también una coincidencia de criterio en que el problema no puede ser resuelto de un modo enteramente satisfactorio sin una intervención del legislador (38). Sería deseable que la Comisión general de codificación acometiera la reforma de esos preceptos sin mayor demora, sin esperar a la elaboración de un código completamente nuevo. Han transcurrido ya cien años desde 1870. Con la simple supresión del párrafo 3.º del artículo 1.º, de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, del artículo 50 y del requisito de la licitud del acto inicial en el núm. 8 del artículo 8.º se permitiría ya el libre juego del principio de culpabilidad. La exigencia del requisito de la licitud del acto inicial para la apreciación de la culpa carecería entonces de toda base legal.

(38) Respecto a los pocos casos que no recibirían una solución satisfactoria con la interpretación que propugno del párrafo 3.º del artículo 1.º, c.ª 4.ª del artículo 9.º, artículo 50 y núm. 8 del artículo 8.º, véase mi artículo *El versari in re illicita en el Código penal español*, pág. 58, nota 34 y pág. 60. A los casos allí mencionados habría que añadir los de aplicación de la c.ª 4.ª del artículo 9.º, a pesar de la interpretación restrictiva que hemos aceptado de este precepto.

Consideraciones en torno a la «imputabilidad disminuída» con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados «establecimientos de terapéutica social»

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Uno de los problemas que más han atraído la atención de médicos y juristas ha sido, sin duda, el de la responsabilidad jurídico-penal de los denominados, impropriamente, *imputables disminuidos* o *semi-imputables*. Problema que, de otro lado, aparece estrechamente vinculado a la construcción clásico-liberal del delito y de la pena en el marco del llamado *Derecho penal de la culpabilidad* (1): Un Derecho penal en el que la pena comporta un juicio de valor sobre el comportamiento humano y viene, además, impuesta cuando al delincuente pueda reprochársele moralmente (2) el hecho delictivo como

(1) HELDMANN, H. H.: *Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit*, en *Materialen zur Strafrechtsreform*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, Bonn, 1954, 345 ss.; Referencias al Derecho penal suizo, en LUDWIG: *Der Sühnegedanke im schweizerischen Strafrecht*, Basel, 1952.

(2) Lo absurdo e infundado de ver en la culpabilidad un reproche moral se pone de relieve en la relatividad axiológica inherente a todo sistema ético-social, y, en la práctica, en la culpabilidad reprochada "moralmente" al delincuente político (*Vide*, en este sentido, las interesantes observaciones de Carlos CASTILLA (*La Culpa*, *Rev. de Occidente*, núm. 29, 1968, 134). Pero, además, "la conciencia moral no es ninguna garantía de actuar con justicia...!" (HEGEL, W. F.: *Fenomenología del Espíritu*, México, F. C. E., 1966, trad. por W. ROCES, 365 ss.; ADORNO, Th. W.: *Tres estudios sobre Hegel*, Ed. Taurus, Madrid, 1969, 70 ss., trad. por SÁNCHEZ ZAVALA). De otro lado, debe tomarse en consideración que la problemática en sustentar un criterio de condena o reprobación moral subyace en la diversidad de sentimientos morales existentes en las modernas comunidades. Así, ha de rechazarse el concepto de delito propuesto por Emile DURKHEIM (en *On the Division of Labour in Society*, trad. al inglés por G. SIMPSON, 1933, 73: "El delito consiste en actos desaprobados *universalmente* por los miembros de cada sociedad"), a causa de la acepción excesivamente amplia con que utiliza el término *comunidad* (*Véase*, a este respecto:

producto de su voluntad humana libre, en base a la consideración de que “podía haber actuado de otro modo distinto a como lo hizo” (3).

Por consiguiente, un Derecho penal de la culpabilidad presupone no sólo la existencia de culpabilidad humana —“concepto vivo en el pueblo”, mas no en el sentido que le atribuye el Proyecto de Código penal alemán de 1962 (4)—, sino también y sobre todo la posibilidad de que esa culpabilidad pueda ser establecida, constatada y valorada jurídicamente mediante un nexo de causalidad que una al delincuente con su acto delictivo. Este nexo lo constituye, en todo caso, la imputabilidad, en tanto viene entendida como “un estado, aptitud o capacidad del sujeto que sirve de base a la responsabilidad”. La responsabilidad se estructura, entonces, como una mera consecuencia de la imputabilidad humana, en cuanto ésta no es otra cosa que “la capacidad de entender y de querer actuar culpablemente” (5).

Resulta, pues, obvio que partimos aquí de la premisa de que quien habla de culpabilidad lo hace presumiendo que existe culpabilidad humana y que esta culpabilidad puede reconocerse o diagnosticarse, al menos dentro de ciertos límites (6). Por consiguiente, presupuesto necesario para el reproche de culpabilidad (7) es la afirmación de la imputabilidad jurídico-penal. Así pues, si la culpabilidad es reprochabilidad que se hace al autor de una acción antijurídica, la imputabilidad es, como queda dicho, un requisito necesario para afirmar la existencia de aquélla en el sentido de formación de la voluntad y de su prueba (8).

Y es que, en definitiva, el Derecho penal presupone la existencia.

FULLER: *Morals and the Criminal Law*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 32 (1942), 624). En síntesis, “no hay fenómenos morales, no hay más que interpretaciones morales de los fenómenos” (NIETZSCHE, F.: *Más allá del bien y del mal*, Obr. Completas. Ed. Aguilar, vol. III, 1965, núm. 108). Una distinción entre la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral puede verse en: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, Madrid, 1970, 354 ss.

(3) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal, Parte General*, 1949, 190; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, 1970, 351.

(4) MERGEN, A.: *Die Antwort der Gesellschaft auf das Verbrechen - Strafe oder Massnahme*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, Munich, 1967, 46. En Alemania —destaca REINISCH (en *Ibidem*, Prólogo, 7)—, el concepto de culpabilidad constituye el punto neurálgico de toda la discusión filosófica, jurídica e ideológica en torno al décimo intento de elaborar un nuevo Código penal.

(5) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, 1970, 363; Acerca de una distinción entre culpabilidad y responsabilidad, *vide*: ANTÓN ONECA, J.: *Ob. cit.*, 190; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Ob. cit.*, 350.

(6) EHRHARDT, H.: *Die Schuldfähigkeit im psychiatrisch-psychologischer Sicht*, 1964, 236.

(7) Así como la responsabilidad presupone siempre que el sujeto ha cometido un delito con todos sus elementos —uno de los cuales es la culpabilidad—, la reprochabilidad viene a ser una consecuencia de la culpabilidad, no la culpabilidad misma (RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, 1970, 350, nota 5).

(8) HELDMANN, H. H.: *Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit*, en *Materialien*, t. II, *Allg. Teil*, 1954, 345.

de la libre determinación de la voluntad de todo acto humano, aunque en forma negativa, esto es, mientras no se demuestre que ha habido coacción.

Mas, la imposibilidad de demostrar la existencia del libre albedrío (9) ha dado lugar a una polémica tan estéril como interminable, tal cual es la entablada entre deterministas e indeterministas (10). No pretendo, sin embargo, caer en las redes de la fuerza mágica que encierra dicha discusión, máxime cuando considero que ambas posturas filosóficas parten de una actitud que juzgo infundada, es decir: en base a qué criterios de verdad pueden los deterministas elevarse sobre el resto de los mortales y afirmar que no existe una libre determinación de la voluntad...? Y, al revés, ¿qué verdades son las que autorizan a los indeterministas a alzarse sobre parecido pedestal y, desde esa posición privilegiada, afirmar que sus razonamientos son precisamente los verdaderos...? No estaría de más ahondar en el sentido esclarecedor que encierran las palabras de NIETZSCHE: "... suponiendo que alguien se diese cuenta de la grosera ingenuidad del famoso concepto de "libre arbitrio" y que arrojase este concepto de su cerebro, yo le rogaría que diese un paso más en su clarividencia y que arrojase igualmente de su cerebro lo contrario de ese concepto monstruoso "libre arbitrio"; me refiero al determinismo..., que conduce al abuso de la idea de causa y efecto..., que no hay que reducir, como

(9) ENGISCH, K.: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., 1965, según el cual, dado que no puede esperarse que en el enajenado se produzca, en virtud del castigo, una reforma de su carácter asocial, debe estar exento de responsabilidad criminal. Ahora bien; una cosa es que un sujeto sea apto para la ejecución de la pena o accesible a su eficacia y otra muy distinta que sea reformable (Vide, STÜRUP, G. K.: *Referat über die Unterbringung in einer Heilanstalt und Entziehungsanstalt*, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV *Allg. Teil*, Bonn, 1958, 181).

(10) Una panorámica de la cuestión, en lo que hace referencia al Derecho penal, puede verse en NARZISS, Ach: *Analyse des Willens*, Berlín y Viena, 1935; KURT, N.: *Zur Frage der Verneinung der Willensfreiheit im Determinismus*, en *ZStW*, 16 (1896), 378 ss.; LOBEDANK, E.: *Das Problem der Seele und der Willensfreiheit in Theorie und Praxis*, en *ZStW*, 31 (1911), 424 ss.; ORTLOFF, H.: *Die Verneinung der Willensfreiheit im Determinismus*, en *ZStW*, 14 (1894), 301 ss.; PETERSEN: *Der Determinismus und die Verantwortlichkeit der Menschen für ihre Handlungen*, en *ZStW*, 27 (1907), 73 ss.; SCHÄFER, Fr.: *Begründung der Zurechnungsfähigkeit ohne Willensfreiheit*, en *ZStW*, 16 (1896), 161 ss.; VON BÜLOW, F.: *Willensfreiheit und Strafrecht*, en *ZStW*, 16 (1896), 582 ss.; BOCKELMANN, P.: *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, en *ZStW*, 75 (1963), 372 ss.; WELZEL, H.: *Gedanken zur "Willensfreiheit"*, en *Fest. für K. Engisch*, 1969; DREYER, V.: *Die Freiheit der Willensentschliessung und Willensbetätigung im englischen Strafprozess*, en *GA*, 1955, 237 ss.; RAMM, T.: *Die Freiheit des Willensbildung -ein Grundprinzip der Rechtsordnung*, en *NJW*, 1962, 465 ss.; THOMAE, H.: *Bewusstsein, Persönlichkeit und Schuld*, en *Mschkrim.*, 44 (1961), 114 ss.; DANNER, M.: *Die Determiniertheit des Willens. Konsequenzen für Erziehung und Kriminalprophylaxe*, Salzburg, 1967; CONDEIXA DA COSTA, Carlos A.: *Presupostos existenciais do Crime*, Brasil, 1970. 47 ss., 67 ss.; HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, 1 ss., 158 ss., 186 ss., 210 ss.

hacen los naturalistas, a “substancias”... Somos nosotros y únicamente nosotros los que hemos inventado las causas, la sucesión, la finalidad, la relatividad, la necesidad, el número, la ley, la libertad, la modalidad, el fin... El determinismo es “mitología”. En la vida real no se trata más que de voluntad “fuerte” o de “voluntad “débil” (11).

Por lo tanto, constatar la libre determinación de la voluntad del hombre como ser capaz de responsabilidad “no implica un juicio categorial —esencial, diríamos nosotros—, sino un juicio existencial” (12). Se trata, pues, de algo *empírico-práctico*; pues la culpabilidad concreta de un hombre no es objeto del conocimiento teórico. Por eso, los psiquiatras rechazan el pretender contestar científicamente a esta pregunta. Y es que, en suma, ellos pueden constatar la presencia de estados psíquicos anormales..., pero, entonces, la exclusión de la culpabilidad en tales supuestos yace fuera de su criterio científico. Todo juicio científico encuentra aquí sus límites, pues no puede determinarse como objeto lo que cae fuera de la objetivación, a saber: la subjetividad del sujeto. Por consiguiente, el juicio de que un hombre determinado, en una situación concreta, es culpable no constituye un acto teórico, sino más bien existencial y, además, “comunicativo”: “es el reconocimiento del otro como tú, como igual” (13).

Ahora bien, el hombre, tal y como lo presume el Derecho penal de la culpabilidad, no existe (14), pues toda la actividad humana no es otra cosa que “ir al encuentro de la libertad”.

En fin, estas brevisimas consideraciones ponen de manifiesto las dificultades, insalvables a veces, que encierra toda la problemática de una cuestión profundamente metafísica como es la de la culpabilidad, cuyas críticas provenientes del lado de la psicología profunda y de la psicología social tampoco puede decirse que hayan aportado, en este sentido, grandes soluciones (15); puesto que la fundamenta-

(11) NIETZSCHE, F.: *Más allá del bien y del mal*, *Ibidem*, núm. 21. En torno a la ideología nietzscheana sobre el delito y la pena, véase: HEINZE, Kurt: *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche. Versuch einer Deutung und Zusammenschau seiner Gedanken zum Strafrecht*, Berlín, 1939.

(12) WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.ª ed., 1969, 152 y 153.

(13) WELZEL, H.: *Lehrbuch*, *loc. cit.* Un planteamiento científico del problema del “otro” en el pensamiento filosófico de todas las épocas se encuentra en: LAIN ENTRALGO, P.: *Teoría y Realidad del Otro*, *Rev. de Occidente*, Madrid, 1961, dos tomos.

(14) ROSSKOPF, Chr.: *Schuld und Strafe. Gedanken zur Strafrechtsreform*, en *Mschrrkrim.*, 43 (1960), 67 ss.

(15) Pues, con frecuencia, el sano y el enfermo actúan impulsados por idénticos motivos (MÜLLER, M.: *Zur Psychologie eines Mordversuches. Ein Beitrag zur Frage der Zurechnungsfähigkeit*, en *R. P. S.*, 38 [1925], 153 ss.). Ahora bien, pese a reconocer la necesidad de aplicar los conocimientos psicoanalíticos, psicológicos, etc..., al estudio de la personalidad del autor, resulta, sin embargo, obvio que, en los casos dudosos —rozando el problema de los límites de la culpabilidad humana—, no siempre podrá optarse por el principio “*in dubio pro libertate*”, pues lo impedirán consideraciones, por ejemplo, de orden público, etc... (Véase, en contra.: KLUG, U.: *Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual*, en *Sexualidad y Crimen*, trad., por. E. GIMBERNAT, 1969, págs. 38 ss.). Un planteamiento crí-

ción metafísica del concepto de culpabilidad, puesto hoy en tela de juicio, no admite soluciones empíricas (16), máxime si tenemos en cuenta que la valoración de la culpabilidad es tarea del juez, no del psiquiatra (17). De ahí que los datos aportados en este sector de la ciencia penal por la psicología profunda y por los diversos métodos psicoanalíticos sean imprescindibles en orden a lograr una valoración criminológica general de la personalidad del delincuente, una prognosis criminal del autor del hecho delictivo, predicciones sobre la criminogénesis del acto criminal y la posible eficacia de determinadas obligaciones inherentes a un sistema tan individualizador como es el *régimen de prueba* (18), mas no pueden resolver, *a priori*, es decir, científicamente, los problemas metafísicos que subyacen todavía hoy en el concepto de culpabilidad (19).

En consecuencia, a la hora de averiguar qué es lo que decide realmente sobre la esencia de la inimputabilidad o de la denominada *imputabilidad minuciada*, si tenemos en cuenta que el proceso de motivación del actuar humano es insondable (20), debemos reconocer forzosamente que, más que la falta de inteligencia o de voluntad, lo que decide es "la presencia de un determinado género de dificultades de control del comportamiento por parte del sujeto" (21). De donde se deriva el que la esencia de la inimputabilidad o de la semi-imputabilidad no puede en ningún caso consistir en un juicio categorial, ni tampoco basarse en la idea de una farisaica indulgencia para con las personalidades afectadas por algún tipo de perturbación mental, como en realidad pretende la nueva defensa social (22), sino y ante todo en

tico del principio jurídico-penal de la culpabilidad se halla en GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en *ZStW*, 82 (1970), 380, y en KOLLE, K.: *Die Schuldfrage aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1960, 2223 ss.

(16) GÖPPINGER, H.: *Psychopathologische und tiefenpsychologische Untersuchungsmethoden und ihr Aussagewert für die Beurteilung der Täterpersönlichkeit und der Schuldfähigkeit*, en *NJW*, 1961, 243 ss

(17) GÖPPINGER, H.: *Ob. cit., loc. cit.*

(18) Si se tiene en cuenta que las obligaciones o condiciones que suelen insertarse en una *probation order* deben estatuirse, no legalmente, sino a discrecionalidad del juez, aunque dentro siempre de ciertos límites legales (RUBIN: *Probation and Due Process of the Law*, en *Crime and Delinquency*, 11 [enero, 1965], 30; SKLAR: *Law and Practice in Probation and Parole Revocation Hearings*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 55 [1964], 175 ss.; NOTE: *Legal Aspects of Probation Revocation*, en *Colum. Law Rev.*, 59 [1959], 311 ss.), resultará obvia la necesidad de una investigación *pre-sentence* o anterior a la sentencia sobre la personalidad del inculpado, a fin de que las obligaciones que se le impongan sean las más adecuadas a su personalidad, y su infracción determine, entonces, justificadamente la revocación de la concesión de la orden (*Vide*, WÜRTEMBERGER, Th.: *Zur Beurteilung der Persönlichkeit vor dem Urteil*, en *NJW*, 1952, 249 ss.).

(19) GÖPPINGER, H.: *Ob. cit.*, 243 y 244.

(20) DE BOOR.: *Über motivisch unklare Delikte*, 1959, 24.

(21) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte General*, 1970, 485.

(22) ANCEL, M.: *Droit pénal classique et défense social (A propos d'une confrontation récente)*, en *R. P. S.*, 81 (1965), 1 ss.

un juicio existencial, fundado en que la determinación de sentido de la vida psíquica es desgarrada por procesos carentes de sentido y que se concretan en la existencia de unos casos típicos de inimputabilidad o de imputabilidad parcial, cuyas características son, a la vez, las características que conforman la inimputabilidad o, en su caso, la imputabilidad disminuida (23). Si bien, como afirma EHRHARDT, esto supondrá que la imputabilidad disminuida ha de constatarse, demostrando empírica, clínica y psicológicamente el efecto o la repercusión de un presupuesto biológico (24) sobre la capacidad de entender (aspecto intelectual) y sobre la capacidad de dominio (aspecto volitivo).

En definitiva, la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal de los imputables disminuidos viene estrechamente relacionada con la cuestión de la imputabilidad de los mismos, esto es: la de si cabe o no admitir, en los supuestos de semi-enfermedad mental, la existencia jurídico-penal de una semi-imputabilidad, que, lógicamente, supondría una atenuación obligatoria o facultativa de la pena. Pero, además, habremos de plantearnos otra cuestión, cuya importancia, si cabe, es todavía mayor: la de la sanción (25) correcta o apropiada a la especial configuración estructural o categorial de su personalidad (26). Estos y otros problemas afines son, en suma, los que intentaremos, si no resolver, sí al menos ahondar con vistas a elaborar un haz de soluciones posibles, en el marco de este modestísimo trabajo.

II. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

Comenzaremos este apartado con un esquema de las diversas etapas por las que ha atravesado el reconocimiento de la imputabilidad disminuida; primero, en la ciencia jurídica; después, en la ciencia médico-psiquiátrica, en relación con determinados tipos de anormalidades.

A) DELIMITACIÓN JURÍDICO-PENAL

Sin tomar en consideración la “ingeniosa matemática psicológica” desplegada por la escuela clásica, para la cual la imputabilidad, como primer presupuesto de la pena, era susceptible de medirse cuantitativamente —de ahí que se hablase de imputabilidad agravada y atenuada, completa e incompleta, total y parcial o *semi-imputabilidad* (27)—,

(23) WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 155; LANGELÜDDEKE: *Gerichtliche Psychiatric*, 2.^a ed., 1959, 48 ss.

(24) EHRHARDT, H.: *Die Schuldfähigkeit im psychiatrisch-psychologischer Sicht*, 1964, 239 ss.

(25) Utilizamos, aquí, el término sanción en el sentido comprensivo de pena o medida, bien sea de internamiento, bien ambulatoria.

(26) KALLWASS, W.: *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 67.

(27) CARRARA, F.: *Programma di Diritto Criminale, Parte Generale*, trad. española, Bogotá, 1956, vol. I, 150 ss. (Vide, en un sentido crítico: RUIZ FUNES, M.: *L'Imputabilità parziale*, en spta. del *Archivio di Antropologia Criminale, Psichiatria e Medicina Legale*, 1929, 4 ss.; que hace suyos los

lo cierto es que, durante cuatro décadas a partir de 1803 (28), según la opinión dominante (29), fue FEUERBACH el único que, en contra de la ciencia filosófica, médica y jurídica de su tiempo (30), se pronunció expresamente en favor de una imputabilidad disminuida o aminorada (*geminderte Zurechnungsfähigkeit*) como causa de atenuación de la pena en el sentido moderno de la expresión (31).

argumentos de LOMBROSO, el cual “había observado, con razón, que esta combinación matemática de la imputabilidad es absurda; y que, al igual que se habla de semi-imputabilidad o media imputabilidad, podría también hablarse de un cuarto, un octavo, una duodécima parte de imputabilidad; tal fragmentación, posible desde luego en la pena..., no resiste más su aplicación a la imputabilidad, cuyos caracteres psicológicos huyen de una partición minuciosa, sustrayéndose a un fraccionamiento y a toda valoración cuantitativa”. Sin embargo, el juicio de culpabilidad, en cuanto portador de un reproche, comporta un *juicio axiológico*, de valor, que comprende, por tanto, aspectos cualitativos y cuantitativos (*Vide*, en el sentido apuntado: STERN, E.: *Über Schuld und Zurechnungsfähigkeit vom Standpunkt der Psychologie der Wertung*, en *Archiv für Kriminologie (Kriminalanthropologie und Kriminalistik)*, 73 (1921), 1 ss.; WÜRTEMBERGER, Th.: *Zum Problem der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, en *JZ*, 1954, 209).

(28) KAHL: *Geminderte Zurechnungsfähigkeit*, en *VDA*, I (1908), 9 y 10. Subraya KAHL el cambio de actitud —negativa, en un principio, a admitir la imputabilidad minuciada como causa de atenuación—, que se operó en FEUERBACH en la última edición de su *Lehrbuch*, al dar acogida favorable a dicha clase de imputabilidad; testimonio recogido por ARNOLD, quien destaca cómo, en los últimos años de su vida, FEUERBACH llegó a aceptar el principio de que “una imputabilidad disminuida debería tener como consecuencia una pena disminuida” (*Vide*, a este respecto: GRÜNHUT, M.: *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, en *Hamburgischen Schriften zur ges. Strafrechtswissenschaft*, cuaderno 3 [1922], 190). También MITTERMATER (C. J. A.) constata cómo en los proyectos póstumos de FEUERBACH puede observarse ese cambio de actitud (*Der Milderungsgrund der sogenannten verminderten Zurechnungsfähigkeit nach der neuesten psychiatrischen Forschung und dem legislativen und rechtswissenschaftlichen Verhandlungen*, en *GS*, XI [1904], 37; EL MISMO: *Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung*, Heidelberg, t. I [1841], 249).

(29) KAHL: *Geminderte Zurechnungsfähigkeit*, en *VDA*, I (1908), 9.

(30) Sin embargo, en el campo de la ciencia médico-psiquiátrica anglosajona, hemos encontrado pruebas abundantes del manejo conceptual de tal clase de imputabilidad. En este sentido, HALE destacaba, en el siglo XVII, su creencia en la existencia de una *total and partial insanity* (locura total y parcial), aunque apuntaba la dificultad de establecer una perfecta línea divisoria entre ambas; pues, decía, la mayoría de las personas que cometen un delito se encuentran en un *cierto grado de partial insanity*. En consecuencia, distinguía la *permanent o fixed dementia* (locura permanente) de la *lunacy* (demencia exculpatoria) (*Vide*, PERKINS, R. M.: *Partial Insanity*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 25 (1934), 176). Bien es verdad, ello no obstante, que HALE fue ridiculizado cruelmente por JOHNSTONE, en el siglo XIX (SCOTT, P.: *Pioneers in Criminology. XI Henry Maudsley*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 46 (1956), 753 ss., esp. 762). Asimismo, Benjamín RUSH se refería a los psicópatas, en 1776, como imputables disminuidos, al hablar de “un defecto congénito del sentido moral unido a unos poderes intelectivos normales o incluso superiores a lo normal (descripción conceptual de la denominada “*moral insanity*” o locura moral), según ponen de relieve GUTTMACHER y WEIHOFEN, en *Psychiatry and the Law*, 1952, 87.

(31) Una exposición detallada de antecedentes históricos, en HÜBBE: *Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit (strafrechtl.*

No faltan, sin embargo, autores que afirmen cómo ya KLEINSCHROD (32) había sistematizado a fondo la doctrina de la *imputabilidad limitada*, cuya característica más saliente era, sin lugar a dudas, la división de la imputabilidad limitada (expresión que empleaba en el sentido de “menor punibilidad”) en tres grados: 1.º *La imputabilidad inferior a la media imputabilidad*; 2.º *La imputabilidad media*; y 3.º *La imputabilidad superior a la media imputabilidad*, distinción construida sobre una base psicológica (33).

Pero, además de lo dicho, cabe señalar que, desde principios del siglo XIX, los tribunales escoceses hicieron uso, aunque con un sentido bastante restrictivo, de la denominada “*diminished responsibility*” (responsabilidad disminuida), introducida a principios de esta centuria en algunos países de la *Commonwealth*, y, en 1957, en Gran Bretaña, siguiendo, en todo caso, el modelo escocés, pero con un sentido de modernidad mucho mayor, aunque con menor flexibilidad, por ser la institución escocesa de naturaleza eminentemente judicial, es decir, no estatutaria o legal (34). De cualquier modo, el origen, sentido y alcance de la “responsabilidad disminuida” ha sido y es diverso del que posee el concepto de imputabilidad parcial en el marco del Derecho penal de la culpabilidad, según veremos más adelante (35).

Pues bien; ni siquiera el Código prusiano de 1851, entre otros muchos, contenía disposición alguna acerca de la imputabilidad disminuida; defecto que fue duramente criticado por C. J. A. MITTERMAIER —partidario del reconocimiento legal de dicha clase de imputabilidad (36)—, y por KRAEWEL. Más tarde, BERNER, al igual que FLEMMING (37), fue uno de los más destacados enemigos del reconocimiento legal de la imputabilidad disminuida (38), aunque, como hace notar KAHL, tal oposición puede explicarse, si se tiene en cuenta que la imputabilidad disminuida (*verminderte Zurechnungsfähigkeit*) del derecho particular alemán tenía por objeto la punición de ciertas personas que, por lo general, eran consideradas por los psiquiatras como inimpu-

Abhandlungen), cuaderno 43, 1902; von SCHWAB: *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit im früheren württembergischen Strafrecht*, en *ZStW*, 29 (1909), 315 ss.

(32) KLEINSCHROD, A.: *Stillschweigen der Strafgesetze*, en su obra *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des Peinlichen Rechts*, Erlangen, 1805.

(33) TOR, Ladislao: *La imputabilidad limitada en el antiguo Derecho penal*, en *RGLJ*, 148 (1926), 62 ss.

(34) HELDMANN, H. H.: *Der Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 71 (1959), 314 ss.; EL MISMO: *Zur Entwicklung des englischen Strafrechts nach dem Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 78 (1966), 376 ss.; SMITH, T. B.: *Diminished Responsibility*, en *Criminal Law Rev.*, 1957, 354 ss.

(35) *Vide infra*, págs. 330 ss.

(36) MITTERMAIER, C. J. A.: *Der Milderungsgrund...*, en *GS*, XI (1904), 32 ss.

(37) BERNER: *Imputationslehre*, 1843, 36; FLEMMING: *Ein Votum in Sachen der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, en *ZPsych.*, t. II, 106.

(38) GEHRLICH, Helmut: *Die Gegner einer verminderten Zurechnungsfähigkeit in der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Münsterauer Diss., 1956.

tables, por cuanto se trataba de verdaderos enfermos mentales (39).

Finalmente, los progresos alcanzados por la psiquiatría a fines del siglo XIX —sobre todo a raíz de la aparición, en 1874, del libro “*Le Crime et la Folie*” (El crimen y la locura), de Henry MAUDSLEY, en el que se ponía de relieve la existencia de una especie de terreno neutro o zona intermedia entre la salud mental y la enfermedad mental (40)—, determinaron la aceptación por la moderna psiquiatría y la ciencia jurídico-penal del hecho de que entre la salud mental y la enfermedad mental, entre la capacidad de entender y de querer lo injusto de un hecho y la ausencia de dicha capacidad, existen numerosos estados o grados intermedios, adquiriendo, en suma, carta de naturaleza, pese a los enormes riesgos que ello entrañaba, la zona gris del psiquismo de la que había hablado MAUDSLEY.

Más, lo realmente importante es que de ahí se derivó la necesidad de introducir en el marco del Derecho penal la fórmula de la imputabilidad disminuida, a fin de dar cabida a tales gradaciones psíquicas intermedias.

En consecuencia, la expresión imputabilidad disminuida vino a significar que existe un estado psíquico determinado, a consecuencia del cual puede serle imputada a un sujeto la antijuridicidad de su conducta, pero sólo *parcialmente*. Pero, esto presupondría que la imputabilidad habría de ser en sí misma *graduable*, es decir: imputabilidad, de un lado, e inimputabilidad, de otro, no serían ya términos antagónicos o contrapuestos, sino las *variantes extremas*, los polos, de una progresión continua y descendente; la inimputabilidad sería el grado inferior de la imputabilidad y viceversa. Ya von LISZT y LOMBERG (41) afirmaban la existencia de una escala, en cuyo principio estarían situados los imputables totales y en cuyo fin ocuparían su lugar los inimputables completos.

Sin embargo, tales presupuestos son del todo falsos. En este sentido, el hegeliano BERNER puso de relieve que la imputabilidad o ha de afirmarse rotundamente o, por el contrario, ha de negarse también rotundamente; de modo que, en consecuencia, *no existe*, para BERNER (42), *ningún estado intermedio* entre imputabilidad e inimputabilidad, por lo que, lógicamente, *tampoco existirá ningún grado de imputabilidad*. Y es que, tal como apuntaba el propio BERNER (43), lo que se hacía era que “se llamaba erróneamente imputabilidad disminuida (*verminderte*

(39) KAHL: *Geminderte Zurechnungsfähigkeit*, en *VDA*, I (1908), 1 ss.

(40) MAUDSLEY, Henry: *Le Crime et la Folie*, París, 1874, 38 ss.

(41) VON LISZT, F.: *Lehrbuch des Strafrechts*, 25 ed., 1927; EL MISMO: *Die strafrechtliche Z.*, en *ZStW*, 18 (1898), 229 ss.; LOMBERG: *Die Lehre von der verminderte Zurechnungsfähigkeit*, 1930, 10.

(42) BERNER: *Lehrbuch des Strafrechts*, 1898, 77; EL MISMO: *Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund*, Leipzig, 1869, 20 ss.

(43) De idéntica opinión eran: v. BELING, HÄLSCHNER, MERKEL, etc.... (Vide, GOTTSCHALK: *Materialien zur Lehre der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Suplemento al t. XI de *MittIKV* (1904), 1 ss.).

Zurechnungsfähigkeit) a lo que en realidad no era sino tan solo culpabilidad minuciada" (*verminderte Schuldfähigkeit*).

Conviene, pues, aclarar desde un principio que la diferencia entre la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida no es cuantitativa, sino puramente *cualitativa* (44); de modo que, según ha observado WILMANN, el imputable disminuido es siempre y ante todo un *imputable* (45), pues ha de poseer capacidad de entender y de querer con un sentido de dominio y de dirección actuar culpablemente como cualquier espíritu "normal"; pero su culpabilidad está considerablemente disminuida, a causa de que esa capacidad de entender y de querer la posee, mas solamente hasta un cierto grado, es decir, no con la misma intensidad o firmeza que los "espíritus normales" (46). En fin, si para la lógica jurídica la imputabilidad es siempre presupuesto de la culpabilidad, el presupuesto para que se dé la existencia de la imputabilidad disminuida es que el sujeto sea imputable (47). Por consiguiente, el imputable disminuido actúa culpablemente, aunque su culpabilidad está mermada considerablemente por razones de índole cualitativo.

No debe extrañarnos, en suma, que la tesis sostenida por BERNER haya pasado, a través de los trabajos contenidos en los *Gottschalks Materialien* —que niegan la existencia de grados en la imputabilidad (48)—, a ser la tesis dominante (49), a partir de su introducción legal en el Código penal alemán de 1933 (50). Este era, además, el sentido

(44) POHONC, Ilse: *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit. Ein Beitrag zum Kampf um die theoretische und praktische Behandlung des Problems, Inaugural Diss.*, 1932, 12.

(45) WILMANN, K.: *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales Problem der Entwürfe zu einem deutschen StGB*, Berlín, 1927, 17; En idéntico sentido: von OVERBECK, A.: *Zur Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, en R. P. S., 40 (1927), 49; SCHAPER: *Die Zurechnungsfähigkeit und der verbrecherische Wille*, en v. Holtzendorffs *Handbuch des deutschen Strafrechts*, 1871, 158 ss.

(46) WILMANN, K.: *Ob. cit.*, *loc. cit.*

(47) HELDMANN, H. H.: *Zurechnungsfähigkeit...*, en *Materialen* t. II, *Allg. Teil*, 1954, 345 y 351; MERGEN, A.: *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 Abs. 2 StGB*, en GA, 1955, 193 y 194; OVERBECK, A.: *Ob. cit.*, *loc. cit.*

(48) GOTTSCHALK: *Materialen zur Lehre der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, *loc. cit.* En tal sentido se expresa, por ejemplo, WÄCHTER: "La imputabilidad no tiene ningún grado..." (en *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht*, 1857, 325).

(49) Así, en: WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 1969, 265; MAURACH, R.: *Lehrbuch*, 1965, 377; JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, 1969, 292; HAFER: *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, 1946, 176. Esta opinión fue también sustentada por LÖWENHARDT, HÄLSCHNER, von BELING, WÄHLBERG, HAMON, von BURI, BINDING, C. J. A. MITTERMAIER, MEYER, etc.

(50) Por Ley contra delinquentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y de reforma de 24 de noviembre de 1933, en cuyo art. 3.º se introdujo el actual párrafo 2.º del parágrafo 51 del *StGB*, en cuya virtud la imputabilidad disminuida debe ser considerada como una causa de atenuación facultativa de la pena hasta los límites de la penalidad de la tentativa (*Vide*, HANSEN, Harald: *Zur Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, en *MschKrim.*, 25 (1934), 51).

exacto de la expresión de MEZGER, cuando afirmaba que “la imputabilidad parcial no existía en sentido técnico” (51). Modernamente, la dogmática de signo germánico sostiene unánimemente que la existencia de la imputabilidad disminuida significa culpabilidad disminuida (52).

Resulta, pues, necesario subrayar que, a pesar de lo ilógico e inapropiado, por vago e inexacto, del término, la idea fundamental contenida en él es la de que en ningún momento puede afirmarse que existe imputabilidad únicamente en los supuestos de salud mental, sino que, aún en el caso de que concurra la presencia de ciertas perturbaciones de carácter mental, el jurista admite la subsistencia de la imputabilidad y consiguientemente de la responsabilidad, tal y como había propuesto KAHL (53). Lo que no es obstáculo, empero, para que de nuevo se objete que el término encierra una *contradictio in terminis*, puesto que, de una parte, se afirma la imputabilidad del sujeto, y, de otra, se le declara, en cambio, semi-imputable por enfermo. Fórmula similar a la que, hasta 1964 (54), venía siendo usual para tales supuestos en el procedimiento criminal del Reino Unido, donde se declaraba a un sujeto culpable —sin hablar expresamente de imputabilidad parcial—, pero demente (*guilty, but insane*) (55).

Ello no obstante, y dado que tales casos límite no pueden ser castigados con idéntico rigor que los imputables “normales” o totales, se ha construido entonces el concepto de imputabilidad disminuida, en el sentido de que subsiste la imputabilidad también en dichos casos límite, mas, habida cuenta de que la culpabilidad es inferior a la de los casos de salud mental (56), la pena se disminuye o atenúa.

(51) MEZGER, E.: *Der Krankheitsbegriff im 51 StGB*, en *ZStW*, XXXIII (1912), 159 ss., esp. 162.

(52) MAURACH, R.: *Lehrbuch*, 1965, 377; HAFTER: *Lehrbuch*, 1946, 171 ss., esp. 176, bajo el expresivo título de “falta de culpabilidad”: “culpabilidad disminuida”.

(53) KAHL: *Geminderte Z.*, en *VDA*, I (1908), 1 ss.; EL MISMO: *Gutachten über verminderten Zurechnungsfähigkeit*, en *Verh. des 27 DJT*, 1904, t. I, 184.

(54) El *Criminal Law Procedures (insanity) Act de 1964* dispuso la sustitución de la antigua fórmula “culpable, pero demente (*guilty, but insane*), por la más lógica, aunque insatisfactoria para estos supuestos, de “no culpable a causa de una enfermedad mental” (*not guilty by reason of insanity*) (CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 5.ª ed., 1964, 59 y 60). Sin embargo, la ambigüedad de una fórmula tal, propia de un contenido aún más vago, como es el de las *McNaghten Rules*, ha dado lugar, por ejemplo, en algunos Estados de U. S. A., a fórmulas procesales de verdadera impunidad (Vide, en este sentido, el caso de *Robert Waskin*, en SANDERS, Joseph: *Euthanasia: None dare call it murder*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 60 (1969), 351 ss.).

(55) El *Trial of Lunatics Act de 1883* disponía, en su sección 2.ª, párrafo 1.º, que, en los supuestos de demencia incompleta o parcial, el veredicto debería ser “culpable de la acción u omisión imputadas, pero enfermo mental en el momento de ejecutarlas” (CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 1964, 60; HONIG, F.: *Zur neueren Judikatur des englischen Straf- und Strafprozessrechts*, en *R. P. S.*, 66 (1951), 337; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 3.ª ed., 1963, 165 ss., 203 ss.).

(56) v. BELING, E.: *Methodik der Gesetzgebung*, 1922, 139.

Sin negar, pues, la utilidad de tal concepto —por cuanto se trata de una causa de atenuación de la pena—, resulta, en cambio, problemático no sólo el término, sino también su delimitación y contenido propio (57); problemas que trataremos de dilucidar a continuación.

Por consiguiente, la inexactitud del término empleado para designar tales supuestos ha determinado una escisión entre los sistemas legislativos (58), no sin que antes la doctrina haya intentado subsanar la defectuosidad del término. Así, y pese a las declaraciones de favor de sus más fervientes partidarios, se ha criticado con reiteración la vaguedad e imprecisión del término “imputabilidad disminuida”, haciéndose por médicos y juristas intentos de sustituirlo por otros aparentemente más adecuados. En este sentido y en base a la idea de que en tales casos límite se trata siempre de una disminución de la culpabilidad, han sido propuestas las expresiones siguientes:

a) En primer lugar, la de “culpabilidad disminuida” (*verminderte Schuld*), expresión preferida por BERNER (59), utilizada también por el Código penal polaco de 1918 y que, según queda dicho, ha pasado a convertirse en dominante en el seno de la moderna dogmática jurídico-penal alemana, que no admite una fragmentación de la imputabilidad y sí tan solo una disminución de la culpabilidad (60).

b) En segundo, se ha empleado, asimismo, la expresión “imputabilidad con culpabilidad disminuida” (*Zurechnungsfähigkeit bei verminderter Schuld*), que responde a un contenido similar al de la anterior, pero que, literalmente, es la más exacta, siendo de la preferencia de GREENER (61) y LUXEMBURGER (62).

c) Asimismo, fue propuesta la expresión “capacidad de culpabilidad disminuida” (*verminderte Schuldfähigkeit*), por OETKER (63), siendo preferida actualmente por JESCHECK (64) y HAFTER (65), aun-

(57) Problema apuntado ya por WILMANN (en *Die sogenannte verminderte Z.*, 1927, 44 ss., y en *Zustände verminderter Zurechnungsfähigkeit einst und jetzt*, en *ZStW*, 44 (1924), 89 ss.) y que continúa siendo el punto central de todas las soluciones posibles en todas las legislaciones (*Vide*, HELDMANN, H. H.: *Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit*, en *Materialien*, t. II, *Allg. Teil*, 1954, 354).

(58) Suelen distinguirse, a este respecto, los sistemas de la *indivisibilidad*, que utilizan fórmulas contenedoras únicamente de la inimputabilidad —porque equiparan a ésta la imputabilidad disminuida—, de aquellos otros que prevén la imputabilidad minuciada expresamente junto a la inimputabilidad.

(59) BERNER: *Lehrbuch des Strafrechts*, 1898, 77.

(60) OETKER: *Der Entwurf eines polnischen StGB.*, en *MschKrim.*, 13 (1922), 129 ss., 135; VON BELING, E.: *Grundzüge des Strafrechts*, 1930, 20 ss.; *Vide supra*, nota 49.

(61) GREENER: *Die Zurechnungsfähigkeit im Vorentwurf zu einem deutschen StGB*, 1910, 10.

(62) LUXEMBURGER: *Verminderte Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsfähigkeit mit milderer Schuld?*, en *Psychol. Neurol. Wschr.*, 30 (1928), 507 ss.

(63) OETKER, en *MittKV*, III, 68.

(64) JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, 1969, 292 ss.

(65) HAFTER: *Lehrbuch*, 1946, 176.

que, en el fondo, ambos autores hacen hincapié en el hecho de que se trata, en todo caso, de una disminución de la culpabilidad (66).

d) Según hemos apuntado, los términos más utilizados han sido los de *imputabilidad disminuida*, *minuciada* o *aminorada* (*geminderte*, *verringerte* oder *verminderte Zurechnungsfähigkeit*) materialmente sinónimos y que, pese a ser aceptados por un número considerable de autores (67), incurrían en los defectos enumerados anteriormente.

e) Parece, de otra parte, muy sugestiva la expresión “*capacidad delictiva disminuida*” (*geminderte Deliktsfähigkeit*), que propuso FINGER (68), el cual, contrario al reconocimiento legal de la imputabilidad minuciada, comprendía bajo el concepto “capaces de delito disminuidos” no sólo a los individuos afectados por perturbaciones patológicas, sino también por cualquier otra condición que pudiera afectar a la imputabilidad. Esta teoría ofrece una cierta proximidad con aquella otra que ve en el supuesto de una falta de inteligencia o de voluntad, no una ausencia de la culpabilidad propiamente, sino una falta absoluta de acción en el sentido de comportamiento humano, por influjo, quizás, de la concepción que considera que la imputabilidad podría definirse, en un sentido formal, como la capacidad de actuar en Derecho penal, es decir, como la capacidad de realizar actos con relevancia jurídico-penal. Pero, “en la acción lo que importa ante todo es separar aquellos acontecimientos típicos debidos a la concurrencia exclusiva de leyes físico-naturales, sin intervención del hombre; basta allí con demostrar la existencia real o posible de un acto volitivo. En la imputabilidad la cuestión versa sobre si el acto volitivo en cuestión era inteligente y libre. El problema de si el sujeto es imputable no se debe plantear, porque no tendría objeto alguno, sino cuando se ha comprobado la realización de una conducta típicamente antijurídica (69).

f) Una expresión de enorme divulgación ha sido la de “*imputabilidad parcial*” (*partielle Zurechnungsfähigkeit*), similar, aunque más amplia, a la “*partial insanity*” (70), y de contenido material idéntico

(66) JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, 1969, 292 s., subrayando que se trata aquí de un *Unterfall* (*subspecie*) de la culpabilidad.

(67) La inmensa mayoría de los estudios realizados en la primera mitad de esta centuria sobre el tema adoptan el término susodicho. *Vide*, por ejemplo, LONGARD: *Die verminderte Z.*, en *MschKrimPsychol.*, 3 (1907), 87 ss.; KRAEPELIN: *Zur Frage der verminderten Z.*, en *MschKrimPsychol.*, 1 (1905), 485 ss.; KOPFLOW: *Zum Begriff der verminderten Z.*, en *Jurist. Diss.*, Giessen, 1931; RAECKE: *Die verminderte Z.*, en *MschKrimPsychol.*, 19 (1928), 300 ss., von LISZT, Fr.: *Die strafrechtliche Z.*, en *ZStW.*, 18 (1898), 229 ss.; WEINGART, A.: *Die verminderte Z.*, en *ZStW.*, 19 (1899), 133 ss.; CONCI: *L'imputabilità penale diminuita*, Napoli, 1934.

(68) FINGER, E.: *Lehrbuch des Strafrechts*, 1904, 209 ss.; EL MISMO: *Die geminderte Zurechnungsfähigkeit und die strafrechtliche Behandlung des geminderte Zurechnungsfähigen*, en *GS.*, 64, 257 ss.

(69) *Vide*, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, 1970, 363, nota 6 y 364, nota 7.

(70) No nos referimos, claro está, a la *responsabilidad disminuida* (*diminished responsibility*), sino a la expresión *partial insanity* o locura parcial,

al del término imputabilidad disminuida. Sin embargo, y a pesar de que no han faltado opiniones tan autorizadas como las de BROMBERG, OVERHOLSER, WEIHOFEN, etc... (71), abogando por la adopción legal de una *partial insanity* o demencia parcial —si bien con un sentido y alcance diversos del que posee actualmente la doctrina de la “*diminished responsibility*”—, en el marco del Derecho penal anglosajón, a fin de subsanar las enormes lagunas de las *McNaghten Rules*, no se ha conocido la imputabilidad parcial en Inglaterra hasta la promulgación del *Homicide Act de 1957* (72).

g) No procede, tampoco, según observa RUIZ FUNES (73), por su incorrección tanto terminológica como técnica, aceptar la expresión *semi-responsabilidad* utilizada por el francés GRASSET, pues en todo caso habría que hablar de semi-imputabilidad, por cuanto la responsabilidad es siempre una consecuencia directa de la imputabilidad.

h) No es, asimismo, satisfactoria la expresión “*responsabilité restreinte*” o responsabilidad restringida, que utiliza el Código penal suizo (74), como tampoco lo es la sinónima de “responsabilidad limitada” (*responsabilité limitée*), contra la que se pronunciara THIRY en 1907 (75).

i) Ante la palmaria defectuosidad inherente a todos esos términos, se ha procurado el empleo de expresiones de carácter más general, si cabe; con lo que se ha aumentado considerablemente la ambigüedad de las fórmulas propuestas. Así, ha sido sometido a discusión el término “*inferioridad mental*” (*geistige Minderwertigkeit*), propuesto por FEISENBERGER (76), KROHNE y utilizado también por

de rancio abolengo en la ciencia médico-psiquiátrica anglosajona, pero que jamás llegó a tener cabida en el ámbito de aplicación de las Reglas McNaghten. Asimismo, uno de los que proponían el uso del término “imputabilidad parcial” era STRASSER (en *Psychiatric und Strafrecht*, 1927, 41).

(71) BROMBERG, W.: *American Achievement in Criminology*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 44 (1953), 176; OVERHOLSER y WEIHOFEN: *Mental Disorder Affecting the Degree of a Crime*, en *The Yale Law Jour.*, 56 (1947), 959 ss.; OVERHOLSER, W.: *Psychiatric Expert Testimony in Criminal Cases since McNaghten*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 42 (1951), 283 ss.

(72) *Vide infra*, pág. 329 ss.

(73) RUIZ FUNES, M.: *L'Imputabilité Parsiale*, spta. loc. cit., págs. 4 ss.; GRASSET: *Demi-fous et demi-responsables*, 1907, trad. española de GONZÁLEZ CARREÑO, 1908.

(74) Arts. 11, 14 y 15.

(75) THIRY, F.: *La responsabilité limitée*. Discurso de apertura de la U. de Liège, pronunciado el 15 de octubre de 1907, Liège, 1907.

(76) FEISENBERGER: “*Vermindert zurechnungsfähig*” oder “*geistig minderwertig*”, en *MittIKV*, 13 (1905), 631 ss. Para este autor, mientras el juicio de imputabilidad disminuida exige como objeto de comparación sólo al mismo hombre, pero respecto a otra época o momento anterior, el juicio acerca de si un individuo es “inferior mentalmente” exige la comparación con el resto de los hombres (pág. 632). Sin embargo, se plantea aquí el eterno problema de qué hombre puede considerarse como “norma”!

LEPMANN (77) y KAHL (78), al cual se le ha objetado que su aceptación implicaría comprender solamente una parte de lo que en realidad se pretende encerrar en el concepto de imputabilidad disminuida; puesto que, junto a la deficiencia o inferioridad mentales, la imputabilidad minuciada comprende, también, perturbaciones de la conciencia, cuyo origen está ubicado en estados de perturbación patológica de la actividad psíquica o espiritual [así, por ejemplo, los grados menores de las psicosis del embarazo, del periodo catamenial, de la menstruación, etc... (79)].

j) En una línea más general, LILIENTHAL distingue entre la "anormalidad general" (*generelle Abnormität*), propia de los enfermos mentales "stricto sensu" o inimputables, y la "anormalidad parcial" (*partielle Abnormität*), característica de los delincuentes "propriadamente dichos", en el sentido de que los inimputables vienen a diferenciarse de los delincuentes por tendencia, de los habituales y de los incorregibles en que, en estos tres últimos grupos, la motivación anormal existe tan sólo en una zona determinada de su psique (80). Ello, no obstante, como objetara MEZGER (81), tal distinción es en realidad una distinción cuantitativa, no cualitativa; puesto que la anomalía parcial puede ser a veces el síntoma de una perturbación morbosa que afecte realmente a toda la psique, tal como ocurre, por ejemplo, en los querulantes patológicos o en los débiles mentales. Pero, además, prosigue MEZGER, el concepto científico-naturalístico de enfermedad mental es idéntico al de anomalía, si bien no se deduce de ahí que esto haya de ser también así para las valoraciones jurídicas. Por último, debemos agregar a las objeciones del que fue profesor de Munich que la psique humana no permite que se la divida sin más en una zona sana y una zona enferma, de modo que el origen de las acciones humanas pudiese ser atribuido, sin ninguna traba, a una

(77) LEPMANN: *Referat über geistig Minderwertige und ihre Behandlung*, en *Verh. des 27 DJT*, III (1904), 137.

(78) KROHNE propuso, en la 10.^a sesión del grupo alemán de la IKV, celebrada en Stuttgart, en mayo de 1904, la sustitución del término *geminderte Z.* por el de *geistige Minderwertigkeit*, con un sentido idéntico al de la propuesta hecha por KAHL, en su ponencia sobre "*Die strafrechtliche Behandlung der geistig Minderwertigen*" a la 27 DJT, celebrada en 1904, en Innsbruck. (Vide, KAHL: *Geminderte Z.*, en *VDA*, I [1908], 30; EL MISMO: *Gutachten über verminderten Z.*, en *Verh. des 27 DJT*, I [1904], 137-248).

(79) Vide, AZNAR: *Notas para un estudio sobre biología criminal de la mujer (la delincuencia catamenial)*, 1968; MIRANDA, R.: *Etiología de tensão pré-menstrual: revisão da literatura*, en *Arch. Neuro-psiquiat.*, Sao Paulo, 1965, 23/3, 187-195; ICARD: *La mujer durante el periodo menstrual. Estudio de psicología morbosa y de Medicina Legal*, trad. por ULLECIA Y CARDONA, 1890; BUGALLO SÁNCHEZ: *Responsabilidad atenuada de la delincuencia menstruante*, 1935.

(80) LILIENTHAL: *Über Zurrechnungsfähigkeit*, en *Aschaffenburgs Monatschr.*, V, 257.

(81) MEZGER, E.: *Die moralische Defekt*, en *ZStW*, XXXIV (1913), 562, 571.

u otra zona (82) y que, según subraya LEFERENZ (83), no hay hoy en día método alguno que nos permita afirmar con seguridad y certeza absolutas que la acción punible ha nacido o no de las zonas enfermas de la psique.

k) Finalmente, debemos ocuparnos de la terminología utilizada por algunas legislaciones. A este respecto, conviene distinguir entre las que han optado por el sistema de enumeración casuística, dando entrada a la imputabilidad minuciada, y aquellas otras que acuden a la fórmula de la *indivisibilidad*, es decir, comprensiva de la imputabilidad disminuida y de la inimputabilidad, entre las que no establecen diferencias.

1. Entre las primeras, merece mención especial, por la rica problemática que plantea, la preceptiva contenida en el párrafo 51, párrafo 2.º, del Código penal alemán, que regula la imputabilidad disminuida mediante la enumeración de una serie de casos (contenidos en el párrafo 1.º del mismo párrafo, y determinantes, en suma, de los supuestos de inimputabilidad), o presupuestos biológicos, cuyas características son, a su vez, las características que conforman la imputabilidad disminuida; si bien, en tales supuestos, deben incidir con una intensidad menor que en los supuestos de inimputabilidad, pues, el precepto mencionado exige que exista en el autor "*la facultad*" —aunque considerablemente disminuida—, *de apreciar la ilicitud del acto*" (84). Lo que se exige, en definitiva, es que exista en el autor

(82) DE BOOR: *Über motivisch unklare Delikte*, 1959, 24.

(83) LEFERENZ, Heinz.: *Neuere Ergebnisse der gerichtlichen Psychiatrie*, en *FoNeuPsy.*, 1954, 378 ss., abogando, en los casos dudosos, por la aplicación del principio "*in dubio pro reo*".

(84) *Vide*, párrafo 51, párrafo 2.º, que fue introducido por ley de 24-XI-1933 (HANSEN, H.: *Zur Frage der verminderten Z.*, en *MschKrim.*, 25 [1934], 51).

Una *atenuante específica* de imputabilidad disminuida fue introducida por primera y única vez en el art. 65, párrafo 1.º, del *Código penal español de 1928*, cuyo tenor literal era como sigue: "Las condiciones personales del delincuente que atenúan la responsabilidad son: El estado mental que, sin determinar la completa irresponsabilidad, conforme al art. 55, *acuse disminución en la conciencia para comprender la injusticia de los actos o en la voluntad para obrar de acuerdo con aquélla.*" Las medidas a adoptar, en casos tales, venían previstas en el art. 96 (vigilancia especial por la administración para que en el momento en que se observen en él síntomas de perturbación o anomalía mental previos los reconocimientos facultativos precedentes, se le interne en un manicomio judicial), que, por otra parte, fueron agriamente criticadas por LAFORA (en *La Psiquiatría en el nuevo Código penal*, en *RGLJ*, 154 [1929], 386 ss., esp., 396 ss. 401). El antecedente del precepto se encuentra, sin lugar a dudas, en el proyecto de Código penal alemán de 1919, estudiado por SALDAÑA, uno de los que intervinieron decididamente en la redacción del Código penal de la Dictadura (Véase: SALDAÑA, Q.: *El futuro Código penal*, en *RGLJ*, 1924 y 1925). El Código atrajo también una cierta atención en la literatura jurídica alemana, en lo que hace referencia a esta parte (*Vide*, POHONC, Ilse: *Die verminderte Z.*, Leipzig, 1932, 108; JOLLY: *Das neue spanische Strafgesetzbuch [1929] vom Standpunkt des Psychiaters*, en *Archiv Psychol.*, 88 [1929], 98 ss.).

“la conciencia de lo injusto” (85), aunque minuciada —previsión muy similar a la de “la conciencia de lo justo y de lo injusto” (*right and wrong test*) (86) contenida en las Reglas McNaghten y que, de otro lado, ha sido objeto de durísimas y fundadas críticas por la literatura jurídico-penal y psiquiátrica, tanto inglesa como norteamericana (87)—.

Ahora bien, como consecuencia de una exigencia tal, no debe resultar extraño que un sector de la dogmática penal alemana (88), al no considerar al dolo como una parte de la culpabilidad y por tanto afirmar que la conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo, haya propugnado, para el supuesto comprendido en el núm. 2 del párrafo 51 del *StGB* alemán, la posibilidad de aplicar las reglas del *error de prohibición*, es decir: lo que se daría, entonces, no es una atenuante basada en una disminución de las facultades mentales (disminución que, a mi juicio, va referida tanto al conocimiento del tipo como al de la antijuridicidad), sino una atenuante en base a la consideración de que “ha habido error sobre la antijuridicidad del hecho, mas con pleno conocimiento de la realización del tipo (y, por consiguiente, con dolo)” (89). Esto es, “el autor sabe lo que hace, pero cree erró-

(85) Entre nosotros, así lo entiende CÓRDOBA RODA (en *L'imputabilité diminuée dans le droit pénal espagnol*, en *Rev., inter. de droit pénal*, 38 [1967], 17 ss., esp. 19), al concebir por facultades intelectivas y volitivas “la aptitud o la capacidad del individuo para tener conocimiento de lo ilícito o del carácter antijurídico de su acto, y de orientar su actividad con arreglo a tal conocimiento”. En lo que respecta a Alemania, véanse: JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, 1969, 292 s.; WELZEL, H. H.: *Lehrbuch*, 1969, 155 ss.

(86) El “encanecido” “*right and wrong test*” viene, en realidad, contenido en las *M'Naghten Rules*, aunque se cree fue obra de HAWKINS —influenciado, sin duda, por HALE—, el cual hablaba de una “incapacidad natural para distinguir entre lo bueno y lo malo”, pero moralmente (Vide, CROTTS: *The History of Insanity as a Defense to the Crime in English Criminal Law*, en *Cal. L. Rev.*, 12 [1924], 105 ss.).

(87) Así, no cesa de afirmarse que, entre otros, no pueden las Reglas citadas resolver el problema de “si el acusado debía haber tenido conciencia de lo ilícito *moral* o *legal* de su acto”; razón por la que se ha prescindido en el Model Penal Code del término “*wrongfulness*”, sustituyéndolo por el de “*criminality*”, lo cual ha supuesto un notable progreso en esta materia (Vide, WEIHOFEN, H.: *Capacity to Appreciate “Wrongfulness” or “Criminality” under the A. L. I. Model Penal Code Test of Mental Responsibility*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 58 [1967], 27 y 31). Asimismo, por estas y otras razones, algunos Estados de la Unión Jack han abandonado dicho *test*, optando por el llamado “*irresistible impulse test*” —dando así cabida en algunos a las psicopatías— (WEIHOFEN, H.: *Insanity as Defense in Criminal Law*, 1933, 15 ss.), mientras que otros, como New Hampshire, no sólo han rechazado el “*right and wrong test*”, sino también el “*irresistible impulse test*”.

(88) WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 1969, 156 y 157.

(89) Mientras el *error sobre el tipo* es el que versa sobre una circunstancia objetiva del tipo legal y excluye, por tanto, el dolo, el *error de prohibición* recae sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento del tipo. Si es disculpable (invencible) excluirá la reprochabilidad, si es culpable (vencible) la disminuirá, de acuerdo con el párrafo 2.º del párrafo 51, y el 44 (WELZEL, H.: *El Nuevo Sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1964, trad. por CEREZO MIR, 115). Por consi-

neamente que le está permitido". Sin embargo, no cabe duda alguna que esta interpretación —que da por sentado, para estos casos, el conocimiento del tipo y el hecho de la *subsannabilidad* del error, lo cual resulta inconcebible en los supuestos de imputabilidad disminuida (90)—, ha surgido de una incorrección precedente: la de exigir en los casos de imputabilidad minuciada otro tipo de conocimiento o capacidad de entender que los requeridos normalmente para que una acción se considere libre e inteligente; humana, en suma. No veo, por consiguiente, razón alguna para requerir aquí otro tipo de conocimiento que el que se supone ínsito en la acción que el Derecho presume inteligente y espontánea.

De otra parte, podría también objetarse a los sistemas de enumeración casuística que, si pretenden evitar el cometer injusticias flagrantes, deberán entonces dar cabida a casos no previstos en sus normas, por lo que consecuentemente se verán obligados a forzar los tipos conceptuales, convirtiéndolos en una especie de cajón de sastre.

2. Debemos, asimismo, reseñar la terminología usada por los sistemas que utilizan fórmulas vagas o genéricas, en las que incluyen

guiente, para el profesor de Bonn, si el autor no ha tenido conocimiento de lo injusto, pero había podido tenerlo, ha actuado culpablemente y puede, no obstante, llegar a ser penado más suavemente. Pero si el autor, *pese a tener disminuida la capacidad de conocimiento de lo injusto*, posee, empero, dicho conocimiento, se excluirá por entero el 51, 2.º, *aunque el momento voluntario hubiese sido afectado por los estados psíquicos anormales* mencionados (WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 1969, 157).

En España, y a pesar de que el T. S. ha mantenido la doctrina del "*error iuris nocet*" (la ignorancia de Derecho no excusa), CEREZO sostiene que "no existe ningún obstáculo, en realidad, a la estimación del error de prohibición en nuestro Derecho penal. Para el error vencible es posible deducir analógicamente una regla de atenuación de la pena de lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 9.º, en relación con el núm. 1.º del art. 8.º y el art. 66. (*Notas al Nuevo Sistema del Derecho penal*, 1964, pág. 113, nota 30). Sin embargo, en los supuestos de imputabilidad disminuida (eximente incompleta, núm. 1.º del art. 9.º), el planteamiento es completamente diverso, a mi juicio, por cuanto no se trata de que el sujeto *sepa* que mata y *quiera* matar, pero crea, aunque no es así (error de prohibición), que está realizando un acto lícito (defendiéndose, por ejemplo, de una agresión ilegítima), sino, antes bien, la disminución de sus facultades mentales afecta, en este supuesto, tanto al conocimiento del tipo como al conocimiento de la antijuridicidad. El sujeto habría, pues, actuado de igual modo de haber creído que se trataba de una agresión legítima, pues está capitidismuido en su capacidad de actuar inteligente y espontáneamente, y esto tanto en lo que hace referencia al conocimiento del tipo como a la conciencia de la antijuridicidad. Creo que encajar el error de prohibición vencible en el núm. 1.º del art. 9.º sería forzar el tipo de la eximente incompleta. El planteamiento no resulta, de otro lado, modificado por la posibilidad (discutible) de apreciar una eximente incompleta por analogía (*Vide*, en contra, CEREZO MIR: *loc. cit.*, con ref. bibliográfica).

(90) Si el sujeto ha actuado de esta forma se debe a que no ha podido obrar de otro modo distinto a como lo hizo. Otra cuestión sería la de las *actiones liberae in causa* (*Vide*, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, P. General, 1970, 366 ss.; HEUERMANN, Rolf.: *Die Behandlung der Trunkenheit und der Gewohnheitstrinken*, en *Materialen*, t. II, 1954, 215 ss.).

tanto la inimputabilidad como la imputabilidad disminuida (91) y que suelen utilizar con preferencia el término "anormalidad mental". Así, el Proyecto de revisión parcial del Código penal suizo de 1965 sustituye en su artículo 43 el término "*responsabilité restreinte*" —empleado en los artículos 14 y 15 del Código penal vigente—, por el de *geistige Abnormität* o anormalidad mental, más correcto, según la opinión mayoritaria (92). Ello no obstante, y pese a la acogida que tal sistema ha recibido en la doctrina y legislación de numerosos países (93), ha sido objeto de críticas, provenientes en su mayor parte del campo jurídico-penal. Así, STRATENWERTH ha censurado el empleo del término "anormales mentales", por considerar que resultaría aún más impreciso que el de imputabilidad disminuida; si bien ha de notarse que la crítica de STRATENWERTH (94) va en realidad dirigida, más que contra el concepto "anormalidad mental", contra su contenido, es decir, contra la vaguedad que ofrecen los conceptos técnico-psiquiátricos que en él se incluyen; en fin: de un lado, contra una fórmula que equipara conceptualmente a enfermos y a semi-enfermos mentales, y, de otro, contra la imprecisión y amplitud excesiva de conceptos como los de psicopatía y neurosis. Además, no puede, en la actualidad, abogarse, sin más, por la fórmula de la indivisibilidad, alegando que la adopción de medidas curativas o preventivas indeterminadas equivale a la perfecta equivalencia entre *eximente* y *atenuante*, es decir, a la tesis de indivisibilidad, pues la

(91) Tales fórmulas son conocidas como las fórmulas de la *indivisibilidad*, en cuanto agrupan, sin establecer ninguna diferencia, ni siquiera en cuanto a tratamiento, a enfermos mentales totales y a enfermos mentales parciales. Así, Suecia, a partir de 1945, hizo desaparecer de su código penal el término imputabilidad disminuida (introducido en 1864). La tesis de la indivisibilidad es mantenida, asimismo, en el código de 1965 (KINBERG, O.: *Ueber Unzulänglichkeit aller Versuche einen Begriff der Zurechnungsfähigkeit festzustellen*, en *Mschkrim.*, 1911; EL MISMO: *Swedish Forensic Psychiatry*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 44 [1953], 135 ss.; AGGE, Ivar: *Die neue Strafgesetzgebung in Schweden*, en *R. P. S.*, 82 [1966], 1 ss.). Siguen esta línea: Holanda, Bélgica, Noruega, etc.

(92) DUKOR, B.: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.* 85 (1969), 70. Partidario de la enumeración casuística es JORDAN, M.: *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, tesis, 1966. Un planteamiento crítico en *Commemoration du Centenaire du Code pénal belge*, Liège, 1968, 300 ss.

(93) Al igual que Francia y los países socialistas, salvo alguna excepción tampoco la legislación holandesa conoce la imputabilidad disminuida, aunque la mayor parte de los psiquiatras holandeses la admiten de facto (MAUCH, G.: *Psychotherapie an Kriminellen in Holland*, en *Mschkrim.*, 48 [1965], 178). Véase, asimismo, en torno a la legislación holandesa vigente en la materia: *Netherlands: Establishment of a Central Advisory Council for Prisons, the Treatment of Psychopaths and the Rehabilitation of Offenders*, en *Inter. Rev. of Criminal Policy*, 10 julio 1956, 182 ss.; VAN BEMMELEN, J.: *Le droit pénal néerlandais. Un siècle d'évolution*, en *Commemoration du Centenaire de code pénal belge*, Liège, 1968, 155 ss.

(94) STRATENWERTH, G.: *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehender Massnahmen im Strafrecht*, en *R. P. S.*, 82 (1966), 337 ss.

naturaleza y fines de dichas medidas suelen ser diversos en uno y otro caso.

Pese a todo ello, las nuevas orientaciones legislativas tienden a abandonar conceptos como el de imputabilidad disminuida, movidas, quizás, por lo desafortunado del término, cuya utilidad es, sin embargo, indudable, puesto que a una imputabilidad disminuida debe corresponder una pena disminuida; aparte de que la falta de una distinción entre la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida, además de no corresponder con la realidad, significaría dejar de lado consideraciones político-criminales de importancia, como es el hecho de que muchos individuos prefieren “salir penados —mediante la atenuante o eximente incompleta de enfermedad mental en las legislaciones donde está expresamente reconocida—, a que sus abogados les saquen por locos” (95).

En fin, como señalaba HÄLSCHNER, si con esta denominación se ha formulado incorrectamente lo correcto (96), cabría entonces la posibilidad de establecer que en casos tales se trata siempre de *imputabilidad con culpabilidad parcial*, por cuanto el hecho de que la culpabilidad sea graduable no implica que lo sea también el concepto imputabilidad. Si no hay imputabilidad general —afirmaba SEELIG (97)—, mal puede haber culpabilidad parcial.

Así pues, la defectuosidad del sistema de la imputabilidad disminuida, según ha podido vislumbrarse por todo lo dicho, se debe sobre todo a la dificultad de determinar las características que delimitan los casos que deben encajarse en ella; dificultad que, a veces, se hace insalvable, si consideramos que médicos y juristas no comprenden lo mismo bajo idéntico concepto. Por el contrario, en los sistemas que adoptan la fórmula de la indivisibilidad, el problema se desplaza a una fase posterior, a la del tratamiento diferenciado que debe otorgarse a unos y otros.

B) PROBLEMÁTICA DE LO “NORMAL” Y LO “ANORMAL” EN LAS PSICOPATÍAS Y EN LAS SOCIOPATÍAS.

Aceptada por la psiquiatría y por la ciencia jurídico-penal la existencia de las especies rebeldes o gradaciones intermedias entre la enfermedad y la salud mental —en base a la constatación del principio

(95) Ello es debido al temor de la duración indeterminada de las medidas que suelen aplicarse en los supuestos de enfermedad mental. Aparte claro está, de que con un veredicto de imput. disminuida, no sólo se benefician de una atenuación de la pena, sino que, en muchas ocasiones, pueden verse afectados por el perdón, la condena condicional, una medida ambulatoria, etc. (*Vide*, GOLDSTEIN, A. S.: *The Insanity Defense*, 1967). Así, en U. S. A., los inculpados suelen dirigir su defensa a obtener un veredicto de no culpable por locura, sólo cuando se trata de crímenes que llevan aparejada la pena capital.

(96) HÄLSCHNER: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, 225.

(97) SEELIG, E.: *Prüfung der Zurechnungsfähigkeit durch den Richter*, 1920, 2.

“*natura non fecit saltus*” hecha por MAUDSLEY (98)—, no cabe duda de que “toda anormalidad no extrema del acontecer psíquico, con excepción de los defectos de carácter, podría caer dentro de los casos conceptuados como de imputabilidad disminuida” (99).

Mas, no es mi intención exponer ahora la diversidad de cuadros clínicos que podrían encajarse en tal concepto (100), sino, antes bien, examinar, siquiera sea someramente, la problemática inherente a la configuración conceptual de las personalidades psicopáticas y, sobre todo, las perturbaciones que en el concepto de responsabilidad y, particularmente, en el de psicopatía ha causado la irrupción violenta de la sociología en la moderna psiquiatría y en el Derecho penal.

En primer lugar, “la etiología incierta del síndrome psicopático ha determinado que el término personalidad psicopática, tal como se utiliza por la psiquiatría, no pueda ser diagnosticado “objetivamente” (101), sino que, por el contrario, a su diagnosis suele llegarse por vía de exclusión (102). Ello ha supuesto que el término sea muy amplio, vago y difuso (103); razón que ha servido de apoyo a un sector muy amplio de la ciencia penal y de la sociología para negarle carácter científico (104), por considerar que se trata, en este caso,

(98) MAUDSLEY, H.: *Le Crime et la folie*, París, 1874, 38 ss. Uno de los mayores éxitos de la investigación de MAUDSLEY radicó en descubrir lo fundamental que era en el actuar humano el proceso de motivación. “La razón sin emoción —decía— es impotente para actuar, la emoción sin la razón daría lugar a un acto tiránico” (SCOTT, P.: *Pioncers in Criminology. XI Henry Maudsley*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 46 (1956), 753 y esp. 761). MAUDSLEY fue, sin embargo, escéptico ante la perspectiva de éxito que podía ofrecer el tratamiento de los delinquentes: “¿Cómo puede lo que ha sido creado a lo largo de generaciones —afirmaba— ser cambiado en el simple espacio de una vida...? ¿Puede el etíope cambiar el color de su piel o el leopardo sus manchas...?”.

(99) LANGELÜDDEKE: *Gerichtliche Psychyatrie*, 1959, 48.

(100) *Vide*, tan solo a título de ejemplo: WILMANN, K.: *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit*, 1927, págs. 23 ss. y HELDMANN, H. H.: *Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit, en Materialien, II, Rechtsvergleichende Arbeiten, I, Allg. Teil*, 1954, 356, 357, 358 y 359.

(101) GRAHAM, James J.: *What to do with the Psychopath*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 446. DUKOR, BENNO: *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en *R. P. S.*, 66 (1951), 420.

(102) WALLINGA, Jack V.: *The Psychopath: A Confused Concept*, en *Federal Probation*, 20 (1956), 51 ss.

(103) SELLIN, T.: *Culture Conflict and Crime*, núm. 41 de *The Social Science Research*, 1938, 44 ss., quien subraya cómo los factores sociales y culturales influyen en la conducta dirigida contra la norma, aunque, como sociólogo, objetaba a los psicólogos la imprecisión y vaguedad de conceptos tales como los de “personalidad psicopática”, “inmadurez afectiva”, “personalidad inadaptada”, etc...; CLINARD, M. B.: *Sociologist and American Criminology*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 41 (1951), 560; WALLINGA, Jack V.: *Ob. cit., loc. cit.*; DUKOR, B.: *Ob. cit.*, pág. 419.

(104) Así, entre otros muchos, BIERER (en *The Validity of Psychiatric Diagnostic*, en *The International Journal of Social Psychology*, I (1955), 23) destaca cómo el modo en que los psiquiatras hacen uso de los conceptos “psicosis”, “neurosis” y “psicopatías” no es ni mucho menos científico.

de un concepto “omnicomprensivo”; en fin, de un cajón de sastre (105).

Y es que, en definitiva, el problema de la definición de las psicopatías ha estado siempre matizado por una enorme incertidumbre, aún en los primeros momentos en que se concebían fundamentalmente como “personalidades anormales” y eran estudiadas como manifestaciones de causas biológicas, constitucionales e incluso fisiológicas. (106). Incertidumbre que se ha visto aumentada por el giro, de alcance imprevisible, que ha tomado el concepto por influjo de las investigaciones de los sociólogos norteamericanos sobre la personalidad, especialmente de la teoría de la “*personalidad socio-cultural*” del norteamericano KARDINER (107). Así pues, todo ello ha supuesto un cambio considerable: primero, en el concepto de anormalidad —cuya problemática era y sigue siendo el punto crucial en esta materia (108)—; y, después, en el de psicopatía.

Sin embargo, como ha puesto de relieve SUÁREZ MONTES (109), “la comprensión fundamental de este fenómeno estaba ya preparada...”. Hasta ahora, “la medición de la anormalidad en las psicopatías se había hecho desde el *aspecto interno* (110), es decir, según su nexo o relación con la constitución corporal, la herencia, etc..., con arreglo a factores biológicos, en suma”. Pero lo cierto —se afirma— es que también es posible y hasta necesario determinar los grados de anormalidad según una *medida externa*. “Y esa medida externa es, sin lugar a dudas, la *sociológica*” (111).

Pues bien; este último cambio ha sido el elegido preferentemente por los psiquiatras anglosajones, en especial por los norteamericanos,

(105) El término psicópata —dice GRAHAM (en *What to do with the Psychopath*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 446)— es un concepto omnicomprensivo. En este sentido, son de los más sugestivos los resultados a que ha llegado Hulsey CASON en sus investigaciones (*vide, The Psychopath and the Psychopathic*, en *J. of Criminal Psychopathology*, 4 (1943), 522 ss.), pues ha encontrado 202 términos que suelen utilizarse como *sinónimos* del de psicópata; 55 rasgos o características que suelen darse en los denominados “psicópatas” y 30 tipos de conducta que por lo general se caracterizan como “formas de comportamiento psicopático”.

(106) Ni siquiera hay acuerdo en las teorías alemanas dominantes. *Vide*, a este respecto: SEELIG, E.: *Persönlichkeit und Verantwortung*, en *Mschrkrim.* 27 (1936) 34 ss.; MEZGER, E.: *Zum Begriff des Psychoopathen*, en *Mschrkrim.*, 30 (1939), 190 ss.; SCHNEIDER, KURT: *Über Psychoopathen und ihre kriminalbiologischen Bedeutung*, en *Mschrkrim.*, 29 (1938), 353 ss.; EL MISMO: *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 1943, 136; KRETSCHMER: *Geniale Menschen*, 2.^a ed., 1931, 20; EL MISMO: *Körperbau und Charakter*, 1955.

(107) KARDINER: *El individuo y la sociedad*, México, F. C. E., 1945; EL MISMO: *Fronteras psicológicas de la sociedad*, México, F. C. E., 1955.

(108) *Vide*, SCHNEIDER, K.: *Abnormität und Krankheit im psychischen*, en *Mschrkrim.*, 20 (1929), 592 ss.

(109) SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: *Psicopatía y responsabilidad*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de Criminología, Madrid, 1961-1962, 645.

(110) KRETSCHMER, E.: *Psychopathie nach inneren und äusseren Mabsstäben*, en *Mschrkrim.*, 27 (1936), 339 ss.

(111) KRETSCHMER, E.: *Ob. cit.*, *loc. cit.*

entre los cuales, cabe distinguir dos grupos: uno, reaccio al empleo de la expresión "psicópata", prefiriendo, en su lugar, otras como las de "character disorder", "characterologically insufficient" y, sobre todo, el término "sociópata"; y otro, partidario del uso de dicho término, si bien propugnando la caracterización de las personalidades psicopáticas por el aglutinante de varios rasgos o características (112).

Por consiguiente, sobresalen entre todas las definiciones las de HENDERSON y de JOHN McCORD. El primero utiliza el término "estado psicopático", dentro del cual distingue tres grandes grupos: los predominantemente agresivos; los predominantemente pasivos o inadecuados (113), y, finalmente, los predominantemente creativos (114). Para JOHN McCORD, los psicópatas son "individuos asociales, agresivos, altamente impulsivos, con escaso o nulo sentimiento de culpabilidad e incapaces de crear lazos afectivos de cierta duración con otros individuos" (115).

De este modo, el cargar el acento en el aspecto sociológico ha supuesto el que la inmensa mayoría de los psiquiatras caractericen a los psicópatas como "asociales" (116); característica que sobresale todavía más en la distinción que, a este respecto, ha hecho la Asociación Americana de Psiquiatría entre "*perturbaciones sociopáticas de la personalidad con reacción antisocial*" —propias de individuos que chocan bruscamente y de un modo inevitable con el sistema normativo de la comunidad, mostrándose agresivos e incluso inadecuados para la pena, etc.— y "*perturbaciones sociopáticas de la personalidad con reacción disocial*", las cuales suelen darse en individuos que muestran despreocupación hacia las normas sociales, con las que chocan a menudo, pero no inevitablemente, creándose, de otro lado, su propio ambiente social anormal en el que viven intensamente (117).

(112) KALLWASS, W.: *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 24 y 25.

(113) MEZGER acudió a la teoría de la bipolaridad de la imputabilidad, en el sentido de que, de un lado, la imputabilidad podía ser fundada por medio de la inadecuación del hecho a la personalidad del autor [así, destaca BERZE (en *Zur Frage der partiellen Zurechnung*, en *Aschaffenburgs Mschr.*, 1904), que un determinado estado psíquico, concebido como un proceso podía fundamentar la imputabilidad en un determinado grupo de delitos y excluirla por completo en otros: un imbécil quizá sea apto para cometer un delito de lesiones, pero no para realizar una falsificación de documentos], mientras que, de otro, podía ser fundamentada por medio de "la inadecuación social de la personalidad" (*Vide una crítica en*: SEELIG, E.: *Persönlichkeit und Verantwortung*, en *Mschr.krim.*, 27 [1936], 51).

(114) HENDERSON: *Psychopathic states*, N. Y., 1939, 67 ss.; EL MISMO: *Psychopathic states*, en *British Journal Delinquency*, 2, 85 ss., cit. por KALLWASS: *Der Psychopath*, 25 ss.

(115) McCORD, W. y McCORD, John: *The Psychopath*, 1964, 8 ss.; LOS MISMOS: *Psychopathy and delinquency*, London, 1956, citados por KALLWASS, 27 ss.

(116) LIPTON: *The Psychopath*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 40 (1950), 584. 591.

(117) KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 42 y 43.

Este fue, en suma, el proceso por el que el concepto “sociópata” pasó a constituir una realidad científica innegable, que, si bien venía a colmar una laguna —al poner el acento en el aspecto sociológico—, los excesos que representó lo convirtieron en blanco de innumerables críticas (118), motivo por el cual el *British Mental Health Act de 1959* evitó, al dar una definición de la psicopatía, no sólo mencionar el término sociopatía, sino también aludir al más leve acento sobre el aspecto sociológico de la cuestión (119).

Y es que, con frecuencia, se olvida que tales conceptos encierran juicios de valor, basados en comparaciones, pues en el fondo de la imputabilidad subyace siempre una comparación de un suceder concreto con un suceder normal (120); bien del hombre con los demás hombres, bien del hombre con una situación o estado anterior del mismo (121). Mas, como destaca, con no poca razón HAFTER (122), cuando miramos alrededor, vemos que se han perdido todos nuestros esfuerzos para caracterizar al hombre normal. Este no existe (123).

No hay, en realidad, hombres completamente “normales”, sino únicamente una línea continua de distintos tipos “normales”. La normalidad no es, pues, ningún punto de referencia, sino una línea (124). Al otro lado de esa línea estarían los seres que no siempre se nos aparecen heterogéneamente como “variedades de la norma”, puesto que, junto a sus rasgos enfermos, contienen gran cantidad de propiedades normales. Así, subraya BUMKE (125), sucede a menudo

(118) KRANZ rechazaba el término “asocial” por encerrar un juicio de valor (*Abgrenzung gegenüber Psychopathie und Psychose*, en *Hb. der Neurosenlehre und Psychotherapie*, I, 268). Sobre el concepto de “sociopatía”, vide: HOCHMANN: *Le concept de Sociopathie, vers une critique de la raison nosographique*, en DEBUYST: *La Criminologie Clinique*. Bruxelles, 1968, 167 ss.

(119) La sección 4, párrafo 4, del *British Mental Health Act de 1959* define la perturbación psicopática como “un trastorno psíquico duradero o incapacidad (con o sin debilidad mental), que traen como consecuencia un comportamiento anormalmente agresivo e irresponsable de parte de los pacientes, por lo que precisan de tratamiento o vigilancia médicos”. Sin embargo, tal definición —objeta KALLWASS, pág. 43, nota 190—, es defectuosa por incluir al tratamiento como término de la definición, no como requisito para el posterior internamiento en una clínica.

(120) KOHLRAUSCH, en DUKOR: *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, R. P. S., 66 (1951), 420.

(121) FEISENBERGER: “*Vermindert zurechnungsfähig*” oder “*geistig minderwertig*”, en *MittIKV*. XIII (1905), 632.

(122) HAFTER: *Normale Menschen?*, en R. P. S., 66 (1951), 1 ss.; WYRSCH, J.: *Über psychischen Norm und ihre Beziehung zur Urteils- und Zurechnungsfähigkeit*, en R. P. S., 73 (1958), 382 ss. Por carecer de términos de comparación sería imposible caracterizar a Robinson Crusoe como sano o como enfermo. (Vide, ROCHE: *The Criminal Mind*, 1958, 15).

(123) La problemática ha sido desorbitada, como puede comprobarse en la afirmación de ABRAHAMSEN (en *Who are the guilty? An Study of Education and Crime*, Nueva York, 1952, 125): “En mi experiencia no he sido capaz de encontrar un solo delincuente que no mostrase algún defecto mental. El delincuente «normal» es un mito.”

(124) STERN, en DUKOR: *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en R. P. S., 66 (1951), 419.

(125) BUMKE: *Die Grenzen der geistigen Gesundheit*, 1929, 3.

que, en estos casos, es difícil, incluso para los propios médicos, responder a la pregunta de si se trata en el caso concreto de una "variedad rara" o *rayana en lo genial* (126) *de la norma* o de una variedad psicopática. Por consiguiente, hoy más que nunca puede afirmarse sin recelos la existencia de una "línea sociológica de lo normal", cuyos contornos dependen, en suma, de la capa social de la personalidad, del Super-ego. Fuera de esa línea estarán no sólo las especies psíquicamente anormales (en las que —así, en las neurosis— fracasa por completo la unión del ego con el Super-ego, rompiéndose de este modo la necesaria unidad armónica de ambas capas), sino también aquellas personalidades con rasgos propios de "lo genial", de lo que no es sociológicamente normal, sin que llegue a ser psíquicamente anormal, y que manifiestan, sin lugar a dudas, si no una ruptura, sí, al menos, un predominio del ego sobre el Super-ego.

Creo que, en la actualidad, no pueden ponerse en duda las relaciones recíprocas que pueden existir entre la enajenación mental y las facultades artísticas en el marco de la vida espiritual (127); lo que, una vez más, pone de relieve la fluidez enorme de los límites entre el hombre normal y el hombre anormal.

En fin, con estas breves consideraciones sólo he pretendido llamar la atención sobre el enorme peligro que encierra la aceptación del concepto "sociopatía". Pues, si la no aceptación de los valores comprendidos en "la línea sociológica de lo normal" es el factor determinante en la formación de tal concepto (128), entonces todo individuo que encontrase dificultades de adaptación en una vida superordenada tanto política como social y económicamente, tal cual es la del siglo xx, habría de ser considerado un sociópata, un psicópata o un imputable disminuido...; con la consecuencia inmediata de que tales individuos tendrían que ser excluidos no sólo de la vida en comuni-

(126) JASPERS, K.: *Genio y Locura*, Ed. Aguilar, Madrid, 1961; LANGE, J.: *Kriminologische Untersuchungen an Genialen*, en *Mschkrkim.*, 27 (1936), 16 ss., con una exposición muy sugestiva y esclarecedora de los casos Schopenhauer, Oscar Wilde, Verlaine, Rousseau, etc.

(127) ODENWALD: *Punishment from the Viewpoint of Psychiatry*, en *Catholic Law*, 6 (1960), 126, 133, cit. por GRAHAM, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 447, señalando cómo abundan las personalidades psicopáticas entre los idealistas, los artistas, al igual que entre los elementos criminales de la sociedad.

(128) A una conclusión parecida llega Hans BRENNECKE (en *Psychopathie und Revolution*, en *Deutsche Strafrechtszeitung*, 121, 21 ss.), al afirmar que la mayor parte de los líderes revolucionarios son personalidades psicopáticas, incontinentes o mentalmente disminuidas, a las que debería recluírse en establecimientos intermedios entre los propiamente penales y las casas de salud, sometiéndolos posteriormente a una férrea vigilancia policíaca. El estudio se basa en los datos de otro realizado por KAHN sobre 19 "personalidades psicopáticas" que tomaron parte, en calidad de líderes, en el movimiento de Munich, de abril de 1919. Sin embargo, no cabe duda alguna de que una argumentación tal equivaldría a admitir que todo gobierno, fuese de derechas o de izquierdas, podría deshacerse de sus contrarios "etiquetándolos" como psicopatas, sociopatas o débiles mentales. Desgraciadamente, no faltan ejemplos de la vida real que vengan en apoyo de nuestra afirmación.

dad, sino también de la ejecución ordinaria de la pena, surgiendo, por razones obvias, dificultades de todo tipo en orden a proporcionarles establecimientos, personal y tratamiento “apropiados” (129).

No debemos olvidar que “no se puede exigir a nadie un paso medurado cuando es por el hamletiano *to be or not to be* por donde marcha” (130). Con la dimensión que en la actualidad ha adquirido el concepto “psicópata” no cabe duda alguna de que va camino de convertirse en algo parecido al antiguo concepto del “imbécil moral”, que hoy ha sido abandonado por completo en el campo científico.

C) LA DOCTRINA DE LA “DIMINISHED RESPONSIBILITY”

Aún a sabiendas de que los sistemas jurídicos, fruto por lo general de una cristalización institucional forjada a través de un largo y peculiar proceso histórico de desarrollo, no pueden transplantarse fácilmente de un país a otro, debemos, sin embargo, ser conscientes de que incluso un sistema jurídico que, como el británico, ofrece escasos puntos de contacto con los del continente (131) y que a menudo nos parece extraño e incomprensible, merece ser estudiado con detenimiento (132). De ahí que nos ocupemos ahora de la problemática que, en la actual legislación inglesa, plantea la fijación legal y judicial de la culpabilidad en los supuestos de enfermedad mental incompleta (133); lo cual nos exigirá examinar el problema, más general, de la “insanity” o enfermedad mental en el estricto sentido del término, según la concepción legislativa del Reino Unido (134).

(129) WILMANS, K.: *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit*, 1927, 74.

(130) JASPERS, K.: *Genio y Locura*, Prólogo, 21.

(131) Sin embargo, los puntos de contacto son cada día mayores. Así, la mayoría de los sistemas de condena condicional y de *probation* del continente han imitado, en mayor o menor medida, los institutos anglosajones de la *conditional discharge*, la *suspended sentence* y el *probation system*; de igual modo, la división del proceso penal en dos fases se abre camino decididamente en los sistemas procesales europeos. Con relación a Alemania, *vide infra*, pág. 377 ss., nota 232.

(132) En el sentido del texto, *vide*, SCHMIDT-LEICHER: *Deutscher und anglo-amerikamischer Strafprozess*, en *NJW*, 1951, 7 ss., y von WEBER: *Über die Stellung des englischen Strafrichters*, en *Deutsche Rechtszeitschrift*, 1950, 398.

(133) El término inglés “insanity” significa tanto en el sentido técnico como en el vulgar enfermedad mental, locura o demencia, y posee, por tanto, una latitud similar al de “enajenación mental” que emplea el núm. 1 del art. 8.º de nuestro Código penal. Son, pues, los tribunales los que, asesorados por los equipos de expertos psiquiátricos, delimitan su contorno conceptual en su aplicación práctica (*Vide*, al respecto: SILVING, Helen.: *The Criminal Law of Mental Incapacity*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 130 ss., y HALL, Jerome.: *General Principles of Criminal Law*, 2.ª ed., 1960, 472 ss.).

(134) Del mismo modo que no todos los países que caen bajo la esfera de influencia de la *Common Law* poseen sistemas jurídicos idénticos, tampoco los cuatro que integran el Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte) están encasillados en un patrón jurídico uniforme, ya

Durante más de un siglo y a pesar de los esfuerzos desplegados por los jueces británicos y de los países que pertenecen al círculo de cultura anglosajón, no ha sido, sin embargo, posible adaptar el concepto legal de enfermedad mental (*insanity*) —determinante de la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal—, a los progresos logrados por la moderna psiquiatría y por otras legislaciones, pues las *McNaghten Rules* (*Reglas McNaghten*) blanco de todas las críticas ya desde el último tercio del siglo pasado (135)—, han permanecido casi inalteradas en su vigor y contenido (136). Ello no debe, empero, llamarnos

que, por el contrario, en cada uno de ellos existen peculiaridades jurídicas y “judiciales” que los diferencian de un modo bastante claro; de forma que puede decirse que los únicos que poseen sistemas casi idénticos son Inglaterra y País de Gales. En consecuencia, el concepto de enfermedad mental, en el ámbito jurídico-penal, pese a aplicarse en todos ellos las *Reglas McNaghten*, ha sido objeto de interpretaciones diversas, según se trate de un país u otro.

(135) Entre los autores que han dirigido severas críticas contra dichas Reglas merece mención especial Henry MAUDSLEY, para quien el “*test McNaghten* se basaba en una observación de lo injusto y en una auto-observación psicológica llevada a cabo por tipos mentalmente sanos” (SCOTT, Peter.: *Pioneers in Criminology. XI Henry Maudsley*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 46 [1956], 663). Algo muy similar a la observación de MAUDSLEY se encierra en la *teoría de la resignación*, de M. E. MAYER (DUKOR, Benno.: *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en *R. P. S.*, 66, 4 [1951], 418).

(136) Se han apuntado varias razones como causas principales de la supervivencia secular de tan ancestrales reglas en el Reino Unido y en U. S. A. [(donde coexisten, además, con el llamado *test de Durham*, concebido para colmar sus lagunas e incluir la exigencia de nexo causal entre la deficiencia mental y el acto delictivo, así como expresar los conceptos del llamado “*mental defect*” (defecto mental) y del “*mental disease*” (perturbación psíquica) (*Vide*, a este respecto: HALL, Jerome.: *General Principles of Criminal Law*, 2.ª ed., New York, 1960, 500 ss.)]: a) En primer término, el conservadurismo inherente a toda evolución legislativa; b) En segundo, el gran prestigio y autoridada de las personas que las emitieron, pues, se trata, en definitiva, de resoluciones otorgadas, a instancia de la Cámara de los Lores, por 14 de los 15 jueces más importantes de Inglaterra, en 1843; c) En tercero, los resultados nocivos y, a veces, manifiestamente injustos a que conducían en la práctica fueron, sin embargo, paliados mediante la adopción de medidas de naturaleza procesal, como, por ejemplo, la adscripción de peritos psiquiátricos al tribunal, el internamiento del inculcado en un hospital para ser sometido a observación en los casos en que la defensa alegue demencia y, en U. S. A., la denominada *Briggs Law*, que lleva el nombre del autor de su propuesta, el doctor Vernon Briggs, de Boston (*Vide*, OVERHOLSER, Winifred.: *Two Years' Experience with the Briggs Law (1928-1930) of Massachusetts*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 23 (1932), 415 ss.; EL MISMO: *The Briggs Law of Massachusetts: A Review and an Appraisal*, en *Ibidem*, 25 (1935), 859 ss., esp. 860 y 861), encaminada a establecer como norma el examen pericial psiquiátrico de todo individuo acusado de un delito que esté conminado con la pena capital o de cualquier otra persona acusada o convicta repetidas veces por cualquier otro delito; de modo que, en tales casos, el Tribunal debe dar noticia de ello al Departamento de Enfermedades Mentales, que, a su vez, ordenará el examen psiquiátrico de la persona en cuestión, con vistas a determinar su estado psíquico y los posibles efectos que de éste pueden derivarse acerca de su responsabilidad criminal (*Vide*: HARNO, A.: *Some Significant Developments in Criminal Law and Procedures in the last Century*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 42 [1951], 427 ss., en esp. 434); el citado examen se realiza por expertos psiquiátricos neutrales, seleccionados de un departamento del gobierno, previamente a que

a engaño; pues, si bien la sección psiquiátrica de la *Royal Society of Medicine* argüía, en una sesión sobre la responsabilidad criminal celebrada en la Sociedad de Medicina Legal el día 11 de diciembre de 1951, que “la opinión general era que las *Reglas McNaghten* no podrían ser mejoradas...”, constataba, de otro lado, que el logro de los ideales de justicia, en tales casos, era debido no a la aplicación de dichas reglas, sino al buen sentido de los tribunales ingleses (137).

Las llamadas *Reglas McNaghten* —conocidas en el lenguaje técnico-jurídico como *McNaghten Rules test*—, contienen una serie de previsiones legales en orden a determinar la imputabilidad o inimputabilidad en los casos de *insanity* o demencia (138). Mas, todavía se

el fiscal o el juez conozcan la existencia de algún defecto psíquico en la persona objeto de discusión; d) Finalmente, deben señalarse también como posibles causas de tan larga supervivencia la “fuerza mágica” del precedente y la morbosa hostilidad social contra los delincuentes, según señala TILLIM (en *Mental Disorder and Criminal Responsibility*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 41 [1951], 600 ss., esp. 601).

De otro lado, estimo oportuno aclarar que la repercusión de la vida moderna en el estado psíquico de los individuos ha determinado la introducción legislativa en varios estados de la Unión Jack del “*right and wrong test*” [según el cual, es menester la existencia de una perturbación en la conciencia de lo justo y de lo injusto] (WEIHOFEN, H.: *Capacity to appreciate “Wrongfulness” or “Criminality” under the A. L. I. Model Penal Code Test of Mental Responsibility*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 58 (1967), 27 ss., 31)], y del “*irresistible impulse test*” —de aplicación preferente a los psicópatas— (WEIHOFEN, H.: *Insanity as Defense in Criminal Law*, 1933, 15 ss. y GOLDSTEIN, A, S.: *The Insanity Defense*, New Haven, London, 1967).

(137) *Notes of the Year*, en *The Howard Journal*, vol. III (1952), 137.

(138) El término “*insanity*” —equivalente, según hemos apuntado, al de enfermedad mental—, se utiliza aquí para designar a todo delincuente declarado “*insane*” o demente, en conformidad con las reglas citadas. Así, traducimos el término *insanity* por demencia, pero siempre de acuerdo con la calificación conceptual que tal expresión recibe en la legislación y práctica judicial inglesas (*Vide*, en este sentido: EAST, Sir Nordwood: *Medical Aspects of the Criminal Justice Act, 1948*, en *A Symposium on the Criminal Justice Act, 1948*, en *The Journal of Criminal Science*, edit. por L. RADZINOWIC y J. W. C. TURNER, vol. II [1950], 97, nota 1). No debe, en consecuencia, confundirse el concepto “*insanity*” con la denominada “*moral insanity* o *moralische Irresein*” (locura moral), clasificada en la actualidad como psicopatía (los llamados psicópatas desalmados), cuyo concepto antiguo se debe al psiquiatra inglés PRICHARD (antes, lo había utilizado Benjamín RUSH, en 1776), quien lo introdujo en Inglaterra en 1835, a través de su tratado *A Treatise on Insanity and Other Disorders Affecting the Mind*, publicado en idéntica fecha, y para el cual, la *moral insanity* venía a ser “una especie de trastorno mental en el que las funciones intelectivas no están completamente perturbadas, mientras que la perturbación afecta propiamente en todo o en parte a la esfera de la sensibilidad, del carácter o del hábito. Estos casos denotan una extraña perversidad y una degeneración del principio moral; la capacidad de auto-dominio o se ha perdido o está considerablemente disminuida y el individuo es incapaz de conducirse por la vida de un modo decoroso...”. Se trata, en este supuesto, de los individuos denominados “*amorales*” (HENDERSON-BATCHELOR: *Textbook of Psychiatry*, 9.ª ed., London, 1962, 319). Por otra parte, el concepto “*locura moral*” fue introducido en U. S. A. por RAY, autor de *A Treatise on the Medical Jurisprudence of Insanity*, 1838 —libro citado por Cockburn, abogado defensor de McNaghten—. Ello, no obstante, huelga decir —como

deja sentir en la actualidad el peso de sus orígenes históricos. Y es que su título alude a un famoso y discutido caso judicial del que fue protagonista un obrero, Daniel McNaghton, que, afectado, según alegó la defensa, desde hacía largo tiempo por alucinaciones (*delusions*) (139), durante las cuales se veía perseguido por los conservadores, a los cuales consideraba sus enemigos, decidió asesinar a su líder, Sir Robert Peel, pero, por error, mató al secretario privado de éste, Edward Drummond (140). En base, pues, al alegato presentado por la defensa, en el sentido de demencia en el autor en el preciso instante de realizar el acto delictivo, las consultas que el *Lord Chancellor* (*Lord Cancellor*) (141) evacuó con 14 de los 15 jueces ingleses más sobresalientes dieron por resultado las reglas que llevan el nombre del infortunado Daniel McNaghton (142). La defensa tuvo éxito; McNaghton fue declarado “*insane*” (demente), absuelto e internado en un hospital (143). Como se ha dicho anteriormente, dichas reglas siguen además en vigor, aunque, en la mayor parte de las legislaciones nacionales, sustancialmente modificadas.

Las reglas citadas no contienen, pues, ninguna previsión sobre la imputabilidad disminuida, por cuanto ha sido ésta una institución desconocida por completo en el Derecho penal inglés (144) hasta la promulgación y entrada en vigor del *Homicide Act de 1957* (145), el cual

apunta, con razón, KALLWASS (en *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 22, nota 87)—, que la “*moral insanity*”, como fenómeno, no existe. En este sentido, agudamente observaba NIETZSCHE: “no hay fenómenos morales, no hay más interpretaciones morales de los fenómenos” (en *Más allá del bien y del mal*, Obr. Completas, ed., Aguilar, vol. III, 1965, n. 108).

(139) He traducido el término “*delusions*” por alucinaciones, aunque, a decir verdad, también sería apropiado el de “delirios”.

(140) *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 18.^a ed., por J. W. C. Turner, 1962, § 53, 77 ss.; CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 5.^a ed., 1964, 57 ss.; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 3.^a ed., London, 1963, 165 ss.; SCOTT, P.: *Ob. cit.*, 761; HARNO, A. Jr.: *Ob. cit.*, 424; TILLIM, Sidney J.: *Ob. cit.*, 601 ss.

(141) El Lord Canciller, además de ser presidente de la Cámara de los Lores, ocupa el más alto puesto en la Cancillería del Tribunal Supremo.

(142) McNaghton fue internado en el hospital de Bethlem (unido al que ahora lleva el nombre de Maudsley), donde permaneció solitario, retirado y enemigo de entablar conversaciones (*Vide*, SCOTT, P.: *Ob. cit.*, 761).

(143) Después de ser declarado demente por el *Central Criminal Court*, fue llevado, a la edad de 29 años —el día 13 de marzo de 1843—, al Hospital de Bethlem, de donde, 21 años más tarde, sería trasladado al de Bradmoor (*Vide*, SCOTT, P.: *Ob. cit.*, 761).

(144) HONIG, F.: *Zur neueren Judikatur des englischen Straf- und Strafprozessrechts*, en R. P. S., 66 (1951), 333 ss., en esp. 337 s.; HELDMANN, H.-H.: *Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit in rechtsvergleichender Darstellung, unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und des englischen Rechts*, Freiburger Diss., 1956.

(145) *El Criminal Bill* se convirtió en *Act* en el mes de marzo de 1957. *Vide*, ARMITAGE: *The Homicide Act, 1957*, en *Cambridge Law Journal*, 1957, 183 ss.; CRISTOPHER, H.: *The Homicide Act (The first thorough examination of how the Homicide Act has been working in practice)*, London, 1964; CROSS and JONES: *Introduction to Criminal Law*, London, 1964,

ha supuesto, según destaca HALL WILLIAMS, “la posibilidad de construir una imputabilidad disminuida, sin afectar al contenido de las Reglas McNaghten...” (146), al introducir en la legislación inglesa el concepto de la “responsabilidad disminuida” (*diminished responsibility*). Mas, antes de proseguir, creo conveniente hacer algunas aclaraciones en torno a dicho concepto, puesto que su origen (147), contenido, alcance y finalidad son distintos de aquellos que los sistemas encuadrados en el Derecho penal de la culpabilidad atribuyen a la imputabilidad disminuida.

5.ª ed., 62 ss.; ELLIOT: *The Homicide Act, 1957*, en *Criminal Law Rev.*, 1957, 282 ss.; FISHER, Field: *The Homicide Bill*, en *F. J.* 106 (1956), 788 ss.; GIBSON, E. y KLEIN, S.: *Murder. A Home Office Research Unit Report. Her Majesty's Stationery Office*, London, 1961; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 3.ª ed., London, 1963, 202 ss.; GLANVILLE, W.: *The Working of the Homicide Act. The Howard League for Penal Reform*, London, 1961; HALL WILLIAMS, J.: *The Homicide Bill*, en *Howard Journal*, 1957, 285 ss.; EL MISMO: *Legislation: The Homicide Act, 1957*, en *Modern Law Rev.*, 20 (1957), 381 ss.; HELDMANN, H.-H.: *Der Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 71 (1959), 314 ss.; EL MISMO: *Zur Entwicklung des englischen Strafrechts nach dem Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 78 (1966), 376 ss.; HUGHE, Graham: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 521 ss.; PREVEZER: *The English Homicide Act: A New Attempt to Revise the Law of Murder*, en *Colum. Law Rev.*, 57 (1957), 624 ss.; SPARKS, R.: *Diminished Responsibility in Theory and Practice*, en *Modern Law Rev.* 27 (1964), 31-32; SMITH, T. B.: *Diminished Responsibility*, en *Criminal Law Rev.*, 1957, 354 ss.; TUTTLE, E. O.: *The Crusade against Capital Punishment in Great Britain*, con un Apéndice de J. E. HALL WILLIAMS sobre *Developments since The Homicide Act, 1957*, London, 1961; WALKER, Nigel: *Crime and Punishment in Britain*, 1965, 279 ss.; Lady WOOTTON: *Diminished Responsibility: A Layman's view*, en *Law Quarterly Rev.*, 76 (1960), 224 ss.; MARC, G.: *L'homicide en droit anglais depuis la loi de 1957*, Paris, 1966; HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility*, 1968, 57 ss.

(146) HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England and Wales*, en *R. P. S.*, 84 (1968), 28.

(147) Los juristas ingleses, en su mayoría, reconocen que los tribunales escoceses han aplicado, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, la doctrina de la “*diminished responsibility*”, si bien con un sentido más flexible y de mayor amplitud, debido quizá a su origen marcadamente judicial, pues se aplicaban con validez general, es decir, no ciñéndose, como sucede con el *English Homicide Act de 1957*, únicamente a los supuestos de *murder* (asesinato). En contra, cabe alegar en favor de la legislación inglesa que ésta incluye a las psicopatías, lo que no hacen, en cambio, los tribunales de Escocia, que únicamente aplican dicha doctrina en los casos límite (“*borderline cases*”) (HUGHE, G.: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 536 s.; CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 5.ª ed., 1964, 62 ss.).

Por otra parte, se han señalado, con validez parcial tan sólo, orígenes o antecedentes de tal doctrina en la legislación inglesa; así HELDMANN cita (en *Der Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 71 [1959], 320), el *Infanticide Act de 1938* —que atribuía eficacia atenuatoria a las perturbaciones psíquicas originadas por el parto, el puerperio o la lactancia—, y algún otro caso que, sin ser, ciertamente, de homicidio o asesinato, recibía similar consideración atenuatoria en el *Mental Deficiency Act de 1913* (Sobre la doctrina escocesa, *vide*, SMITH, T. B.: *Diminished Responsibility*, en *Criminal Law Rev.*, 1957, 354 ss.).

Así pues, a partir del *Criminal Lunatics Act de 1800* (148), el veredicto que solía pronunciarse en los supuestos de enfermedad mental, tanto completa como incompleta, era pura y simplemente el de “no culpable” (*not guilty*). En tales casos, el *Act* referido facultaba a los tribunales para proceder a la detención, procesamiento y absolución por el jurado del acusado, en base a la constatación de la existencia en él de una enfermedad mental y a su apreciación jurídico-penal (149). Sin embargo, la ley de 1800 sólo era aplicable a los delitos más graves (*felonies*) (150), por lo que, después de casi un siglo de vigencia, fue, al fin, reformada por el *Trial of Lunatics Act de 1883* (151), el cual amplió en forma considerable tales atribuciones a los delitos menos graves (*misdemeanours*), disponiendo, de otro lado, en su sección 2.ª, párrafo 1.º, que “en los supuestos de demencia incompleta el veredicto habría de ser “culpable de la acción u omisión imputadas, pero enfermo mental en el momento de ejecutarlas...”; “extraña y sorprendente declaración de culpabilidad” —afirma HONIG (152)—, que ha sido utilizada hasta época reciente, cuando, en los casos de anormalidad psíquica parcial o incompleta, se aplicaban las *Reglas McNaghten* [(esto es, cuando la defensa, por considerarlo innecesario o imposible, no acudía a la aplicación de la doctrina de la *responsabilidad disminuida* (153)], las cuales daban lugar a una orden

(148) CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 5.ª ed., 1964, con un Apéndice sobre la reforma legislativa introducida por el *Criminal Justice Act de 1967*, 59; PREVEZER: *Fitness to Plead and The Criminal Lunatics Act, 1800*, en *Criminal Law Rev.*, 1958, 444 ss.

(149) Hasta la entrada en vigor del *Criminal Justice Act de 1948* no podían los jueces emitir una “reception order” de internamiento en un hospital, siendo preciso un “proceso de certificación”. En la actualidad las “hospital orders” y su procedimiento están reguladas en la sección 60 del *Mental Health Act de 1959* (Vide, WALKER, Nigel: *Crime and Punishment. The Penal System in Theory, Law and Practice in Britain*, 1966, 268 ss.; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 1963, 165).

(150) La distinción —devida originalmente a consideraciones de gravedad y, modernamente, a razones de carácter procesal— entre *felonies* (crímenes más graves) y *misdemeanours* (delitos menos graves) ha sido definitivamente abolida por el *Criminal Law Act de 1967*, sustituyéndola por la de “arrestable offences” —infracciones con pena de 5 ó más años de prisión—, y “non-arrestable offences” —delitos con pena inferior a los cinco años— (Vide, a este respecto: ROYDHOUSE, E.: *The Criminal Law and Criminal Justice Acts 1967*, Londres, 1968; DAVIES, P.: *The Criminal Act 1967*, en *The British Journal of Criminology*, vol. 8 (1968), 88 s.

(151) CROSS AND JONES: *Ob. cit., loc. cit.*; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 1963, 165; GRIEW: *Diminished Responsibility and the Trial of Lunatics Act 1883*, en *Criminal Law Rev.*, 1958, 521 ss. HUGHE, G.: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 527; WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 275 s. En 1883, se cambia, pues, el veredicto tradicional desde 1800 (*guilty by reason of insanity*) por el de “*guilty, but insane*”, mas sin producir alteración alguna en los efectos prácticos del veredicto.

(152) HONIG, H.: *Zur neueren Judikatur des englischen Straf- und Strafprozessrechts*, en *R. P. S.*, 66 (1951), 337.

(153) Con la entrada en vigor del *Homicide Act de 1957* se produjo una disminución considerable de casos enjuiciados con arreglo a las antiguas reglas. Así, en 1965, sólo hubo 4 casos en que se aplicaron las Reglas McNaghten,

de internamiento en un hospital (*criminal asylum*) para delincuentes anormales [(*psychiatric offenders* (154))] por un período de larga duración o de por vida, perspectiva no muy halagüeña y que, según veremos, ha pesado lo suyo en las motivaciones que dieron lugar al *Homicide Act de 1957*. Sin embargo, la ausencia total de lógica en tal decisión determinó que la sección 1.^a del *Criminal Law Procedures (Insanity) Act de 1964* dispusiese, en el sentido propuesto por la Comisión de Reforma del Derecho penal, la sustitución de la antigua fórmula de “culpable, pero demente” (*guilty, but insane*) por la más racional de “no culpable a causa de una enfermedad mental” (*not guilty by reason of insanity*) (155).

Por consiguiente, la introducción de la doctrina de la *responsabilidad disminuida* (156) en el Derecho inglés se debe principalmente a los esfuerzos realizados por la *Royal Commission on Capital Punishment* —de cuya magnífica labor es exponente el informe publicado en 1953 (157)—, en el sentido de examinar las posibilidades de revisión del tipo legal del asesinato (*murder*) (158), a fin de limitar los

frente a los 47 casos de responsabilidad disminuida, cuyas ventajas son indudables (CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 1964, 62, reformada por el Apéndice). Ello no obstante, estos datos adquieren un valor mayor, si se observa que, en esencia, sólo puede acudirse a las reglas de la responsabilidad disminuida en los supuestos de asesinato (*murder*); criterio que implica una considerable restricción en la esfera de aplicación de dichas reglas (HUGHE, G.: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 527 y HELDMANN, H. H.: *Zur Entwicklung des englischen Strafrechts nach dem Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 78 [1966], 376 ss.).

(154) El término anglosajón “*psychiatric offenders*” suele emplearse para designar aquellos sujetos que están cumpliendo una medida de internamiento en un “*mental or psychiatric hospital*”, con independencia del régimen que éste posea, a consecuencia de haber sido declarados “*not guilty by reason of insanity*” (MORROW, W. y PETERSON, D. B.: *Follow-up of Discharged Psychiatric Offenders - “Not guilty by reason of Insanity” and “Criminal Sexual Psychopaths”*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 57 [1966], 31).

(155) CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 5.^a ed., 1964, 60; WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 275 ss.

(156) Aunque he preferido traducir literalmente el término “*diminished responsibility*” por responsabilidad disminuida, creo, no obstante, necesario aclarar que la ley inglesa alude, en tal supuesto, a la imputabilidad disminuida, según se deduce del tenor literal del párrafo 1.^o de la sección 2.^a del *Homicide Act*, que habla de “...*substantially impaired his mental responsibility*...” (tener considerablemente disminuida su “imputabilidad”), como capacidad de imputación para responder de sus propios actos o, en suma, como capacidad para ser culpable, en el sentido de la expresión germánica “*verminderte Zurechnungsfähigkeit*” (imputabilidad disminuida). *Vide*, en el sentido del texto: HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 (1968), 28; HELDMANN, H. H.: *Der Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 71 (1959), 320 ss.; EL MISMO: *Zur Entwicklung des englischen Strafrechts nach dem Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 78 (1966), 382 ss.; HUGHE, G.: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 526 ss.

(157) *Report of the Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953*. HELDMANN, H. H.: *Die Todesstrafe in England*, en *ZStW*, 67 (1955), 518 ss.

(158) Con anterioridad a la entrada en vigor del *Homicide Act de 1957*, la rúbrica de *Homicide* agrupaba una división bipartita: de un lado, el *murder* (asesinato), y de otro, el *manslaughter* (homicidio) (*vide*, HONIG, F.: *Zur*

casos de aplicación de la pena de muerte, “en tanto no se llegue a su total abolición”; por lo que el *Homicide Act de 1957* ha sido considerado, con razón, por retencionistas y abolicionistas como “una mera solución de compromiso a todas luces insatisfactoria” (159).

Ahora bien, la doctrina de la “*diminished responsibility*” contenida en el *Homicide Act* es diversa de la de la *insanity* regulada en las *McNaghten Rules* (160); razón por la que el *Act* referido no ha afectado, en el aspecto material (161), a las viejas reglas, sino que,

neueren Judikatur des englischen Straf- und Strafprozessrechts, en *R. P. S.*, 66 [1951], 340 y 341). El término *murder* fue utilizado originariamente para designar “una muerte secreta” (con *malice aforethought* o malicia premeditada). Este elemento es fundamental, pues, desde los días de los Tudor, ha servido para distinguir el *unclergyable capital felony of murder* —[que no es otra cosa que un crimen felón de suma gravedad, por lo que no es susceptible de acogerse al denominado *benefit of clergy* (vide, HOLDSWORTH, W. S.: *A History English Law*, 3.ª ed., 1923, vol. III, 294 s.; KENNY, C. S.: *Outlines of Criminal Law*, 15.ª ed., rev. por G. Philipps, 1936, donde se expone su reglamentación a partir de la Edad Media hasta su derogación, en Inglaterra, por una ley promulgada en 1872; WHITE, E. J.: *Benefit of Clergy*, en *American Law Review*, 46 (1912), 78 ss.; GRINNELL, F.: *Probation as an Orthodox Common Law Practice*, en *Massachusetts Law Quarterly*, 2 (1917), 595 ss.)—, de otras formas de homicidio de menor culpabilidad, como el *manslaughter*, que era un crimen *clergyable*, susceptible de beneficiarse de aquella institución. Mas, a partir de la reforma de 1957, la rúbrica de *Homicide* acogió una división tripartita: el *murder* [(delito para el que la pena fijada por la ley es normalmente la prisión de por vida (sección 9, 1, del *Homicide Act de 1957*), y que consiste en una “*unlawful killing with malice aforethought*”, es decir, una muerte producida, sin que medie causa de justificación alguna, mediando premeditación y malicia en el autor], el *manslaughter* [delito que consiste en una “*unlawful killing without malice*”, una muerte sin justificación producida voluntaria o involuntariamente (intencionada o inintencionadamente), pero sin que haya intervenido malicia. El *manslaughter* puede ser cometido por una persona afectada de *diminished responsibility*, que, en otro caso, sería juzgada por *murder*; o también por una persona que haya pactado suicidio con otra, resultando de ello la muerte de esta última, etc., en cuyo caso, la penalidad asignada para estos dos supuestos no es la prisión de por vida, sino que se deja al arbitrio del juez, el cual podrá imponer una pena privativa de libertad de duración mucho menor, una multa, la *conditional discharge* seguida o no de una *probation order*, el sobreseimiento absoluto o *unconditional discharge*, etcétera...] y el *capital murder*, tipo agravado del asesinato en los cinco casos especificados por la sección 5.ª del *Homicide Act de 1957*, en que había de imponerse indefectiblemente la pena de muerte, que fue, primero, declarada en suspenso por el *Murder (Abolition of Death Penalty) Act de 1965* hasta 1970, y que, en este año, ha sido abolida definitivamente (art. 1.º) (CROSS AND JONES: *Introduction...*, 133 ss., 143).

(159) Puesto que, si bien su finalidad era reducir los casos en que podía aplicarse la pena de muerte —a disgusto de los partidarios de su retención—, dejaba, sin embargo, en vigor dicha penalidad para cuatro casos: traición *capital and repeated murder*, piratería con violencia e incendio de los buques de la corona —con el pesar de los abolicionistas (HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility*, 1968, 56).

(160) Reglas “que no habían progresado desde la época (1874) en que Lord Bramwell se vio obligado a admitir que “nadie está lo suficientemente loco como para caer dentro de ellas” (HUGHE, G.: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 [1959], 526).

(161) Esta era la opinión del Fiscal General, expresada durante los debates

antes bien, ha venido a colmar sus lagunas y a ser, en definitiva, una *doctrina suplementaria* de aquélla. Y ello, por dos razones fundamentales:

En primer término, la diferencia existente entre ambas doctrinas desde el punto de vista dogmático resulta obvia, por cuanto, mientras la *insanity* es una causa de exclusión de la culpabilidad que, en consecuencia, da lugar a una declaración absolutoria (*not guilty by reason of insanity*), la *diminished responsibility* es, en cambio, una mera causa que atenúa la culpabilidad, si bien opera en el marco del derecho procesal penal (162). En este sentido, la sección 2.^a, párrafo 1.^o, del *Homicide Act*, dispone que quien mate a una persona o tome parte en la muerte de otra —concurriendo, por supuesto, premeditación y malicia—, no será cómplice por asesinato (*murder*), sino únicamente por homicidio (*manslaughter*), si era en un cierto grado —menor, desde luego, que el requerido por las Reglas McNaghten para exculpar totalmente—, psíquicamente anormal, a causa de un desarrollo mental retrasado o defectuoso, o de una enfermedad o lesión, de modo que su imputabilidad estaba considerablemente disminuida para llevar a cabo su acción u omisión o para tomar parte en la de otro (163). No se trata, por consiguiente, de conseguir en tales casos una declaración exculpatoria, sino tan solo de lograr la reducción del cargo de asesinato al de homicidio.

En segundo —y aquí inciden precisamente razones de carácter utilitario—, con tal reducción se logra que, en lugar de imponerse indefectiblemente la pena de prisión perpetua —única alternativa que ha dejado ahora la abolición de la pena de muerte (164)—, se deje en manos del arbitrio judicial la tarea de fijar la penalidad; pudiendo

mantenidos en la Cámara de los Comunes, al subrayar que, en el aspecto procesal, no creía que nadie que estuviese en situación de acudir a las reglas de la responsabilidad disminuida no lo hiciera, acogiéndose, en cambio, a las *McNaghten Rules* (HUGHE, G.: *Ob. cit.*, 527).

(162) CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 1964, 62 y 63; WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 279 ss.

(163) La sección 2.^a del *Homicide Act de 1957* dice textualmente: "...he shall not be convicted of murder if he was suffering from such abnormality of mind..., as substantially impaired his mental responsibility for his acts and omissions..." (HUGHE, G.: *Ob. cit.*, 525).

(164) HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England un Wales*, en *R. P. S.*, 84 (1968), 28 y 29. Ahora, en caso de asesinato, se aplica la pena de prisión perpetua, sobre cuya *duración efectiva* se ha polemizado mucho en Gran Bretaña, por cuanto, a los nueve años de prisión solía concederse el indulto o perdón. A partir de 1965, la prisión perpetua sólo está prevista para el *murder*; pero, por vez primera en la historia de Inglaterra, la ley permite al juez sentenciador pronunciarse, en una recomendación dirigida al Ministerio del Interior (Home Office), sobre cuánto tiempo, según su opinión, deberá transcurrir, antes de que el citado Ministerio decrete la libertad del preso, como solía hacer anteriormente a los nueve años. Debemos advertir, sin embargo, que dicha recomendación judicial no obliga al Ministerio, máxime, cuando éste ha sopesado mucho el efecto que producirían, en caso de hacerse efectivas, algunas recomendaciones judiciales en las que se solicitaban plazos de hasta 25 años.

el tribunal, en consecuencia, imponer una penalidad *in concreto* que puede variar de la prisión de por vida a un periodo de prisión de duración mucho menor —solución muy frecuente en este supuesto—, pasando por una multa, la suspensión condicionada del pronunciamiento formal de la condena o *conditional discharge*, seguida o no de una *probation order* (165), el sobreseimiento absoluto o *absolute discharge* (mejor, *unconditional discharge*) —que no equivale exactamente a nuestro sobreseimiento (166)—, con arreglo a lo dispuesto en el *Criminal Justice Act de 1948*, o también una orden de vigilancia o tutela (*guardianship*), o una *hospital order*, con o sin restricción.

(165) A excepción de aquellos delitos cuya penalidad está expresamente fijada por la ley, un tribunal puede, en consideración a las circunstancias y naturaleza del hecho, a la personalidad del autor y previendo que no resultaría adecuado imponerle una pena privativa de libertad, ni una *probation order*, suspender el pronunciamiento formal de la condena —*upon conviction*—, bajo condición de que en el plazo de tres años no cometa un nuevo delito. Cumplida dicha condición, se produce el sobreseimiento (*order for conditional discharge*) (sección 7 del *Criminal Justice Act, 1948*). Claro está que, en base a consideraciones similares, mas, previendo que el delincuente precisa de asistencia, puede el tribunal imponerle (sección 3) una *probation order* u orden de sometimiento al régimen de prueba, donde, además de no cometer nuevos delitos en el período de prueba (de 12 meses a 3 años), se le exige el cumplir determinadas condiciones, a las que, previamente, deberá prestar su consentimiento y cuya infracción puede acarrear al inculpado un nuevo proceso. Además, la *probation order* implica el someterse a la vigilancia de un *probation officer* u oficial de prueba. Las condiciones o requisitos inherentes a dicha orden vienen regulados en la sección 4 del referido *Act* y en la sección 60 del *Mental Health Act de 1959*, en lo que hace referencia al tratamiento psicoterapéutico.

(166) La *absolutely discharged* o *absolute discharge* —término que se presta a equívocos, pero que no debe confundirse en ningún caso con el *acquittal* o absolución, razón por la cual lo correcto sería hablar de *unconditional discharge*—, implica, al igual que la *conditional discharge*, la suspensión del pronunciamiento formal de la condena (*upon conviction*), pero se diferencia de esta última en que el sobreseimiento o *discharge* se realiza sin ningún tipo de condición, es decir, es *unconditional* (no es menester esperar a que se cumplan las condiciones para que tenga lugar el sobreseimiento definitivo), por lo que si el inculpado comete un nuevo delito, no será procesado por el delito primitivo —aunque subsista la responsabilidad civil derivada de éste último—, cuya *conviction* podrá, no obstante, ser tomada en consideración por el tribunal, a efectos de fijar la penalidad correspondiente al segundo delito (sección 7). En resumen, el término *absolutely discharged* o *absolute discharge* se usa cuando se trata de un sobreseimiento pronunciado —dice la cláusula 7 (1) del *Criminal Justice Bill* que se convirtió en el *Act de 1948*—, bajo el *Probation of Offenders Act*, distinguiéndose así del *discharged* habitual (Vide. *Criminal Justice Bill*, en *The Howard Journal*, VII [1947/48], 181 ss.).

Un ejemplo demostrativo de la distinción entre el *Absolute Discharge* y el sobreseimiento absoluto se halla en el caso siguiente: El ministro metodista de Brighton mostró a sus fieles desde el púlpito un frasco de cristal conteniendo drogas, con el fin de demostrar cuán fácil era su adquisición. A consecuencia de tal hecho, fue convicto en 1967 por posesión ilegal de "*cannabis*", pero fue sobreseído sin condiciones (*absolutely discharged*). En junio de 1969, el secretario del Interior recomendó un *perdón* sin condiciones "como un acto de clemencia excepcional" (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, London, 278, nota 2).

de libertad, en virtud de lo dispuesto en la sección 60 del *Mental Health Act de 1959* (167).

Sin embargo, y pese a haber sido considerada dicha doctrina como una mejora importante en el marco del Derecho penal inglés —debe observarse que de 1957 a 1961 fueron definitivamente condenados por el cargo de *manslaughter* del 20 al 25 por 100 de todos los procesados por el cargo de *murder*, al apreciarse en ellos la existencia de una imputabilidad disminuida (168)—, hay que reconocer, ello no obstante, que las reglas de la responsabilidad disminuida, si bien evitan que prosiga una cierta impunidad que venía dándose necesariamente bajo la vigencia de las *Reglas McNaghten* (169), adolecen, empero, en el fondo de un exceso de utilitarismo, al venir limitada su aplicación a los supuestos fácticos que caen dentro del tipo legal (*rule of law*) del *murder*; puesto que, a fin de economizar al máximo la pena de prisión a perpetuidad, solamente se tomaron en consideración los tipos legales que revestían una mayor gravedad, dejando fuera —al contrario de lo que sucede en la práctica judicial escocesa—, a casos que, aunque de menor gravedad, encajarían perfectamente en la susodicha doctrina (170).

Ahora bien, dejando a un lado las críticas que desde el punto de vista de política criminal podrían dirigirse al *Homicide Act de 1957*, conviene señalar que, a diferencia de la doctrina escocesa, aplicable tan solo a los “*borderline cases*” (casos límite), la inglesa incluye en su ámbito de aplicación a las personalidades psicopáticas (171), para lo cual, la ambigüedad de la fórmula “anormalidad psíquica o mental” contenida en la sección 2.^a del *Homicide Act* está muy en la línea de las modernas direcciones psiquiátricas y legales. Mas, la jurisprudencia inglesa —portadora de un buen sentido común—, ha advertido a tiempo los peligros que encierra la vaguedad de tal fórmula, sentando así el buen criterio de que, en este punto, deberá procederse siempre “*caso a caso*” (172).

(167) *Vide infra*, 362 ss.

(168) GIBSON-KLEIN: *Murder. A Home Office Research Unit Report*, London, 1961, 10.

(169) Una impunidad que, por otra parte, venía a ser fatal para el reo, pues, una vez internado por demente, su internamiento equivalía a una prisión de por vida (HUGH, G.: *The English Homicide Act of 1957*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 [1959], 527). Ello, aparte de que, desde todos los puntos de vista, sale mucho más beneficiado el acusado que se acoge a la doctrina de la “*diminished responsibility*”.

(170) SMITH, T. B.: *Diminished Responsibility*, en *Criminal Law Rev.*, 1957, 354 ss.; WALKER, N.: *Crime and Punishment*, 1966, 279, 280.

(171) A partir del caso BYRNE, psicópata sexual que había estrangulado a una muchacha y mutilado su cuerpo (*Vide*, CROSS AND JONES: *Introduction*, 1964, 63 y 64).

(172) HELDMANN, H.-H.: *Zur Entwicklung des englischen Strafrechts nach dem Homicide Act, 1957*, en *ZStW*, 78 (1966), 383.

III. PROBLEMATICA DEL PRINCIPIO: "IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EQUIVALE A PENA DISMINUIDA"

La cuestión de la responsabilidad jurídico-penal y de la sanción aplicable a los psicópatas ha sido muy controvertida en la ciencia del Derecho penal y en la psiquiátrica, aunque, hoy en día, la mayor parte de los psiquiatras abogan por infligir a tales sujetos el castigo o internamiento usuales (173). Por consiguiente, según advertía ALIMENA (174), "no se trata aquí ya de dudar que entre la razón y la locura existe una zona intermedia, sino que se duda tan solo si la semi-responsabilidad tiene razón de existir por los *finés* y *medios* de la penalidad". En fin, no se discute en la actualidad si las personalidades psicopáticas deben ser penadas, sino únicamente el *quantum* y la *qualitas* de la sanción (175).

1. Así pues, en lo tocante al *aspecto cuantitativo* de la pena, es preciso observar que, si en el Derecho penal de la culpabilidad imputabilidad disminuida significa necesariamente culpabilidad disminuida, ello ha de expresarse en el marco de una ley penal fundada en el principio "no hay pena sin culpabilidad"; viniendo de este modo, la culpabilidad a constituir la medida de la pena (176). Por tanto, imputabilidad disminuida habrá de significar forzosamente penalidad disminuida, procediendo, en este caso, la imposición *obligatoria* de una pena atenuada (177), tal y como propone el Proyecto Alternativo alemán (178). En este sentido, en el marco de nuestro Código penal,

(173) GRAHAM, James: *What to Do with the Psychopath?*, en *J. CRIM, L. C. & P. S.*, 53 (1962), 450. No han faltado, además, autores que, comprendiendo en el término "capaces de delito disminuidos" (*geminderte Deliktsfähigen*) no sólo a los sujetos afectados por perturbaciones de carácter patológico, sino también por cualesquiera otra perturbación que pudiera afectar a la imputabilidad, hayan sostenido que el Derecho penal no debería ocuparse de estos casos, porque, en ellos, la pena carece de sentido. (Vide, FINGER: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 1904, 209 ss.). Sin embargo, el hecho de que subsista la responsabilidad civil dimanante de delito y consideraciones de protección social (orden público) son otras tantas razones que hablan en favor de la competencia del Derecho penal en estos supuestos.

(174) ALIMENA, B.: *I Limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1894, t. I, 95 ss.

(175) Según queda dicho, empleamos aquí el término sanción en un sentido comprensivo de pena y medida, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

(176) MERGEN, A.: *Die Antwort der Gesellschaft auf Das Verbrechen*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, 1967, 48; BAUMANN, J.: *Die Reform des Allgemeines Teils eines Strafgesetzbuches*, en *Ibidem*, 60 y 61.

(177) Se han mostrado partidarios de la atenuación obligatoria: OETKER (en *MittIKV*, XII, 60), von OVERBECK (en *Zur Frage der verminderten Z.* en *R. P. S.*, 40 [1927], 49 ss.), von LISZT (en *Entwurf des StGB betreffend die Verwahrung gemeingefährlichen Geisteskranker und vermindert Zurechnungsfähiger*, en *MittIKV*, XI (1904), 640, y en *ZStW*, XXX, 250 ss.). Sobre la problemática que plantea el parágrafo 51, 2.º, del StGB alemán, vide: SPENDEL, G.: § 51 Abs. 2 StGB und das Problem der Strafzumessung, en *NJW*, 1956, 775 ss.

(178) Parágrafo 22 del *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2.ª ed., 1969, 60 s. Frente a dicha atenuación obligatoria, los §§ 25 del

la pena se atenúa obligatoriamente (179), una vez apreciada y declarada la eximente incompleta de enfermedad mental o trastorno mental transitorio, si bien, este último supuesto plantea graves problemas de deslinde para con los supuestos de semi-enfermedad basados en la duración o intensidad del síndrome (180).

El problema de la procedencia e improcedencia, en tales supuestos, de una atenuación de la pena fue puesto de relieve por KAHL (181), para el cual, desde el punto de vista retributivo, la atenuación obligatoria de la pena aparecía como necesaria (182), objetándose, en contra, que el *derecho* a una pena más benigna podría llevar consigo, de un lado, el empeoramiento en la salud de los afectados, y, de otro, la puesta en peligro de la seguridad colectiva. De ahí que tampoco hayan faltado voces pronunciándose en favor de una atenuación facultativa (limitada o ilimitada), en base a un asesoramiento médico-

Proyecto de 1962 y del *Sonderausschuss* (Comité especial del Parlamento), prevén una atenuación facultativa.

(179) Véase: art. 9, n. 1.º (en relación con el art. 8, n. 1.º de nuestro Código penal), estableciendo una eximente incompleta, en lugar de una atenuante específica, como hacía el Código de 1928 (art. 65, n. 1.º) (ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal, Parte General*, 1949, 329).

(180) Al venir transformada la fórmula (psiquiátrica pura) del Código penal (art. 8.º, 1.º) por la jurisprudencia en una fórmula mixta, la aplicación de la eximente incompleta del art. 9, n. 1.º, dependerá en todo caso, de la *intensidad* (nunca de la duración, ya que, de ser así, no cabría la posibilidad de distinguir tales casos de los de trastorno mental transitorio), de la perturbación psíquica existente, exigiéndose no sólo la apreciación de que incide un presupuesto biológico, sino también la de un efecto anímico. Por consiguiente, para la *communis opinio*, procede la apreciación de la eximente incompleta del art. 9, n. 1.º, no sólo en los supuestos minuciados de enajenación mental, sino también en los de trastorno mental transitorio, ya que para que se dé la atenuante basta una rebaja gradual de la nota de *intensidad* en la perturbación, sin referencia alguna a la nota de temporalidad (*Vide*, RODRÍGUEZ DE VESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, 1970, 575; CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, 43 ss., esp. 47; EL MISMO: *L'imputabilité diminuée dans le droit pénal espagnol*, en *Rev., inter. de dr. pénal*, 38 [1967], 17 ss., en esp. 23). QUINTANO no admite, por el contrario, que "la eximente del art. 8.º, 1.º, de trastorno mental transitorio no patológico resulte apta para la exención incompleta, aunque —dice— nuestro T. S. la ha aplicado innumerables veces (*Comentarios al Código penal*, 1966, 156). De igual modo, se manifiesta contrario a la atenuante de enajenación mental, en base a considerar "que la adopción de medidas curativas o preventivas indeterminadas..., equivale, claro está, a la perfecta equivalencia entre eximente y atenuante, o lo que es lo mismo, a la tesis de la *indivisi-bilidad* (QUINTANO RIPOLLES, A.: *Estimativa jurisprudencial de las anormalidades mentales*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-1962, 507 ss.).

(181) KAHL: *Strafrechtliche Behandlung der geistig Minderwertigen*, en 27 *DJT*, t. I, 137 ss.

(182) No es correcta la afirmación de que la esencia de la imputabilidad disminuida trastocaría el principio de retribución [(como pretenden los partidarios de la nueva defensa social (MÉRGEN, A.: *Zum Begriff der verminderten Z.*, 1955, 194)], sino más bien todo lo contrario (JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, 1969, 292, nota 37).

psiquiátrico, tal y como proponían EXNER y MITTERMAIER, en 1926 (183).

Asimismo, también desde un punto de vista de política criminal se le han dirigido reproches a la imputabilidad disminuida, “en cuanto demostrativa de la insuficiencia del sistema clásico, puesto que desembocaba en la concesión de circunstancias atenuantes, lo que se traducía prácticamente en un recurso de las penas cortas de prisión, particularmente nocivas en esta materia...” (184). Planteamiento incorrecto, por cuanto destaca únicamente un aspecto —el más negativo— de la cuestión, que de otro lado, va perdiendo validez en la actualidad por el incremento de la aplicación en tales casos del *probation system* y de la condena condicional asistida por medidas de tratamiento psicoterapéutico ambulatorio, lo que supone, en definitiva, un uso menor de las penas cortas privativas de libertad; y, además, un planteamiento tal olvida las enormes ventajas que de una atenuación, tal supuesto, podrían derivarse: v. gr., la no imposición de la pena de muerte (185).

Ello no obstante, consciente de que una atenuación *esquemática* de la pena no nos llevaría al grano del problema, propuso MEZGER una *adecuación* de la pena a la naturaleza genuina de estos delinquentes, es decir: otra pena de índole diversa adecuada a la personalidad del delincuente psicopático.

Y es que, en definitiva, no puede aceptarse, sin más, la tesis de KAHL, según la cual, a veces, los imputables disminuidos reciben la pena como un verdadero mal derivado de su culpabilidad —supuesto éste, en el que la pena sí tendría sentido real y cumpliría su función—, porque ello supondría el reconocimiento *a priori* de la existencia en tales individuos de lo que se ha dado en llamar por la moderna psicología “sentimiento de culpabilidad” —designado también como “proceso inconsciente de culpabilidad” o “complejo de culpa”—, en tanto en cuanto vendría a indicar no sólo un estado de alarma demostrativo de una situación conflictiva entre el Super-ego y el ego, sino que también sería comprensivo de la llamada “culpabilidad moral consciente” que da lugar al remordimiento. Sin embargo, esta tesis no puede aceptarse, porque el que sea propia del hombre una conciencia de libertad no significa ni mucho menos que el que infringe

(183) EXNER, F.: en *Mschkrim Psychol.*, 17 (1926), 365 ss.; MITTERMAIER, W.: *Über Wesen und Mass der Schuld nach dem Entwurf 1925*, en *Mschkrim Psychol.*, 17 (1926), 340.

(184) ANCEL, Marc: *Le code pénal suisse et la politique criminelle moderne*, en *R. P. S.*, 74 (1958), 176 ss.

(185) GOLDSCHMIDT: *Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs*, con un Apéndice de HERR sobre *Strafenwesen und Strafvollzug in den Vereinigten Staaten von Amerika*, en *VDA, Allg. Teil*, IV (1908), 458 ss. Ciertamente, el planteamiento de la bondad o inconveniencia de una atenuante de imputabilidad disminuida depende, en suma, de las posibilidades que ofrezca cada sistema jurídico-penal en particular. *Vide supra*, 320 s.

la ley deba tener siempre un "sentimiento de culpabilidad" (186) y la consiguiente necesidad de expiar su falta (187), ya que para que exista una "conciencia moral de culpa" es menester la integración social previa (188), lo cual sería, por supuesto, imaginable en una sociedad más o menos homogénea y con un alto grado de cohesión o integración social como era la sociedad primitiva (189), en la que el derecho y la moral coinciden (190), pero, no en la sociedad actual, cuya diversidad de sentimientos morales hace inviable el sustentar un criterio de condena o de reprobación moral, del mismo modo que no permite formar un concepto uniforme o universalmente válido del delito sobre una base tal. Por consiguiente, la concepción de una comunidad compacta y homogénea, como presupuesto básico para la condena o reprobación moral, fracasa en relación con el diverso *substratum* ético y espiritual de la actual comunidad (191).

Ello no obstante, podría oponerse a lo dicho hasta ahora la constatación de la existencia de una serie de casos en los que un individuo se declara autor del hecho delictivo o un sujeto siente irreprimibles deseos de ser castigado, por lo que se apresura a "confesar" su delito. Mas, lo cierto es que, en lo que respecta al primer supuesto, el declararse autor de un delito no lleva, en modo alguno, consigo el sentirse culpable (192), y, en lo tocante al segundo, no debe olvidarse que "el problema psicológico realmente extraordinario" de las *con-*

(186) CASTILLA DEL PINO, C.: *La Culpa*, Madrid, 1968, 134 ss., 278 ss.

(187) DUKOR, Benno: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 50.

(188) CASTILLA DEL PINO, C.: *La Culpa*, 1968, 134 s. Estas consideraciones ponen de manifiesto, una vez más, cómo las exigencias de punibilidad derivadas de la seguridad jurídica de la colectividad no deben basarse tan solo en esquemas ideológicos o morales, por cuanto habría entonces que dar luz verde al axioma anarquista "nadie es inocente", o lo que es igual: culpabilidad en la cabeza de todos.

(189) STEINMETZ, S. R.: *Etnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, 2.^a ed., 1928, I, 10 ss.; MALINOWSKI, B.: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1956, 30 ss., 56 ss., 78 ss.

(190) "En una sociedad primitiva el derecho y la moral coinciden, en una sociedad civilizada se da una diferenciación del derecho y de la moral como una diferenciación de la sociedad" (KELSEN, H.: *Sociedad y Naturaleza. Una investigación sociológica*, Ed. Depalma, Buenos Aires, trad., por Jaime PERRIAUX, 1945, 88 ss.). "La existencia social del hombre primitivo —afirma GRAEBNER (en *Das Weltbild der Primitiven*, 1924, 27, cit., por KELSEN)—, es idéntica a su existencia moral."

(191) FULLER: *Morals and the Criminal*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 32 (1942), 624.

(192) DIECKHÖFER, Clemens: *Über einen Fall von grundloser Selbstbeschuldigung*, en *Mschrrkrim.*, 20 (1929), 321 ss.; KJAERGAARD, H. Ch.: *Zur Frage der falschen Selbstbeschuldigung*, en *Mschrrkrim.*, 33 (1942), 150 ss. *Vide* algunas consideraciones sobre el fenómeno de la delación en: CASTILLA DEL PINO, C.: *La Culpa*, 1968, 136 ss.

fesiones (193) tiene, con frecuencia, sus orígenes, más que en la existencia de un sentimiento de culpabilidad, en la amnesia (194).

Concluamos, pues, este apartado, afirmando que, junto a una serie de casos en los que la ausencia del sentimiento de culpabilidad se debe a deficiencias de matiz caracterológico, etc..., un número considerable de delincuentes *reprime* dicho sentimiento, al verse brutalmente coaccionado por la pena; pues, el hombre, en cuanto persona, es un ser "inhibitorio", de modo que el instinto de auto-defensa, de conservación, el amor propio, en suma, se oponen, al menos en las situaciones límite, al sentimiento de culpa (195).

Esto pone de relieve, por otra parte, que el Derecho penal no puede, ni debe perseguir, en su realización práctica, fines inalcanzables, como el ahondar en la "conciencia moral individual" con pretensiones de cambiarla por otra más adecuada con arreglo a determinados criterios de valor, puesto que, en definitiva, "no está a su alcance el actuar de definidor de lo que es moral o inmoral..., debiendo, por tanto, limitarse a regular los comportamientos externos y detenerse ante la intimidad del individuo donde anida la moral" (196); habida cuenta de que el orden social es virtualmente un orden "moral", pero solamente desde el punto de vista de uno u otro de los grupos sociales, esto es: *relativa* y no absolutamente moral (197).

En consecuencia, si admitimos, desde otro prisma, que la necesidad de la pena como protección social no puede hacerse depender de que cumpla realmente su fin en cada caso particular (198), en base a qué criterios podremos exigir a un recluso que, además de "purgar" normalmente su condena, deba tener un sentimiento de culpabilidad...? (199). Así pues, en aras de una necesaria "racionalización del Derecho penal" conviene, más que hablar de si la pena cumple o no sus fines, distinguir, a este respecto, entre autores accesibles a la eficacia de la pena, o, mejor, aptos para su ejecución —por ejemplo, el llamado delincuente político—, sin que exista en

(193) El problema de las confesiones, particularmente en los casos en que de ellas no se deriva beneficio alguno para el confeso, ha sido estudiado por GROSS y MITTERMAYER (*Vide*, GROSS: *Criminal Psychology*, en *Modern Criminal Science Series*, 1918, trad., al inglés por KALLEN, 31 ss.).

(194) El fenómeno ha sido descubierto y estudiado con profundidad por FREUD, en *Das Verbrecher aus Schuldbewusstsein*, en *Gesammelte Schriften*, X, 318 ss. Véase, asimismo: NOTE: *Amnesia: A Case Study in the Limits of Particular Justice*, en *Yale Law J.*, 76 y 77 (1961), 109 y 123.

(195) DUKOR, Benno: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 50 y 51: "En la mayor parte de los autores falta una necesidad de expiación" (51).

(196) RODRÍGUEZ DE VESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1970, 708 en relación con la 354 ss.

(197) KELSEN, H.: *Sociedad y Naturaleza*, 1945, 88 ss.

(198) SCHRÖDER, H.: *Bedingte Verurteilung*, en *NJW*, 1952, 7.

(199) DUKOR, B.: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 50.

ellos la posibilidad “relativamente objetiva” (200) de reforma, y autores no acesibles a la eficacia de la pena, pero sí reformables —v. gr., los psicópatas (201).

2. Habida cuenta, pues, de la insuficiencia, para estos supuestos, encarnada en la simple atenuación de la pena —cuya utilidad es, sin embargo, innegable, sobre todo en aquellos sistemas en que, existiendo un “límite legal” para la concesión de la condena condicional, dicha atenuación sea un medio que permita al autor caer de lleno dentro del límite referido (202)—, la inmensa mayoría de las legislaciones suelen estructurar sus sistemas de punibilidad en base a las ideas de garan-

(200) A la tesis de VON LISZT sobre los delinquentes habituales incorregibles (LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch*, 26 ed., 1932, 12 ss.), objeta NOLL (en *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en R. P. S., 86 [1970], 31 y 32): “Las modernas experiencias de terapéutica criminal realizadas en Dinamarca y en Holanda han mostrado, también, que la llamada capacidad o incapacidad de reforma representa una simple función de lo que se ha invertido en los esfuerzos de resocialización, a la vista de la dificultad congénita u otra condicionada cualquiera en el autor.” Idéntica opinión, en MAUCH, G.: *Psychotherapie an Kriminellen in Holland*, en *Mischkrim.*, 1965, 177 ss.; WIDMER: *Erfahrungen mit sogenannten Psychopathen im dänischen Strafvollzug*, en *Ibidem*, 1963, 145 ss.

(201) STÜRUP, G. K.: *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV, *Allg. Teil*, Bonn, 1958, 181.

(202) Como sucede, por ejemplo, en nuestro Código penal, donde, en virtud de lo dispuesto en el art. 93, será condición indispensable para suspender el cumplimiento de la condena: 3.ª Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa”; o, a título excepcional, el beneficio puede ampliarse a los reos condenados a penas de hasta dos años de duración. Por consiguiente, en ciertos supuestos, podría llegar a llenarse tal requisito, al concurrir una eximente incompleta, por el juego del art. 9, núm. 1, en relación con el 61, 5.ª, que autoriza al Tribunal a imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola según la entidad, etc... Sin embargo, en el caso de la eximente incompleta de enfermedad mental o trastorno mental transitorio, sería de aplicación preceptiva el art. 66, que autoriza también al Tribunal a imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estime pertinente, según la entidad de la circunstancia, número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren. No creo, pues, viable, la acumulación de los efectos atenuatorios de los artículos 61, 5.ª y 66, en este supuesto concreto.

Pero, es que, aparte de la posibilidad de aplicar *motivadamente* la condena condicional, en nuestro caso, deberá aplicarse siempre por *ministerio de la Ley*, “cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código” (art. 94, 1.º); supuesto en el que encaja perfectamente la eximente incompleta del núm. 1.º del art. 9. Sin embargo, así como está claro que, a efectos de conceder la condena condicional *motivadamente*, deben concurrir los requisitos previstos en el artículo 93 (*obligatorios*, en opinión de algunos autores, tanto para la condena condicional motivada como para la legal; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código penal*, 1966, 154 ss., 415 ss.), no lo está tanto si deben ser o no obligatorios en orden a la concesión de la condena condicional por ministerio legal. En este sentido, en Sentencia de 22 de mayo de 1963, el T. S. apreció que no eran obligatorios.

tías jurídicas para el condenado, una eficaz protección de la comunidad —cuestión ésta íntimamente relacionada con la de la peligrosidad del autor y las medidas de internamiento—, ejemplaridad y reinserción social del condenado.

Por lo tanto, salvo rarísimas excepciones (203), lo usual en estos supuestos suele ser añadir a la pena atenuada una medida de seguridad por tiempo indeterminado (204) en función de la peligrosidad del autor (205) y de la protección de la comunidad; si bien tiende hoy la mayoría de las legislaciones, por influjo de los modernos métodos de tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico, a la sustitución total de la pena por la medida (206).

A) PROCEDENCIA DE LA CONDENA CONDICIONAL EN LOS IMPUTABLES DISMINUIDOS

Mayor relevancia posee en la actualidad la posibilidad de conceder a los imputables disminuidos, en especial a los psicópatas, la condena condicional. Sin embargo, no es esta una cuestión cuyo planteamiento en el campo doctrinal sea reciente, aunque lo es, empero, en el legislativo.

Y no deja de resultar curioso que las primeras voces pronunciadas en favor de la aplicación del “beneficio” de la condena condicional a tales sujetos hayan venido de los países que *importaron* la institución, es decir: los europeos, particularmente Alemania, donde CRAMER, IWANOF y HÜBBE, entre otros muchos, propugnaban hacer algún intento o ensayo mediante la suspensión condicionada de la ejecución

(203) Así, no existe en el marco de nuestra legislación penal, ninguna medida de seguridad aplicable a los imputables disminuidos, es decir, a aquellos individuos a quienes se aplica la eximente incompleta del artículo 9, número 1.º; lo cual no ha impedido que voces autorizadas hayan abogado por la adopción de una medida para tales supuestos (*Vide*, ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal. Parte general*, 1949, 330; FERRER SAMA, A.: *Comentarios*, I, 270, suscribiendo la opinión, en idéntico sentido, de ALBERCA). Por el contrario, en virtud del *Decreto de 5 de junio de 1933* se arbitró la posibilidad, hoy inexistente, de ingresar en el *Hospital Psiquiátrico Judicial* (erigido en la antigua *Prisión Central de mujeres de Alcalá de Henares*, una vez trasladadas éstas por Orden de 27 de mayo de 1933), “a los sentenciados con arreglo a la circunstancia 1.ª del artículo 9.º, en relación con la primera del artículo 8.º del Código penal” (art. 2.º, 1).

(204) En la actualidad, casi todas las legislaciones se pronuncian en favor de las medidas de duración indeterminada (véase, *ad exemplum*, art. 1.º de la Ley belga de defensa social de 1 de julio de 1964; STÜRUP, G. K.: *Niederschriften*, IV, 196).

(205) En torno a la peligrosidad *in concreto*, *vide*: STRATENWERTH, G.: *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht*, en *R. P. S.*, 82 (1966), 337 ss.

(206) Dirección que arranca del *Proyecto Ferri* de 1921 y del *Mental Deficiency Act inglés* de 1913. Una visión comparada en HERMANN, Horst: *Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, Bonn, 1954, 201 ss.; Acerca del internamiento en el Derecho penal alemán, *vide*. BAUMANN, J.: *Unterbringungsrecht*, Tübingen, 1966.

de la pena (*bedingte Strafaussetzung*) o por medio del perdón condicionado (*bedingte Begnadigung*) en alguno de los casos límite que caen dentro del concepto de imputabilidad disminuida (207). Mas, de un lado, las voces que se pronunciaron en favor de la aplicación de la condena condicional tenían que provenir necesariamente de países en los que se admitía *de facto* y con visos de sanción legal próxima la denominada imputabilidad disminuida, por cuanto en los sistemas legislativos partidarios de la tesis de la *indivisibilidad*, la lógica jurídica impedía o, cuando menos, dificultaba enormemente su aplicación allí donde se fijaba un “límite legal” en orden a su concesión y faltaba, por añadidura, un régimen de prueba, pues tales individuos venían, a efectos de tratamiento, equiparados a los inimputables, a no ser que normas posteriores estableciesen un tratamiento diferenciado (208). Y, de otro, porque, al requerirse en los supuestos de imputabilidad disminuida una atenuación obligatoria de la pena y concebirse la suspensión condicionada de la misma y el perdón condicionado —que, durante algunas décadas, han recorrido su camino europeo por sendas paralelas—, como actos de premio (*Lohntheorie*) o, en todo caso, como una “suavización o minuciación” de la penalidad, la aplicación de una y otro venía a resultar necesariamente lógica en aquellos supuestos a los que correspondía “una pena disminuida” (209).

Sin embargo, el planteamiento inicial del problema era del todo incorrecto, puesto que, con arreglo a sus premisas, quedaban sin cumplimiento, de una parte, el fin de prevención especial —la curación del condenado—, y, de otra, el de prevención general —la eficaz protección de la comunidad—, a pesar de ir complementada la condena condicional con una especie de patronato o tutela (210). Ello

(207) CRAMER: *Gerichtliche Psychiatrie*, Jena, 1903, 38 s.; IWANOF: *Referat, en Neurol. Col.*, 21, 733 ss.; HÜBBE: *Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Breslau, 1902, 24 ss.

(208) Cómo ha hecho Inglaterra a partir del *Criminal Justice Act de 1948* y del *Mental Health Act de 1959*. *Vide infra*, 360 ss.

(209) Esta latitud de “graciosidad” que en sus orígenes ha presentado la condena condicional determinó el que se la tachase por algunos de “bono de impunidad” (*Vide*, SALDAÑA, Q.: *Los Orígenes de la Criminología*, Madrid, Suárez, 1915, 457 ss.).

(210) En este sentido, en Alemania se ha recurrido a la denominada *Schutzaufsicht*, especie de tutela o vigilancia (patronato), cuyo desarrollo se ha verificado en el derecho penal de los menores, pero que, a pesar de que puede imponerse como una obligación o carga (*Auflage*) del régimen de prueba (*Bewährung*), se diferencia netamente de éste, pues se llevaba a cabo por autoridades u oficiales diversas de las judiciales u ordinarias de ejecución de la pena (*Vide*, a este respecto: GOLDSCHMIDT: *Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs, mit einem Beiträge über Strafwesen und Strafvollzug in den Vereinigten Staaten von Amerika*, von Dr. HERR, en *VDA. Allg. Teil, IV* (1908), 386 ss., 435 ss., 459; DALLINGER-LACKNER: *Jugendgerichtsgesetz*, 1955, § 12, nota 18). Similar a la *Schutzaufsicht* es la *guardianship order* inglesa. Información detallada, en MAYER, H.: *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, 168 ss.; PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 331; GRAVEN, Philippe: *Quelques consi-*

ha venido a poner en claro que siendo la circunstancia atenuante de semi-imputabilidad una circunstancia modificativa de la responsabilidad debe lógicamente influir en la gradación de la pena (*régimen jurídico de aplicación*), pero no debe extenderse, sin más, a un terreno tan técnico como es el de la ejecución de dicha pena (*régimen jurídico material de ejecución*); pues así como la pena es medida de la imputación de una responsabilidad, su ejecución dependerá, en cambio, más que de otra cosa, de consideraciones de interés público y de las específicas disposiciones personales del sujeto en orden a su readaptación.

De ahí que, a la hora de la concesión de la condena condicional, deban tenerse en cuenta no solo la naturaleza del hecho delictivo —como índice, no de la peligrosidad del autor, sino de su personalidad real (211)—, sino también una *prognosis* de autor que no venga basada, como hasta ahora, en métodos puramente intuitivos (212).

Por consiguiente, no me parece oportuno conceder a los psicópatas la condena condicional allí donde falta un sistema apropiado de *prueba* que pueda proveerles de las medidas médicas y psicoterapéuticas aptas para lograr su curación (213) y asegurar, de otra parte, la protección de la colectividad mediante la oportuna vigilancia o supervisión.

Mas, llegados a este punto, hemos de reconocer que no *todos* los *sistemas de prueba* ofrecen, a este respecto, garantías suficientes en orden a realizar una aplicación correcta y, lo que es aún más importante, eficaz de la condena condicional en los semi-imputables. En este sentido, los problemas que presentan mayores dificultades son precisamente no tanto los relativos al *acto de concesión* de la condena condicional y de la orden de sometimiento al *régimen de prueba* —donde éste exista—, cuanto los inherentes a la revocación de dicha medi-

derations sur le sursis, en *Rev. inter. de crim. et pol. tech.*, XXIV (1970), 19; HELDMANN, H. H.: *Die Massnahmen der Sicherung und Besserung ohne Freiheitsentziehung*, en *Materielen...*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, Bonn, 1954, 241 ss. La reforma alemana de 1969 ha introducido en el capítulo de las medidas de seguridad la denominada *Führungsaufsicht*, especie de supervisión del comportamiento, distinta de la *Bewährungshilfe*, y muy similar a la *Schutzaufsicht* (*Vide*, PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 682 ss.).

(211) Debe advertirse que, a veces, la misma motivación impulsa a actuar al sano que al enfermo (GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 12). Y el fijar la atención sobre el acto (v. gr., falsificación de un documento público) nos demuestra la imposibilidad de que haya sido realizado por un individuo enfermo (v. gr., un imbecil).

(212) OHLIN y DUNCAN: *The Efficiency of Prediction in Criminology*, en *Amer. J. of Sociology*, 54 (1949), 441 ss.; MONACHESI, E. D.: *Prediction Factors in Probation*, 1932; HAKEEN, M.: *Prediction of Criminality*, en *Federal Probation*, 9 (1945), 41 ss.; WEIS, Kurt: *Zur Kontrolle und Bewährung Glueck'scher Prognosetafeln*, en *ZStW*, 82 (1970), 804 ss.

(213) Obsérvense, a tal efecto, los resultados expuestos en GRÜNHUT (*Probation and Mental Treatment*, 1963, 12 ss.), obtenidos por medio de medidas psicoterapéuticas perfectamente ensambladas en el mecanismo del *régimen de prueba* inglés.

da, tratándose, como en este caso se trata, de personalidades a caballo entre la imputabilidad disminuida y la inimputabilidad.

Así, suele ser motivo general de revocación —aparte, claro está, del no cumplimiento de alguna de las condiciones insertas en la *orden de prueba* (214)—, la realización de un nuevo delito por el condenado durante el período de prueba. Imaginemos, sin embargo, que el individuo sometido al *régimen de prueba* fuese un imputable disminuido —v. gr., un psicópata—, que, a causa de una agravación en su enfermedad, hubiera cometido durante el período de prueba ese segundo delito, pero como *inimputable*, en el sentido del art. 8.º, núm. 1.º, de nuestro Código penal. No cabe duda de que, en este caso, no tendría lugar la reacción estatal primaria, es decir, la pena. Pero, de otro lado, parece también correcta la revocación de la pena en suspenso correspondiente al primer delito, por cuanto el condenado condicionalmente ha incumplido uno de los requisitos que debería haber cumplido, no alcanzándose, por consiguiente, los fines perseguidos con dicha medida (215).

Sin embargo, la segunda solución no me parece admisible. Y la razón, a mi juicio, es que la validez del principio “no hay pena sin culpabilidad” debe hacerse extensiva también a la ejecución de la pena —en este supuesto, a las reglas de ejecución de la remisión condicional contenidas en la Ley de Condena condicional de 17 de marzo de 1908 (216)—. De modo que, no pudiendo reprochársele al autor la culpabilidad por el segundo delito —del que no es responsable—, si, en cambio, se le hiciese el reproche de haber incumplido las obligaciones o requisitos del régimen de prueba (es decir, el haber incurrido en los motivos que conforman los presupuestos del “*tipo*” de la *revocación*), dicho reproche sería idéntico al que valdría para llegar a

(214) Es fundamental delimitar claramente qué se entiende por requisitos o condiciones legales y cuáles son éstos, a fin de distinguirlos de los no preceptivos, en orden a la revocación (*Vide*, a este respecto: JOHNSON, A. R.: *Recent Developments in the Law of Probation*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 [1962], 200 ss.).

(215) Se trata, sobre todo, de que el sujeto *no reincida*, es decir, que no delinca de nuevo (la expresión reincidencia se toma aquí en un sentido muy lato), razón por la cual, uno de los presupuestos que conforman el *tipo de la revocación*, pero no el único, es siempre la comisión de un nuevo delito por el condenado condicionalmente.

(216) Así, en nuestro derecho, el *tipo de la revocación* está formado no sólo por la comisión, a título de dolo o de culpa, de un nuevo delito, sino también por el cambio de residencia del condenado, sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción o del municipal donde aquél no existiere o, una vez trasladado a otro lugar, sin advertirlo al Juez de instrucción o el municipal, en su caso, del lugar a que se hubiere trasladado dentro de los tres días siguientes al de su llegada. Véanse, en este sentido, los artículos 9.º, 10.º y 14.º de la Ley de Condena Condicional de 17-III-1908, que sigue vigente —en lo que no haya sido derogado por el Código penal o disposiciones posteriores—, incluso en aspectos *no adjetivos*, en contra de lo que suele afirmarse con ligereza, sino, más bien, *materiales o sustantivos*, como son los presupuestos que determinan la revocación de la condena condicionada.

fundamentar la nueva penalidad por los dos delitos, siendo así que el segundo no existe (217). En fin, revocar, en tal caso, la condena condicional equivaldría a admitir que el sujeto había violado culpablemente las obligaciones inherentes al régimen de prueba, que había realizado culpablemente el segundo delito. Y ello sería una aberración. Pues, si el sujeto no es culpable en lo que respecta al segundo delito, tampoco lo será para realizar los actos constitutivos de la revocación, cuyo tipo exige, en cualquier caso, que el sujeto sea imputable.

Estas consideraciones ponen de relieve que la realización de un hecho típicamente antijurídico durante el período de prueba no debe bastar por sí sola para llenar el tipo de la revocación; como tampoco es suficiente, a mi modo de ver, la realización de un delito (con todos sus elementos), mas *sin conciencia de la antijuridicidad de la revocación de la suspensión de la pena*, por cuanto la relevancia del error de prohibición —inadmisible en nuestro Derecho penal a estos efectos, y, por consiguiente, en lo que respecta a la suspensión condicionada de la pena (218)—, debería constatarse y apreciarse en algunos supuestos límite. En consecuencia, la revocación no debe ser ninguna consecuencia jurídico-penal inmediata de la nueva conducta punible, puesto que cabe siempre la posibilidad de que el inculpaado cometa con dolo alguna infracción penal, pero desconozca su significación de delito o de falta, con la consiguiente relevancia que ello puede entrañar respecto a la revocación del “beneficio”. Otro tanto cabría decir en lo que hace referencia a las conductas culposas. Por consiguiente, en los sistemas legalistas —por lo general, la mayor parte de las legislaciones europeas continentales—, donde la comisión de un nuevo delito suele originar la revocación automática del “beneficio”, habrá de probarse y declararse en el proceso penal consiguiente que el sujeto no sólo conocía la antijuridicidad de su conducta, sino también que dicha acción constituía el tipo de lo injusto de la revocación, es decir, que actuaba con conciencia de que infringía la suspensión condicionada de la pena. Claro está, que, en definitiva, la contestación a tan difícil problemática

(217) Sin embargo, ello no impedirá la aplicación al sujeto (en consideración a su peligrosidad, de la que es índice la comisión de un nuevo delito, y a las necesidades que presente en orden a recibir un tratamiento psicoterapéutico clínico-estacionario), de una medida de seguridad.

En el sentido apuntado en el texto, el artículo 8.º del Código penal de 1870 disponía en su núm. 1.º: *No delinquen* y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: “El imbecil y el loco, a no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón”.

(218) En nuestro sistema y en la enorme mayoría de los que siguen el Derecho penal clásico-liberal, la revocación se produce objetivamente, bastando, así, la comisión de un nuevo delito. Otra cuestión es la de si, en nuestro Código, el término delito debe entenderse como comprensivo de delitos y faltas.

No deja de resultar curioso observar cómo las disposiciones contenidas en los artículos 207 y 208 del Código de Justicia Militar de 1890 excluían de la aplicación de los delitos propiamente militares a los soldados, “*sin que conste habérselas leído antes de delinquir*”! Aunque, excepcionalmente, sí se aplicaban cuando se trataba de delitos en los que “se hallen también comprendidas las personas no militares”.

depende de la naturaleza que el instituto revista y los fines que se le hayan asignado en cada sistema jurídico en particular.

Sin embargo, hemos querido destacar, aquí, la enorme relevancia que posee el primero de los ejemplos traídos a colación —aún admitiendo la posibilidad de aplicar al inculpable una medida de seguridad—, si se tiene en cuenta que, en algunos casos, el revocar el “beneficio” y decretar, a renglón seguido, el internamiento, cuando está indicado un tratamiento ambulatorio representaría agravar deliberadamente la enfermedad, para lo que no puede considerarse que tenga facultades el legislador, porque repugna a cualquier mediana sensibilidad (219). Todas estas reflexiones ponen de manifiesto, una vez más, cómo la rigidez dogmática de los preceptos materiales o sustantivos no se aviene con el carácter eminentemente procesal del moderno instituto; el mecanismo de revocación en el Derecho penal anglosajón es buena prueba de ello.

B) EL TRATAMIENTO PSICOTERAPÉUTICO AMBULATORIO

A la cuestión de la aplicabilidad de la condena condicional —con independencia de las formas y peculiaridades diversas que ésta suele adoptar en los distintos sistemas jurídicos nacionales (220)—, viene estrechamente vinculada la del tratamiento ambulatorio de las personalidades psicopáticas, por cuanto dicho tratamiento puede recibir aplicación como una obligación o condición inherente a la *orden de prueba* (*probation order* o *Bewährungsplan*) (221), al efecto de cumplirse en régimen de completa libertad o como una medida curativa que habrá de llevarse a cabo en un establecimiento psiquiátrico abierto o semi-abierto (en este segundo supuesto, tratamiento ambulatorio *clínico-estacionario*), mientras dura la suspensión condicionada del pronunciamiento formal de la condena o de la ejecución de la pena; aparte, claro está, de la posibilidad de suspender condicionalmente

(219) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte general*, 1970, 496 y 497.

(220) Resulta un tanto sorprendente observar cómo se habla de la naturaleza jurídica de la condena condicional, de sus fines, de su alcance, etc..., cuando una mera ojeada al Derecho comparado nos muestra que “no existe una condena condicional, sino diversos sistemas”. Véase, a este respecto: SCHRÖDER: *Bedingte Verurteilung*, en *NJW*, 1952, 7 ss.; VON LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung*, en *VDA*, III (1908), 1 ss.; Götz: *Die Resozialisierung Verurteilter im neuen französischen Strafrechtsprozessrecht*, en *JZ*, 1960, 161 ss.; HARTENBERG: *Probation und Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Vergleich von Gesetzgebung und Methode zur Vermeidung unangebrachter Freiheitsstrafen in England, Amerika und Deutschland*, Diss. Mainz, 1955; JAUCH, R.: *Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. II, Bonn, 1954, 125 ss.

(221) En tal supuesto resulta imprescindible el consentimiento del inculpado a las imposiciones u obligaciones del régimen de prueba, ya que, en caso contrario, no deberá emitirse una *orden de prueba*. (Vide, en tal sentido, respecto a Alemania Federal: SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.ª ed., 1970, 169 s., en relación con las recomendaciones o instrucciones contenidas en el párrafo 24 b. párrafo 3, del Código penal alemán.)

—después de un transcurso de tiempo suficiente, en opinión de los médicos—, la ejecución de una medida de seguridad de internamiento (222), aunque, en este caso, incide más bien una cierta proximidad con el régimen de *parole system* (libertad bajo palabra) o de libertad condicional.

En la actualidad, el tratamiento psicoterapéutico ambulatorio de los semi-imputables aparece incluido en todos los inventarios de las diversas clases de tratamiento médico-psiquiátrico (223). Pero, a pesar de los resultados que por esta vía se han obtenido en algunos países (224), lo cierto es que, en la mayor parte, su admisibilidad resulta aún muy problemática (225), puesto que no se ha aclarado todavía de un modo definitivo por la doctrina y la jurisprudencia cómo ha de procederse en los casos de imputabilidad disminuida durante el denominado *período de prueba*, cuando efectivamente se haya concedido la condena condicionada (226). Por ello, las soluciones que suelen emitirse son diversas según el sistema jurídico del que provengan. De ahí que nos propongamos estudiar ahora los sistemas de la Alemania Federal y de la Gran Bretaña.

1. Durante largo tiempo se ha sostenido en la *República Federal Alemana* que las personalidades psicopáticas no deberían tener cabida en el *régimen de prueba* anexo a la suspensión condicionada de la ejecución de la pena (*Strafaussatzung zur Bewährung*) (227), por

(222) Como sucede en Inglaterra, Dinamarca, Suecia y, a partir de la reforma penal de 1969, en Alemania, donde se prevé tal posibilidad en el actual parágrafo 42 h del Código penal vigente (*Vide*, PETTERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch, Lehrkommentar*, 26.ª ed., 1970, 124 y 133 s.).

(223) BINDER: *Zur Frage der ambulanten ärztlichen Behandlung nicht voll zurrechnungsfähigen Delinquenten*, en *SJZ*, 48 (1952), 181 ss.

(224) Con relación a Gran Bretaña, *vide*: *The Results of Probation*, en *English Studies in Criminal Science*, X, 1961, y GRÜNHUT, Max: *Probation and Mental Treatment*, 1963, London, 22 ss.; HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, London, 1970, 226 s. Referencias sobre Derecho comparado pueden hallarse en el número extraordinario de *RDPC*, 50, marzo, 1970.

(225) Así, en Suiza, y a pesar de una fuerte corriente de opinión favorable a su admisibilidad, el Tribunal Supremo Federal ha persistido en su negativa a admitirlo (GERMANN, O. A.: *10 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch*, en *R. P. S.*, 67 (1952), 26; EL MISMO: *Ambulante psychiatrische Behandlung*, en *R. P. S.*, 68 (1953), 76 ss.; JACOMELLA, Sergio: *A propos d'une révision éventuelle*, en *R. P. S.*, 69 [1954], 453 ss.).

(226) *Vide*, a este respecto, *OLG Braunschweig*, en *NJW*, 1964, 1581, con anotación de DREHER; PREISER: *Urteilsanmerkung*, en *NJW*, 1965, 117.

(227) Acerca de las denominaciones diversas que la condena condicional ha recibido en Alemania (se ha llamado, con fundamentaciones diversas: *bedingte Begnadigung*, *bedingte Urtheil*, *bedingte Bestrafung*, *bedingte Verurteilung*, *bedingte Straferlass*, *bedingte Strafnachlass*, *bedingte Strafausschub*, *bedingte Strafaussatzung auf/ohne Bewährung*, *bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung*, etc.), y su desarrollo hasta la ley de reforma de 1953, véase: VON LISZT, Fr.: en *VDA*, III (1908), 1 ss.; EL MISMO: *Kriminalpolitische Aufgaben*, en *Aufsätze und Vorträge*, I (1905); DOHNA, Graf zu: *Die reichsrechtliche Regelung der bedingte Strafaussatzung*, en *Beiträge zur Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, Heidelberg, 1926, 82; EBERMAYER, L.: *Bedingte Stra-*

cuanto la falta de contención (228), la rareza, la falta de arrepentimiento, de sentido del honor y de conciencia, unidas frecuentemente a una inteligencia débil, por parte de tales individuos, llevarían a los asistentes u oficiales del régimen de prueba (*Bewährungshelfers*) a los límites de su paciencia; representando, de otro lado, una grave carga en lo que respecta a la restante tarea que dichos oficiales deben llevar a cabo (229). En este sentido, se afirmaba que el mecanismo inherente al régimen de prueba no produciría influjo alguno en la personalidad de esos autores.

Ello no obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953 (230) y de la Ley de Tribunales de menores (*JGG*), de idéntica fecha que la anterior, se introdujeron modificaciones sustanciales en lo tocante a la naturaleza de la condena condicional (231), instituyéndose, además, por vez primera.

fassung und bedingte Verurteilung, en *Hdw. der Rechtswissenschaft*, t. I, Berlín y Leipzig, 1926, 554 ss.; SIEVERTS, R.: *Bedingte Strafaussetzung und bedingte Verurteilung im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes*, en *EvJuHilfe*, 1952, cuaderno 3, 2 ss.; VON HIPPEL, R.: *Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurteilung in Deutschland*, en *GA*, 43, 99 ss. VON LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch*, 26.^a ed., 1932, I, 444 ss.

(228) RECKLESS, W. C.: *The Crime Problem*, New York, 1961, 335 ss.; EL MISMO: *Halttheorie*, en *MschKrim*, 44 (1961), 1 ss.; donde ofrece una exposición detallada de las *Drucktheorie* y de las *Zugtheorie*.

(229) FAUST: *Gedanken zum Psychopathiebegriff im Rahmen der Bewährungshilfe*, en *BwH*, 9, 38 ss.; BROCHER, H. H. T.: *Die seelische Situation des Probanden*, en *BwH*, 4 (1957-1958) 143 ss.; KÖSTER, B.: *Greisenkriminalität und strafrechtliche Zurechnung*, Diss. Münster, 1958, 96 ss. Sobre el alto porcentaje de reincidencia, vide: SCHNEIDER, K.: *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 1950, 69 ss.

(230) GERSTNER, Alois: *Die Strafaussetzung zur Bewährung nach dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz (Strafrechtsbereinigungsgesetz)*, §§ 23-25 StGB, Diss. München, 1958; GRETHLEIN, G.: *Jugendgerichtsgesetz*, Berlín, 1959; EL MISMO: *Jugendarrest, Jugendstrafe und Bewährung*, en *NJW*, 1957, 1462 ss.; LANGE, R.: *Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz*, en *NJW*, 1953, 1161 ss.

(231) Las opiniones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la "Strafaussetzung zur Bewährung" han sido tan abundantes como desacordes (Vide, SCHUMACHER Theodor: *Die Rechtsnatur des Strafaussetzung zur Bewährung*, Diss. Göttingen, 1960). Ha sido considerada: a) Como una "medida de seguridad": VRIJ, M. P.: *Zum Problem der Strafaussetzung*, en *ZStW*, 66 (1954), 218 y 219; b) Como un "acto de gracia o perdón" (*Gnadenakt*): JUNKER: *Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (bedingte Straferlass) durch die Gerichte*, en *ZStW*, 63 (1951), 428, 444; MEISTER, H. G.: *Mängel der neuen §§ 23 ss. StGB*, en *DRiZ*, 1953, 218; ROESEN, A.: *Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1954, 867; c) Como "un acto de premio o recompensa" (*Lohntheorie*): OFTKER, Fr.: *Strafe und Lohn*, en *GS*, 70 (1907), 321, 362; FISCHER, Heimir: *Die bedingte Strafaussetzung*. Diss. Würzburg, 1927, 40; MAYER, Hellmuth: *Strafrecht, Allg. Teil*, 1953, § 65, I, 2; d) Como un "acto de medición de la penalidad por el juez": DALLINGER, W.: *Gerichtsverfassung und Strafverfahren*, en *JZ*, 1953, 432, 435; FREY, E.: *Ausbau des Strafsystems?*, en *ZStW*, 65 (1953) 22; EGNER, H.-E.: *Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht*, en *NJW*, 1953, 1860; e) Como "una medida de reforma" (*Besserungsmaßnahme*): SCHMIDT, E.: *Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges...*, en *ZStW*, 64 (1952), 7; KAUFMANN, Armin: *Die Strafaussetzung zur Bewährung*

en Alemania, el régimen de prueba (*Bewährung*) —según el modelo del *probation system*—, así como en lo que respecta a las obligaciones o presupuestos (*Auflagen*) inherentes a dicho régimen, las cuales, dicho sea de paso, siguiendo, asimismo, el modelo del *Criminal Justice Act de 1948* (232), pasaron a constituir la novedad más importante de la reforma en esta materia; hasta tal punto que un sector de la doctrina ha pretendido basarse en ellas para ver en todo el sistema “una medida unitaria de carácter general” (233).

und das Verbot der reformatio in peius, en *JZ*, 1958, 298; f) Como “una clase de pena independiente”: JAGUSCH, H.: *Über die Strafaussetzung zur Bewährung* §§ 23-25 StGB, en *JZ*, 1953, 688; ANMELUNXEN, R.: *Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter*, en *DRiZ*, 1953, 148; MAASSEN, H.: *Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsvereinigungsgesetz*, en *MDR*, 1954, 1; BLAU, G.: *Nochmals: “Die Sonderstrafe”*, en *JR*, 1953, 323; REH, H. J.: *Anmerkung zu einem Beschluss des OLG Köln vom 1.12.1953*, en *NJW*, 1954, 484; CÜPPERS, J.: *Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes...*, en *NJW*, 1952, 993; g) Como “una modificación de la ejecución de la pena privativa de libertad”; MITTELBACH, H.: *Zur Frage der Neuregelung des Gnadenrechts*, en *NJW*, 1951, 96; EL MISMO: *Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter*, en *JR*, 1955, 5; BRUNS, H. J.: *Die Strafaussetzung zur Bewährung*, en *GA*, 1956, 200; HELLMER, J.: *Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung*, en *JZ*, 1956, 714; PREISER, Fr.: *Zwei Grundfragen der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1956, 1221; SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 15 ed., 1970, § 23, *Anm.*, II; SCHÄFFSTEIN, Fr.: *Jugendstrafrecht*, 1959, § 25, I; h) Como “un nuevo medio o móvil de reacción”; DEMSKI, M.: *Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsaussetzung nach den, §§ 23, 24, 24a StGB*, *Diss Münster*, 1955, 22 ss.; PETERS, K.: *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, 1932, 168 ss.; i) Como “un tipo mixto” (*Mischtypen*): WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.ª ed., 1969, § 33, I, 4, 252; MAURACH, R.: *Deutsches Strafrecht*, 3.ª ed., 1965, *Allg. Teil*, § 64a, II, A; DREHER, E.: en *Stragesetzbuch*, de SCHWARZ-DREHER, 27.ª ed., 1965, § 23 *Anm. I*; DÜNNEBIER, Hans: *Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den Freiheitsentziehenden Massregeln im Entwurf 1960 eines Stragesetzbuchs*, en *ZStW*, 72 (1960), 32 ss. En sentido similar, vide: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2.ª ed., 1969, que habla de la “tercera vía o posibilidad” (*dritte Spur*) entre penas y medidas.

(232) La entrada en vigor del *Criminal Justice Act inglés de 1948* atrajo considerablemente la atención de los penalistas germanos, aumentando de forma sensible la literatura sobre el proceso inglés y la institución en concreto. Vide, en tal sentido: BARRELET, Horst: *Das Rechtsinstitut der Probation des angelsächsischen Rechtes*, *Diss.*, Hamburg, 1950; von CAEMMERER, Dora: *Probation; Aufbau und Praxis des englischen Systems der Bewährungshilfe*, München y Düsseldorf, 1952; HARTENBERG, W.: *Probation und Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Vergleich von Gesetzgebung und Methode zur Vermeidung unangebrachter Freiheitsstrafen in England, Amerika und Deutschland*, *Diss.*, Mainz, 1955; PRANGE, K. P.: *Probation und Parole. Amerikanische Methoden zur Behandlung von Rechtsbrechern und ihre Bedeutung für die deutsche Strafrechtsreform*, *Diss.*, Mainz, 1953; WAHL: *Zur Strafrechtspflege in England (Criminal Justice Act, 1948)*, en *NJW*, 1950, 810 ss.

(233) Así, para JAGUSCH (en *Über die Strafaussetzung zur Bewährung*, en *JZ*, 1953, 688.), “la imposición de la pena, la orden de suspensión de la misma y las obligaciones forman una medida unitaria general”, “una pena a prueba” (*eine Bewährungsstrafe*). En sentido similar al de JAGUSCH, se han expresado también, aunque, tal vez, solamente en un aspecto meramente formal: BUCHWALD: *Zur Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe*, en *SJZ*, 1948,

Así pues, entre las diversas obligaciones o presupuestos (*Auflagen*) que preveía el parágrafo 24 del Código penal alemán, el núm. 3 del párrafo 1.º incluía la posibilidad de que el Tribunal impusiese al condenado, por todo el tiempo que durase el período de prueba, la indicación o recomendación (*Weisung*) de someterse a un tratamiento médico curativo (234). De ahí que, abierto el camino a la posibilidad de aplicar la condena condicional a los imputables disminuidos —siempre y cuando concurriesen los presupuestos del parágrafo 23—, comenzase la doctrina a plantearse la cuestión de los requisitos y límites de la imposición judicial de las obligaciones e indicaciones contenidas en el parágrafo 24 (235); y, ya en un plano más concreto, la posibilidad de encajar en dicho precepto la indicación de someterse a un *tratamiento psicoterapéutico*, bien fuese *ambulatorio*, bien *clínico-estacionario* (236).

Ahora bien, dicha finalidad suponía un alcance preventivista especial más allá del que encerraban los preceptos de la reforma. Y es que, aunque el parágrafo 23 exigía, para conceder la *Strafaussetzung zur Bewährung* la constatación de una *prognosis* favorable en el autor (*Täterprognose*) (237) —problema que, en todo caso, tendría que

211 ss.; WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.ª ed., 1969, 252: "... es materialmente un medio penal de un género especial"; JESCHECK, H. H.: *Die Konkurrenz*, en *ZStW*, 67 (1955), 549: "... una clase especial de pena"; LORENZ: *Die bedingte Verurteilung und die bedingte Entlassung*, en *JR*, 1949, 398: "... pena en el sentido técnico de la palabra"; CUPPERS: *Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes*, en *NJW*, 1952, 993: "... una nueva clase de pena"; ANMELUNXEN: *Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter*, en *DRiZ*, 1953, 148: "... una nueva pena educativa".

(234) Vide, 356 ss.

(235) Véase, al respecto: BRUNS, J.: *Rechtsgrundlagen und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen*, en *GA*, 1959, 193 ss.; EL MISMO: *Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen*, en *NJW*, 1959, 1393 ss.; DEMSKI, María: *Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsansetzung nach den §§ 23, 24, 24a StGB*, Diss. Münster, 1955; SCHNITZERLING, Manfred: *Von den Bewährungsauflagen und den Grenzen richterlicher Zuständigkeit, besonders aus verkehrsstrafrechtlicher Sicht*, en *MDR*, 1957, 201 ss.; PENTZ, A.: *Ist die Auflage, den Anweisungen des Bewährungshelfers zu folgen, zulässig?*, en *NJW*, 1958, 1768 ss.; PETERS, K.: *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters*, 1932, 183 ss.

(236) HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 245 ss., con un planteamiento crítico de la problemática que presenta la aplicación de la psicoterapia a cierto grupo o tipo de delincuentes sometidos al régimen de prueba: EL MISMO: *Die psychotherapeutische Behandlung von Rechtsbrechern*, en WÜRTEMBERGER, Th.: *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, 1961; REDHARDT, R.: *Strafaussetzung zur Bewährung*, en *MschKrim.*, 1958, 164 ss.

(237) MIDDENDORF, W.: *Teoría y práctica de la Prognosis Criminal*, Madrid, 1970, trad., por RODRÍGUEZ DEVESA, Ed. Espasa, 159 ss.; WEIS, Kurt: *Zur Kontrolle und Bewährung Glueck'scher Prognosetafeln*, en *ZStW*, 82 (1970), 804 ss.; GHERDS, Fr.: *Zur Kriminellen Prognosen*, en *MschKrim.*, 1960, 92 ss.; U. N. O.: *Resultats pratiques et aspects financiers du régime de la probation appliqué aux adultes dans certains pays*, 1954, 106 ss.; SYDOW, M.: *Erfolg und Misserfolg der Strafaussetzung zur Bewährung*, 1963, 68 ss.; Vide,

resolver el juez con sus propios medios, a lo sumo, mediante una "intuición ilustrada" (238)—, los esfuerzos individualizadores no pudieron pasar de ahí, puesto que los fines de prevención especial se vieron defraudados no sólo por el juego —funesto— de una fórmula tan inextricable como la del "interés público" (*öffentliche Interesse*) (239) —que determinaba la no aplicación del instituto a los delitos sexuales o a los delitos de tráfico con resultado dañoso (240)—, sino también por el establecimiento confuso e indistinto, pero obligatorio en todo caso (puesto que no se contaba con el consentimiento del condenado), de las obligaciones y recomendaciones inherentes a la condena condicional y al régimen de prueba, cuyos contornos no podían, de otro lado, ser más vagos e indefinidos, mas, que, al venir posteriormente delimitados por la jurisprudencia, habrían sido un instrumento de enorme utilidad, una vez desaparecido el obstáculo que representaba el no contar con el consentimiento del condenado. En fin, pese a que no faltaron autores que se pronunciaron por la posibilidad de admitir un tratamiento psicoterapéutico ambulatorio

en EXNER (*Kriminologie*, 3.^a ed., 1949, 308 ss., 313) un programa de 15 puntos en orden a obtener una prognosis social desde un punto de vista racional; U. N. O.: *The Selection of Offenders*, 1959, 7 ss.

(238) OBSTFELD, Günter: *Richter und Bewährungshilfe*, en *BwH*, 61, 230 ss.; VERSELE, S. C.: *Quelques problèmes de la recherche scientifique en Belgique*, en *RDPC*, 1969, 132 ss.

(239) El núm. 1.º del párrafo 3.º del parágrafo 23 disponía: "No puede ser ordenada la suspensión (condicionada) de la ejecución de la pena: Cuando el interés público exija la ejecución de la pena". Ello ha supuesto que muchas de las concesiones de condena condicional ordenadas por los tribunales inferiores, en base a una prognosis de autor favorable, hayan sido revocadas posteriormente por el Tribunal Supremo Federal, en consideración a que el interés público exigía, en el supuesto debatido, la ejecución de la pena privativa de libertad. De otro lado, la doctrina, pese a haber "agriado" sus críticas, no ha logrado todavía descifrar el contenido de dicha fórmula, que tampoco puede entresacarse de la jurisprudencia, la cual se refiere a: "los intereses de la comunidad", "la exigencia de expiación", "la conservación de la fidelidad del pueblo al derecho", "la necesidad de intimidación o disuasión en el caso concreto". La aplicación de la fórmula del "interés público" suele ser muy frecuente en materia de delitos de tráfico (Vide: SCHWARZ-DREHER: *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 1968, 90 y 91; FRANKE, W.: *Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung*, en *DRiZ*, 1954, 164 ss.; PREISER, Fr.: *Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung* (§ 23 Abs. 3 Ziff. 1 StGB), en *NJW*, 1956, 1009 ss.; HEINITZ, E.: *Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZStW*, 70 (1958), 12 ss.; ROESEN, A.: *Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1954, 866 ss.; STEIN, H. W.: *Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung in § 23 Abs. 3 Nr. 1 StGB*, Diss. Köln, 1963; SCHNEIDER, R.: *Das öffentliche Interesse am Strafvollzug bei fahrlässigen Verkehrsstraftaten*, Diss. Bonn, 1957; WIMMER: *Entziehung der Fahrerlaubnis, Strafe und Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1959, 1513 ss.).

(240) HEINITZ, E.: *Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZStW*, 70 (1958), 12.

rio (241), permaneció en pie, no obstante, el problema de la *juridicidad* de la imposición de una medida de esa especie. Resulta curioso, además, que las principales objeciones vinieran del lado psicoterapéutico (242), pues, se afirmaba, ésta es materia del psiquiatra y del psicoterapeuta, ya que, en principio, se precisa una prognosis criminal del individuo lo más científica posible, a fin de considerar y prever las posibilidades de reincidencia que presenta —supuesto, en el que habría de negarse un tratamiento de esta especie en libertad y practicarlo entonces “intramuros” (243)—, y otros muchos problemas como los relativos a la duración del tratamiento y de la medida, etc... (244).

Pues bien; estas y otras consideraciones pusieron de relieve el hecho inconcuso de que, al excluirse del ámbito de aplicación de la condena condicional los delitos que revestían cierta gravedad —desde un punto de vista netamente retributivo—, un número considerable de delincuentes se vería privado de la posibilidad de verse sometido a dicha clase de tratamiento (245). Defecto éste que aparece unido al hecho de que el predominio del derecho escrito ha impedido notablemente el desenvolvimiento práctico o empírico de los métodos diversos de suspensión condicionada de la pena en Europa, por cuanto la introducción de tales métodos sólo podía realizarse en nuestro continente por la vía legislativa. Y es que, en definitiva, “El Derecho penal europeo, liberal de nacimiento, como hijo de la Revolución, conserva todavía *recelosa desconfianza* de las vigilancias policíacas y

(241) JAGUSCH (en *LK*, 8.ª ed., 1957, § 24 2). DREHER-MAASSEN (en *StGB*, 2.ª ed., 1956, § 24, 2) y SCHWARZ-DREHER (*StGB und Nebengesetze*, 30.ª ed., 1968, § 24, 2), así como DEMSKI, M.: *Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe*, en *NJW*, 1958, 2100.

(242) DÜHRSEN: *Psychogene Erkrankungen*, Göttingen, 1954, 170, cit. por DEMSKI, en *Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe*, en *NJW*, 1958, 2100.

(243) Debe tenerse en cuenta que, en materia de régimen de prueba, conviene contraponer de un modo claro las medidas educativas “*intra-muros*” y las “*extra-muros*”, como hace RAEBURN, W., en *Die Probation im englischen Gerichtssystem*, en *ZStW*, 70 (1958), 692 (202), pues la *probation* es una medida educativa “*extra-muros*”, “a pesar de que la idea de la pena sea idéntica para ambos casos”. Así, en Alemania se ha sostenido que no puede imponerse la medida o recomendación de “cura de deshabitación” o de “tratamiento psicoterapéutico” en un establecimiento de deshabitación, al menos sin consentimiento del inculpado (DREHER: *StGB und Nebengesetze*, 32.ª ed., 1970, 113).

(244) HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 248 y 249.

(245) Defecto señalado para Alemania por HILDE KAUFMANN, en *Soll die Strafaussetzung zur Bewährung auch weiterhin beschränkt bleiben auf Gefängnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten?*, en *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, 1965, 30 ss.; BIEDERMANN, W.: *10 Monaten Gefängnis*, § 23 *StGB und die Nöte der Strafrichter*, en *DRiZ*, 1956, 175 ss., y MAIHOFER, en *Berliner Universitätstage*, 1964, 19 ss.

de los arbitrios judiciales" (246). Razón por la cual, no debe extrañarnos que la mayoría de los sistemas del continente sean partidarios de establecer límites legales muy estrictos en orden a la concesión de la condena condicional (247), como si realmente tuvieran en sus manos la fórmula secreta "para destilar la duración de la prisión" (248).

Incapaz, pues, de salvar el obstáculo de la falta del consentimiento del condenado para aceptar las "cargas del régimen de prueba" y no atreviéndose a "extender dicho consentimiento" como necesario para todo tipo de obligación que haya de cumplir el sujeto prevenido (249), la dogmática jurídico-penal alemana urdió una distinción tan sutil como inútil y carente de relevancia práctica —pues, el problema sigue incardinado a una ampliación del arbitrio judicial—, aparte de que tampoco responde a una distinción real en el uso del

(246) BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio: *Introducción sobre los orígenes de la condena condicionada*, al librito de Primitivo GONZÁLEZ DEL ALBA: *La Condena Condicional*, Madrid, Ed. Reus, 1908, 15 s.

(247) Tanto el Derecho penal inglés como el de la mayor parte de los Estados de U. S. A. [(salvo en lo que se refiere a la *suspended sentence* utilizada en aquéllos desde hace largo tiempo e introducida en Inglaterra por el *Criminal Justice Act of 1967*, cuya sección 39 distingue entre "*Mandatory suspended sentence*" (suspensión de la ejecución de las penas que no excedan de seis meses) y "*Permissive suspended sentence*" (suspensión facultativa de las penas que no excedan de dos años) (Vide: *Criminal Justice Act, 1967, section 39: 1, 2, 3, 4 y 5*)], no establecen límites de pena para conceder la condena condicional y el *probation system*, distinguiendo sólo entre delitos, cuya pena está expresamente fijada por la ley —por lo general, los más graves—, y delitos cuya penalidad se deja al arbitrio judicial —a los que se aplican dichos institutos—. (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 [1968], 14 ss.; EL MISMO: *The English Penal System in Transition*, 1970, 271 ss.). Tampoco en Suecia existe límite. En Francia, puede concederse a penas de hasta cinco años de prisión, pero, en cambio, no se admite su concesión en las contravenciones o faltas (art. 473 del *Cód. de proc. pen.*). En Yugoslavia y en Polonia, el límite se fija en tres años. En Bélgica, a partir de la ley de junio de 1964, en dos años para la *probation* y tres para el *sursis*; en Suiza, un año; en Alemania, al igual que en España, un año y excepcionalmente a penas de dos años de prisión, aunque en el Proyecto de Código penal alemán de 1962 se fijaba el límite, primero en nueve meses y, después, en 18, y el *AE* 1966 lo establecía en los dos años, permitiendo, además, la suspensión condicional de la pena de multa y de la privación del permiso de conducir (Véase: *AE*, 2.ª ed., 1969, párrafos 40 ss.). El Proyecto de código penal portugués de 1966 fija el límite —en contra del de 1963, que *no lo establecía*—, en los dos años.

(248) SAUERBRUCH: *Das war mein Leben*, Munich, 1951, 395, cit. por MIDDENDORF, en *Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal*, trad. por RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1970, 164.

(249) KRÜGER veía el principal obstáculo a la imposición de una medida de esa naturaleza en la no exigencia del consentimiento del prevenido, por cuanto dicho requisito resulta imprescindible en orden a la eficacia de una medida de naturaleza médico-psicoterapéutica (Vide: KRÜGER, Ralf: *Die psychotherapeutische Behandlung als Auflage im deutschen Strafrecht*, Diss. Freiburg i. Br., 1964; SCHMIDEBERG, M.: *Treating of the Unwilling Patients*, en *British Journal of Delinquency*, 9 [1958/1959], 117 ss.). De otro lado, y en relación con la posibilidad de la ayuda que un psicólogo puede prestar en el régimen de prueba, véase: FLIK, Gotthilf: *Einsatzmöglichkeiten der Psychologie in der Bewährungshilfe*, en *Psychol. Rundsch*, 6 (1955), 172 ss.

idioma (250): la de obligaciones o cargas (*Auflagen*) y recomendaciones (*Weisungen*). De este modo, y con la pretensión de constreñir al máximo (mediante preceptos sustantivos) la discrecionalidad judicial, se afirmó la obligatoriedad de las primeras —por ir dirigidas a la expiación y resocialización del autor— y la facultatividad de las segundas —desde luego, inviables sin dicho arbitrio—, dirigidas a establecer limitaciones de los derechos individuales, como la libertad de movimientos, de residencia, etc... (251).

En consecuencia, tanto el *E 1962* (252) como el *AE 1966* (253) establecieron de modo expreso la distinción entre obligaciones o cargas (*Auflagen*) y recomendaciones (*Weisungen*), en base a considerar que, mientras las primeras revisten un carácter *aflictivo o punitivo* (penal) (254) —por lo que forman un catálogo cerrado o *numerus clausus* que el juez impone al condenado con vistas a lograr la expiación y satisfacción de lo injusto cometido; de ahí que deban imponerse tan solo a aquellos individuos que no tengan necesidad de supervisión y asistencia durante el período de prueba (255), a fin de que experimenten, no obstante, “las reflexiones político-criminales de su condena” (256)—, las recomendaciones, en cambio, se orientan a la prevención especial, pudiendo el juez imponerlas electivamente (*numerus apertus*) al condenado que precise de asistencia en el régimen de prueba, a fin de que pueda llevar una vida ordenada tanto legal como socialmente (257), requiriéndose, además, aunque dentro de ciertos limi-

(250) PREISER, Friedrich: *Bewährungs- und Sicherungsaufsicht*, en *ZStW*, 81 (1969), 256.

(251) BRUNS: *Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen*, en *NJW*, 1959, 1393 y 1394.

(252) *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) - E 1962 - 4 Wahlperiode - Drucksache IV/650 des Deutschen Bundestages*, §§ 71-78 y 80.

(253) *AE eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil, 2.ª ed.*, 1969, §§ 41 y 42.

(254) Razón por la cual, el *AE 1966* (§ 41 (4) en relación con el § 48 (1) y (2), *Aussetzung des Strafrestes = bedingte Entlassung* o libertad condicional), mucho más consecuente que el *E 1962* y la actual reforma, afirma que, cuando se haya expiado totalmente una sentencia a prisión o se cumplan las previsiones referentes a la libertad condicional, no podrá el Tribunal imponer obligaciones (*Auflagen*), pues, su imposición, en tales casos, conduciría, sin duda, a una *doble penalidad*. Esta observación no se ha tenido, sin embargo, en cuenta por la reforma de 1969, que, en el § 57 (3) de la 2. *StrRG*, relativo a la libertad condicional o *Aussetzung des Strafrestes*, dispone que podrán imponerse a los liberados condicionalmente las previsiones contenidas en los §§ 56 a, al 56 f y el 56 (1): 1 y 2, los cuales establecen las obligaciones y recomendaciones que deberán imponerse en materia de condena condicional con régimen de prueba. El absurdo de dicha preceptiva resalta en forma evidente si se observa que, con arreglo a ella, podría imponerse a un individuo liberado condicionalmente —esto es, después de haber sido penado y haber cumplido una parte de su pena—, la obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado, pero como una carga del período de prueba, siendo así que dicha obligación resultaría del pronunciamiento e imposición de la pena privativa de libertad.

(255) § 74 (I), (II) y (III) del *E 1962*.

(256) PETERS-PREISENDANZ: *StGB*, 26.ª ed., 1970, § 24 a I.

(257) § 75 (I), (II), (III) del *E 1962*.

tes (258), el *consentimiento* expreso del prevenido para poder ser sometido a una medida de tratamiento psicoterapéutico o de deshabitación ambulatorios (259).

Ello no obstante, la escasa relevancia práctica de tal distinción se destaca netamente, si se observa que, para imponer las obligaciones (*Auflagen*), es asimismo necesaria la prestación del consentimiento del inculcado (aunque la ley no lo diga expresamente), pues, si el condenado *no se presta* a cumplirlas, obviamente no deberá concedérsele la condena condicional. En fin, el planteamiento doctrinal ha sido recogido y sistematizado por la reforma penal de 1969, que, dicho sea de paso, no ha llenado en este punto el vacío dejado por la reforma anterior de 1953; de modo que han sido la jurisprudencia y legislación de algunos estados de la Federación los que han tenido que colmar la laguna (260). Sin embargo, en esta materia, la reforma ha introducido (261) —“junto a otras pretendidas novedades” como, por ejemplo, la “amonestación con reserva de pena” o *Verwarnung mit Strafvorbehalt* (262)—, una novedad de la mayor importancia, como es el

(258) Así, no tendrán ninguna validez las recomendaciones que violen derechos fundamentales del condenado, como los recogidos en el art. 1 de la *Grundgesetz* (GG) o Ley Fundamental, sus opiniones religiosas, etc... Como tampoco está obligado el individuo a aceptar determinado tipo de tratamiento curativo, como, por ej., el *electroschock*, el narcoanálisis, etc... (Vide: LACKNER-MAASSEN: *Strafgesetzbuch*, 1970, 50 s.).

(259) § 75 (III) del E 1962 y § 42 (III) del AE 1966.

(260) Vide: *Allgemeine Verfügung Bad.-Württ* de 3 de julio de 1959, *Justiz* 116.

(261) *Das Erste Strafrechtsreformgesetz* (1 *StrRG*), en vigor a partir del 1 de septiembre de 1969 y del 1 de abril de 1970. (Vide, al respecto: STURM, R.: *Die Strafrechtsreform zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts*, en *JZ*, 1970, 81 ss., en esp. 84 ss.; HORSTKOTTE, H.: *Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nach dem 1. September 1969*, en *NJW*, 1969, 1601 ss., en esp. 1602, 1603, 1604 y 1605; KUNERT, Franz: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 537 ss. y 540; SCHWITZKE, H.: *Straferlass oder Strafaussetzung wegen Neufassung von Stravorschriften. Eine kritische Betrachtung zu Art. 97 Abs. 1 des 1. StrRG und § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F.*, en *NJW*, 1970, 550 ss.; HOHLER, R.: *Die Strafrechtsreform, Beginn einer Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1225 ss.; KUNERT, Fr.: *Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1969, 1229 ss.; BERISTAIN, Antonio: *La reforma del Código penal alemán*, en *ADP*, t. XXII, fasc. II (1969), 371 ss.; MÜLLER-EMMERT: *Die Kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1969, 245 ss.

(262) La difusión que la institución de la *Verwarnung mit Strafvorbehalt* (amonestación con reserva de pena), ha recibido en la doctrina penal germana hizo que, incluso BATAGLINI, se ocupase de ella, allá por los años 40 (BATAGLINI: *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 1940, 260, nota 1: la traslada al italiano con el título de “*diffida con riserva di pena*”). Aunque dicha institución no pertenece propiamente al marco de la tradición jurídica alemana, sino más bien al de la tradición anglosajona, la renuncia a la imposición de la pena venía prevista en la *Jugendgerichtsgesetz*, § 27 y en el *Proyecto de Código penal alemán de 1935* (Vide, GRAU: *Verwarnung mit Strafvorbehalt*, en *Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, dirigido por Franz Gürtner, Berlín, 1935, 183 ss.). Con motivo de la preparación de los proyectos de reforma penal, volvió a insistirse de

equivalente a la institución inglesa del “*Absolute o Unconditional Discharge*” (263), esto es, la denominada *Absehen von Strafe* o renuncia a la imposición de la pena, con precedentes en la doctrina y legislación germánicas, y que consiste en la suspensión sin condición alguna de la declaración de culpabilidad, renunciando, de este modo, el tribunal a imponer la pena (264), aunque, a decir verdad, el sentido restrictivo que se le ha dado determinará el que se convierta en un simple acto de gracia o de perdón (265).

nuevo sobre la conveniencia de su introducción legal. Así, prefiriéndola a la *Strafaußsetzung* introducida en 1954: WELZEL, H.: en *Niederschriften*, I, 104, 188; III, 127; HALL, J. E.: en *ZStW*, 66 (1954), 95; MAYER, H.: *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, págs. 144 ss.; partidarios de su introducción al lado de la actual *Strafaußsetzung*, fueron: LACKNER: *Niederschriften*, I, 186 (“especial medio amigable de resocialización”); EL MISMO: *Niederschriften*, III, 122 (“destinada a la pequeña criminalidad”); SCHMIDT, Eb.: *Niederschriften*, III, 126 (“... su introducción al lado de aquella no supondría complicación alguna, sino una necesaria y feliz diferenciación”). Finalmente, el Proyecto Alternativo (en *AE*, 2.ª ed., 1969, 112 ss, 210 y 211) la introdujo en su párrafo 57. En la actualidad, el párrafo 59 de la 2. *StrRG* dispone que en caso de que alguien haya sido condenado a una pena de multa, el tribunal puede, junto a la declaración de culpabilidad, advertirle, determinar la pena y reservarse la condena a esta pena, siempre y cuando es de esperar que en el futuro el autor no cometerá nuevos delitos, si concurren en el hecho y en la personalidad del autor especiales circunstancias; y, finalmente, si “la defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung* = “*öffentliche Interesse*”) no exige la imposición de la condena (Vide. PETERS-PREISDANZ: *Strafgesetzbuch*, 26.ª ed., 1970, 676 y 677; HOHLER: *Die Strafrechtsreform. Beginn einer Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1226; KUNERT, F.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 538). Por consiguiente, junto a unos supuestos discrecionales de renuncia al ejercicio de la acción pública por el fiscal (153 a, párrafo 1.º del *StPO*) o de sobreseimiento por el Tribunal (153 a, párrafo 2.º del *StPO*, así como el 260, párrafo 4.º; Vide: SCHÖNKE-SCHRÖDER: *StGB. Kommentar*, 15ª ed., 1970 *Rdn.* 42 § 13), existe el supuesto obligatorio (?) del actual § 16 (*Absehen von Strafe bei schweren Tatfolgen*). (Véase: MEZGER-BLEI: *Strafrecht*, 14.ª ed., 1970, I, 348 s.).

(263) Vide *infra*, 335, nota 166.

(264) “La renuncia a la imposición de la pena” (*Absehen von Strafe*), tal y como viene prevista por el párrafo 60 de la 2. *StrGB* (párrafo 16 del *StGB*), no debe entenderse como un acto de gracia, puesto que la pena no ha sido todavía impuesta: lo que sí se ha suspendido *sine die*, es decir, incondicionalmente, es la declaración de culpabilidad del Tribunal (Vide: *Alternativ-Entwurf*, 114 y 115; PETERS-PREISDANZ: *Strafgesetzbuch*, 87 y 677; KUNERT, E.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 538; MÜLLER-EMMERT, en *JZ*, 1969, 248). Por consiguiente, si la *Absehen von Strafe* implicase una suspensión “condicionada” de la pena, la transposición literal de la “*unconditional discharge*” inglesa al alemán sería: “*bedingte Absehen von Strafe*” (Vide, en el sentido del texto: HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 [1968], 14).

(265) Así, limitada su concesión a aquellos casos conflictivos o trágicos (en las lesiones de larga duración a causa de accidentes de tráfico o en los casos en que el daño o perjuicio de la víctima ha afectado también al autor —muerte del hijo por una actuación culposa del padre—), siempre que la pena no exceda de un año de duración, su aplicación se verá convertida, con tal reducción, en un acto discrecional de gracia o de perdón (Véase, a este respecto: MEZGER-BLEI: *Strafrecht*, 14.ª ed., 1970, I, 349; PETERS-PREISDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 87 s.; WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 1969, 250, pro-

En resumen, la legislación actual, en base principalmente al *E 1962*, establece una delimitación tajante entre obligaciones y recomendaciones, asignando a unas y otras los mismos fines que el referido proyecto y el *AE 1966* les asignaban (266), reafirmando la flexibilidad de las *Weisungen* y la posibilidad de un tratamiento psicoterapéutico ambulatorio (267), por cuanto se hace más hincapié en la necesidad del consentimiento del condenado en orden a aceptar una medida de tal naturaleza, pero, prestado como un consentimiento positivo, eficaz, de verdadera entrega (268), es decir, no sólo en lo que respecta a la aceptación de una orden tal, sino también en lo tocante a llevarla a cabo con una voluntad real de curación (269).

Descartado, ahora, el problema de la juridicidad de la imposición de tal medida, subsisten, sin embargo, la mayor parte de los obstáculos que en la legislación precedente hacían inviable la efectividad de dicho tratamiento. Así, sigue en pie el problema de la compatibilidad de la duración del tratamiento con la del período de prueba, como también el relativo al hecho de que, siendo el límite legal para la concesión de la condena condicional muy reducido —se aplica a las penas privativas de libertad de un año y, excepcionalmente, de dos años de duración—, la mayor parte de los delincuentes se verán, consecuentemente, privados de una posibilidad de tal naturaleza. Mientras que, de otro lado, al prohibirse expresamente por la ley la posibilidad de suspender condicionadamente las penas de prisión de un *minimum* de seis meses de duración —cuando así lo exija la “defensa del orden jurídico” (270)—, no sólo no se cumplen los fines que en Europa se han asignado a dicho instituto —es decir, la sustitución y progresiva supresión de las penas privativas de libertad de corta duración (271)—,

pugnando su aplicación a “los resultados trágicos derivados de una actuación culposa”).

(266) PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, § 24a, 95 ss.

(267) DREHER: *Strafgesetzbuch*, 1970, 113; PETERS-PREISENDANZ: *StGB*, 1970, § 24b, 96 y 97.

(268) STURM: *Die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1970, 86; PETERS-PREISENDANZ: *StGB*, § 24b (3).

(269) DEMSKI, M.: *Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe*, en *NJW*, 1958, 2100; MENG, Hellmuth: *Bewährungsaufgaben in ihrer kriminalpädagogischen Bedeutung*, en *BwH*, julio 1954, 69 ss.; SCHMIDEBERG, M.: *Treating of the Unwilling Patients*, en *British Journal of Delinquency*, 9 (1958/1959), 117 ss.

(270) § 23 (3) del *StGB* actual.

(271) APPELIUS, H.: *Die bedingte Verurtheilung und die anderen Ersatzmittel für kurzzeitige Freiheitsstrafen*, 2.^a ed., Cassel, 1890; WACH, A.: *Die Reform der Freiheitsstrafe*, Leipzig, 1890; VON LISZT, Franz: *Kriminalpolitische Aufgaben*, en *ZStW*, tomos 9/452; 9/737; 10/51; 12/161; SICHART, E.: *Über Schärfung und Milderung der Freiheitsstrafe. Ein Beitrag zur lex Heinze*, en *ZStW*, XIII (1893), 906 ss.; MITTELSTÄDT: *Für und wider Freiheitsstrafe*, en *ZStW*, II (1882), 419 ss.; VON LISZT, Franz: *Welche Massregeln können dem Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werden?*, en *MittlKV*, I (1889), 44 ss.; VILA Y MIQUEL, E.: *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*, Madrid, 1917. En contra: KIRCHENHEIM: *Gegen “bedingte Bestrafung”*, en *GS*, 38, 12 ss.;

sino que, también, se perturba el tratamiento adecuado a la personalidad de los individuos que caigan dentro de este supuesto. Ello, aparte, claro está, de la subsistencia de la “absurda, arbitraria e indescribable” fórmula del “*interés público*”, que ha pasado ahora a ser sustituida por la no menos enigmática de “defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung*) (272).

2. En *Ingllaterra*, país que, sin lugar a dudas, marcha a la cabeza en materia de tratamiento ambulatorio de las personalidades psicopáticas, el desarrollo y perfeccionamiento legislativo del “*mental treatment*” en el marco de la *probation* se ha producido en dos etapas distintas, pudiendo, no obstante, señalarse algún precedente muy cercano a nosotros (273).

a) En primer término, y al efecto de intensificar el régimen de prueba, el *Criminal Justice Act de 1948* establecía algunas disposiciones facultando al tribunal para imponer ciertos requisitos u obligaciones en la *orden de prueba (probation order)* dirigida al delincuente al que se le ha suspendido el pronunciamiento formal de la condena (274).

En este sentido, la *sección 4.ª*, párrafo 1.º, disponía que, tratándose de un individuo al que no procedía aplicar un *proceso de certificación*

EL MISMO: *Bedingte Bestrafung*, en *GS*, 43, 51 ss.; SCHWARZE: *Für die Freiheitsstrafe*, 1880.

(272) Acerca de la problemática que ha planteado este “nebuloso” concepto, véase: KUNERT, F.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1969, pág. 539; HORTSKOTIE: *Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nach dem 1 september 1969*, en *NJW*, 1969, 1603 y 1604; STURM: *Die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1970, 85; HOHLER: *Die Strafrechtsreform. Beginn der Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1227; KUNERT: *Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1969, 1230. Más sugestiva, por referirse a las dificultades de aplicación práctica que encierra este concepto, es la bibliografía siguiente: KOCH, H. J.: *Die “Verteidigung der Rechtsordnung” bei Verkehrsvergehen*, en *NJW*, 1970, 842 ss.; Jurisprudencia alemana, en: *Zur “Verteidigung der Rechtsordnung” bei Fahrlässigkeitstaten*, en *NJW*, 1970, 870; *Zur “Verteidigung der Rechtsordnung” durch kurze Freiheitsstrafen*, en *NJW*, 1970, 871.

(273) En el *Report de 1932*, el Comité departamental para delincuentes habituales sugería en términos generales que un cierto número de esta clase de delincuentes pudiese beneficiarse del tratamiento practicado en el régimen de prueba (párr. 108, pág. 43). De igual modo, una *Circular del Ministerio del Interior*, de 20 de abril de 1932, declaraba que el tratamiento mental exigido por una *probation order* venía a ser incompatible con el carácter voluntario que se procuraba a los pacientes no sometidos a *procesos de certificación* bajo el *Mental Treatment Act de 1930* (Véase, al respecto: GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, London, 1963, 5 y 6).

(274) No debe confundirse el sistema de *Conditional Discharge* con el de *probation order*, puesto que, aunque presuponen ambos una suspensión condicionada del pronunciamiento formal de la condena, *upon conviction* —es decir, los dos presuponen una *conditional discharge*, previa declaración de culpabilidad—, el primero, en cambio, no va seguido de un régimen de prueba, mientras que el segundo es en esencia un “*probation system*” (Vide: GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 2 ss.; WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 168 ss., 273 ss.; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 1963, 165 ss.; CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 1964, 413 ss.).

(de internamiento) por enfermedad mental o demencia con arreglo a las prescripciones del *Lunacy Act de 1890* ó del *Mental Deficiency Act de 1913*, pero que, ello no obstante, estaba necesitado de tratamiento psiquiátrico o psicoterapéutico, podía entonces el tribunal incluir en la *probation order* (275) la obligación del delincuente a someterse, por un período no superior a doce meses (276), a tratamiento bajo dirección o supervisión médicas.

Las clases de tratamiento previstas, a tal efecto, por el *Criminal Justice Act de 1948* eran:

— Tratamiento en calidad de paciente *voluntario* bajo la sección 1.^a del *Mental Treatment Act de 1930* en un asilo, hospital o institución aprobadas por el Ministro de Sanidad (*treatment as a voluntary patient*).

— Tratamiento en concepto de paciente *residente* en una institución idéntica o similar (*treatment as a resident patient*).

— Tratamiento en calidad de paciente *no residente* en las mismas instituciones o en las que se especifique en la orden de prueba (*treatment as a non-resident patient*).

— Y, por último, tratamiento bajo la dirección de un médico-psiquiatra debidamente calificado, según se indique en la orden (277).

Por consiguiente, a partir de 1948, eran factibles: un *tratamiento clínico-estacionario* en calidad de paciente voluntario en una institución que podía ser un *Mental Hospital* u otra aprobada por el citado Ministerio; un *tratamiento ambulatorio* en hospitales o instituciones análogas; y, finalmente, un *tratamiento bajo la dirección* de un psiquiatra, psicólogo o psicoterapeuta (278).

Sin embargo, y dado que la terminología usada por la sección citada del *Act de 1948* podría inducir a error, tanto para el sometimiento a una *probation order* como para entrar en un "*mental hospital*", a fin de recibir tratamiento médico-psiquiátrico adecuado, se

(275) Ello no obstante, en los debates sobre el *Criminal Justice Bill*, que derivó en el *Act de 1948*, se discutió, con enorme agudeza, por qué la condición de incluir en una *probation order* el sometimiento a un tratamiento psiquiátrico sólo era factible *antes de los tres meses de establecida dicha orden* por el Tribunal (Véase: *Mental treatment and Probation*, en *The Howard Journal*, VII [1947/1948], 155).

(276) La *Howard League* propuso, sin éxito, que el límite de los 12 meses se aplicase únicamente al tratamiento de naturaleza *residencial* (Vide: *Summary of Criminal Justice Bill*, en *The Howard Journal*, VII [1947/1948], 181).

(277) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 2 ss.; EAST, Sir Nordwood: *Medical Aspects of the Criminal Justice Act, 1948*, en "*A Symposium on the Criminal Justice Act, 1948*", en *The Journal of Criminal Science*, vol. II (1950), 120 ss.

(278) VON CAEMMERER, D.: *Probation. Aufbau und Praxis des englischen Systems der Bewährungshilfe*, 1952, 138 ss.; JAUCH, R.: *Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung*, en *Materialien*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, 1954, 135.

requería indefectiblemente el *consentimiento* del paciente, el cual pasaba en cualquier caso a ser un “*voluntary patient*” (279).

A nadie puede, en suma, ocultársele el enorme progreso contenido en las prescripciones del *Criminal Justice Act de 1948*, pensadas única y exclusivamente para aquellos supuestos en que hubiere recaído una declaración de culpabilidad, es decir, *upon conviction*; razón por la cual se excluyen los supuestos de enfermedad mental (*insanity*) (280); Y, desde el punto de vista de política criminal, dirigidas a algunas categorías de delincuentes contra la propiedad, sexuales y violentos (281), requiriéndose, sobre todo, una sustancial discrecionalidad judicial, asesorada en todo caso por un experto médico, que es el que, en definitiva, habrá de pronunciarse sobre la necesidad que presente el paciente de esa especie de tratamiento (282).

b) Pero de mayor importancia, si cabe, que la legislación precedente es la contenida en el *Mental Health Act de 1959* (283), por cuanto no sólo ha supuesto una reactivación de disposiciones anteriores, sino que, además, ha añadido una serie de preceptos de enorme relevancia acerca de los psicópatas, siendo de destacar la tendencia a conceder a los psiquiatras amplios poderes y responsabilidades, de las que —se ha notado (284)— parecen poco predispuestos a servirse.

α) En primer término, la *sección 60 del Mental Health Act de 1959* reafirma, de un lado, la vigencia de las prescripciones contenidas en la *sección 4.^a del Criminal Justice Act de 1948* y, de otro, distingue solamente dos clases de tratamiento: el *residencial (clínico-estacionario)* y el *ambulatorio o no residencial*. Pero, además, adquiere

(279) Se exige, pues, el consentimiento prestado a la *probation order* y el dado al tratamiento, el cual puede retirarse sin que implique una negación al cumplimiento de los términos de la *probation order* (vr. gr., negarse a un tratamiento de *electroshock*, a seguir con un determinado psiquiatra, etc...) (*Mental Treatment and Probation*, en *The Howard Journal*, VII [1947/1948], 154).

(280) Sección 4 del *Criminal Justice Act de 1948* (Vide: GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 6).

(281) HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, London, 1970, 229.

(282) En el dictamen psiquiátrico o médico han de pesar, además de las consideraciones puramente técnicas, otras muchas, como la capacidad que posean las autoridades médicas del distrito en orden a facilitar dicho tratamiento. Así, en la práctica, las disposiciones se aplican de modo diverso, según las distintas ciudades o los distritos de la misma ciudad (GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 6 s. y 46 s.).

(283) Aunque de escasa relevancia en materia de tratamiento ambulatorio, deben tenerse, también, en cuenta las modificaciones introducidas por el *Criminal Justice Act de 1967* en materia de *probation* (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 255 ss.). Sin embargo, la *Sentence suspended* (suspensión condicional de la pena, introducida en Gran Bretaña por el *Act de 1967*), no podrá incluir el *régimen de prueba*, ni por consiguiente, una *probation order* con la obligación de someterse a tratamiento (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *Ob. cit.*, 272 ss., esp. 274 y 275).

(284) GIBBENS, T. C. N.: *Le Traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RCSCrim.*, 1969, 633.

aún mayor relieve la eficacia concedida al consentimiento del individuo sometido a tratamiento, puesto que podrá pedir en cualquier momento su liberación del hospital (285); derecho que aparece, sin embargo, limitado por la obligación legal asumida con anterioridad por el interesado y contenida en la *probation order* de permanecer en un hospital por un determinado período de tiempo —12 meses (286)—, salvo que, con arreglo al criterio del personal médico de la institución, no esté todavía en condiciones de salir en libertad. Si bien, interesa subrayar que el rehusarse a determinado tipo de tratamiento por parte del *probationer* [(v. gr., a un tratamiento quirúrgico, eléctrico, etc... (287)] no se valora como una infracción de las condiciones o requisitos ínsitos en la orden de prueba (288).

β) De otra parte, es de destacar que, a fin de soslayar dificultades precedentes, el *Act* referido establece cuatro categorías de deficiencias mentales, al efecto de asignar a cada una de ellas el tratamiento adecuado. La enfermedad mental (*mentally ill*), la anormalidad mental grave (*the severely subnormal*), la anormalidad mental (*the subnormal*) y el desorden o perturbación psicopáticos (*the psychopathic*) (289); de forma que ahora las disposiciones del *Mental Health Act de 1959* son también aplicables a las personalidades psicopáticas (290).

Ahora bien, además de la posibilidad de emitir una *probation order* en conformidad con lo dispuesto en la *sección 4.ª* del *Criminal Justice Act de 1948*, puede el Tribunal, con arreglo a la *sección 60 del Mental Health Act de 1950*, expedir una “*guardianship order*”

(285) Así, en una de las objeciones que se han dirigido a la *sección 4.ª* es la de que no da suficientes garantías de que un tratamiento de esta especie será completado o terminado; por consiguiente, aunque el rehusarse a seguir en el hospital puede, en principio, entrañar una ruptura de la *probation order*, el individuo permanecerá en libertad hasta que haya de comparecer ante el tribunal que decidirá sobre la revocación, sin que, de otro lado, el médico pueda obligarle a entrar de nuevo en el hospital (Véase: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 229).

(286) Este es, a mi modo de ver, uno de los principales defectos de la nueva regulación, que, si en época del *Criminal Justice Act de 1948*, parecía disculpable —por cuanto la duración del tratamiento era idéntica o coincidía con la del período de prueba (12 meses)—, no lo es, en cambio, a partir de 1967, en que la duración del tratamiento sigue siendo de 12 meses, mientras que la de una *probation order* alcanza los tres años de duración (así, THOMAS, D. A.: *Sentencing the Mentally Disturbed Offender*, en *Crim. L. R.*, 1965, 685 ss.; HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 256).

(287) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 5 (*secciones 6 (6) y 4 (5) del Criminal Justice Act de 1948*). Sobre el valor diverso que, en orden a la revocación, deben poseer las condiciones *legales* y las *no legales* (JOHNSON, A. R.: *Recent Developments in the Law of Probation*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 [1962], 200 ss.).

(288) GIBBENS, T. C. N.: *Ob. cit.*, 634 ss.; GRÜNHUT, Max.: *Ob. cit.*, 5.

(289) *Sección 4 (4) del Mental Health Act de 1959*. Véase: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 221; GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 51.

(290) GIBBENS, T. C. N.: *Le traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RSCrim.*, 1969, 637 s., y tablas de las págs. 641 y 642.

o una "hospital order". Una "guardianship order" (orden de tutela o vigilancia) implica un tratamiento "extra-muros", mas sin acudir a las normas que rigen en materia de *probation* (291); y puede ser establecida por el tribunal siempre y cuando se trate de delitos cuya penalidad no esté fijada por la ley (292), aunque implica, sin embargo, la declaración previa de culpabilidad (*conviction*). Ello no obstante, en lo tocante a las "hospital orders" u órdenes de ingreso en un hospital (293), el planteamiento es distinto, puesto que, si bien implican casi siempre la declaración de culpabilidad, cuando se trata de personas afectadas por una enfermedad mental o una anormalidad grave, puede el tribunal emitir una orden de esta naturaleza sin necesidad de recurrir a una declaración de culpabilidad (294).

Sin embargo, en relación con las *hospital orders* o decisiones de hospitalización, conviene señalar que, en virtud de lo dispuesto en la sección 65 del *Mental Health Act de 1959*, pueden ir acompañadas de una *restriction order* (295) u orden de restricción de libertad a efectos de salida del hospital, cuando, en atención a la naturaleza del delito, a los antecedentes del delincuente (*prognosis de autor*) y a los riesgos enormes de que aquel cometa nuevos delitos en el futuro (296), es necesario aumentar la protección de la comunidad. Una decisión de esta naturaleza lleva consigo ciertas restricciones, como la limitación de la facultad del paciente a obtener su liberación del hospital; liberación que no depende ya de la decisión de los médicos, sino del Secretario del Interior, por cuanto es éste el único que posee entonces la facultad de liberarle o transferirle a otra institución [sección 65 (3)]. Además, dicho organismo puede liberarle de modo absoluto (297) o bajo alguna condición; y, aún, en el caso de que se trate de un paciente condenado condicionalmente puede ser recla-

(291) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 51.

(292) HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 223 y 224.

(293) En consecuencia, han sido anuladas las disposiciones de la sección 30^a del *Magistrates Courts Act de 1952* y las del *Mental Deficiency Act de 1913*, en lo tocante a las denominadas *reception orders* (órdenes de internamiento) (Véase: GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 51).

(294) Sección 60 (2) del *Mental Health Act de 1959*. En 1967, fueron emitidas *hospital orders* en el 1,273 % de los casos no penados por el Tribunal, frente a 628 *probation orders* emitidas según el tenor de la sección 4 del *Criminal Justice Act de 1948* (HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 223). Una diferenciación clara entre *guardianship order* y *hospital order*, en WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 268 s.

(295) GIBBENS, T. C. N.: *Le traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RSCrim.*, 1969, 636; WALKER, N.: *Crime and Punishment*, 1966, 269; HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 224 s.

(296) GIBBENS, T. C. N.: *Prediction in Criminology*, en *The Howard Journal*, VIII (1952), 202 ss.; OHLIN: *Selection for Parole*, Russell Sage Fondation, 1951.

(297) No se trata aquí del sobreseimiento absoluto de nuestro derecho. *Vide supra*, 335, nota 166.

mado de nuevo mediante una orden de arresto (298). Resulta, de esta forma, una cierta proximidad entre este régimen y el de los establecimientos semiabiertos (299).

En fin, no pretendo estudiar aquí la efectividad de tales medidas —estudiada a fondo por GRÜNHUT (300)—, sino señalar tan sólo algunos de los problemas que tienen todavía vigencia. En este sentido, la mayor oposición al tratamiento “cuasi-extramuros” que implican las “*hospital orders*” ha venido del campo de los oficiales del régimen de prueba, los cuales han argüido, con razón, que, una vez decretado el internamiento del paciente, éste no dependerá ya del *probation officer* (oficial de prueba), sino de la vigilancia del médico o personal del hospital, por lo que, en tales supuestos, debería prescindirse por parte del tribunal de emitir una *probation order*, bastando, por el contrario, el simple establecimiento de una *conditional discharge* o condena condicional (301). Esto pone de relieve, una vez más, que, tratándose de condena condicional o de régimen de prueba, solamente debe procederse a un tipo u otro de internamiento psicoterapéutico, cuando existan establecimientos completamente diferenciados de los ordinarios, al modo, por ejemplo, de los *probation hostels*, etcétera..., establecimientos especiales de escasa capacidad y con un personal altamente especializado: aparte, por supuesto, de que a ellos van a parar individuos que todavía no están marcados con el estigma de la pena (302).

(298) HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 224.

(299) Vide, a este respecto: MACDONALD BELL, G.: *A Mental Hospital with Open Doors*, en *The Inter. Journal of Social Psychiatry*, vol. I (1951), 49 ss.; PONS: *Le traitement en milieu ouvert*, en *RDPP*, enero-marzo 1969, 127 ss.; *Zwanzig Jahre “Offene Strafanstalt für Männer”*.—Gustav Radbruch-Haus in Frankfurt am Main 1948-68, en *Z. für Strafvollzug*, 17/1 (1968), 29 ss. El § 42 III, n. 2 del Proyecto Alternativo (Vide: *AE 1966*, 2.ª ed., 1969, 129 y 130), dispone que, cuando no se den los requisitos o presupuestos para decretar el internamiento en un establecimiento terapéutico-social, puede ordenarse la estancia en un establecimiento abierto o semi-abierto como una recomendación (*Weisung*) del sistema de condena condicional (*StrafAussetzung zur Bewährung*), exigiéndose, claro está, el consentimiento del condenado (§ 42 III). En torno al concepto de establecimiento abierto o semi-abierto, vide: KALLWASS, W.: *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 119 nota 159.

(300) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 12 ss., ha estudiado en el año 1953 los resultados obtenidos con delincuentes contra la propiedad, con delincuentes sexuales, y en materia de delitos de violencia y otros.

(301) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 7.

(302) *Probation Homes and Hostels*, en *The Howard Journal*, VII (1947/1948), 155 ss., MONGER, M.: *Probation Hostels in Great Britain*, en *Federal Probation*, 31, 3 (1967), 33 ss.; JAUCH, Rolf: *Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung*, en *Materialen zur Strafrechtsreform*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, 1954, 135 y 136.

IV. EL INTERNAMIENTO DE LOS PSICOPATAS Y LOS ESTABLECIMIENTOS DE TERAPEUTICA SOCIAL

La problemática inherente al internamiento de los psicópatas es realmente una *vetata quaestio*. Durante la primera mitad de la centuria, la *praxis* utilizada normalmente con las personalidades psicopáticas ha sido: bien, declararlas inimputables, decretándose a renglón seguido su internamiento en un hospital o asilo, en el que faltaban los métodos terapéuticos y de disciplina adecuados (303); solución ésta la más frecuente, pero considerada, a todas luces, como insatisfactoria, ya que la especial estructura de la personalidad de tales individuos determinaba el que causarían enormes perturbaciones en el régimen interno de los hospitales, haciéndose indeseables al personal médico-psiquiátrico de los mismos, que, inmediatamente, los encuadraba en la rúbrica de “pacientes molestos” (304); o bien, eran declarados completamente inimputables (305), actuando, asimismo en este supuesto, como “perturbadores” (306) en el régimen normal de ejecución de la pena, donde eran “una verdadera cruz” (307), ya que no podía dárseles un tratamiento adecuado a la especial configuración de su personalidad, aparte de que dificultaban enormemente la labor emprendida con los demás reclusos, con los cuales litigaban de continuo, amén

(303) KALLWASS, W.: *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 93.

(304) KALLWASS, W. *Ob. cit., loc. cit.*; GIBBENS, T. C. N.: *Le traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RSCrim.*, 1969, n. 3, 633 ss., donde, con referencia al problema en Inglaterra, afirma: “Es necesario que el psiquiatra preste su consentimiento para que un enfermo sea enviado al hospital (privado) por el magistrado... Pues los psiquiatras ingleses andan con mucha cautela, porque los psicópatas son enfermos *impopulares*, que los médicos no quieren admitir en sus hospitales...” En idéntico sentido, *vide*: SACHS, Jan: *Zur Behandlung von kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschrKrim.*, 38 (1955), 78.

(305) DUKOR ha puesto de relieve (en *Zur Praxis der Massnahmen des schweizerischen Strafgesetzbuches*, en *R. P. S.*, 59 [1945], 288 ss., y en *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en *R. P. S.*, 66 [1951], 418 ss.) cómo en un determinado cantón suizo (el de la ciudad de Basilea) psicópatas criminales han sido declarados inimputables, si bien en base a los arts. 42 y 43 del Código penal suizo (no en virtud del 14 y 15). Incluso —afirma DECURTINS (en *Bisherige Erfahrung bezüglich der Art. 14 und 15 des schweizerischen Strafgesetzbuches*, en *R. P. S.*, 67 [1952], 458)—, la *praxis* ampliamente extendida de calificar por lo general a los psicópatas criminales como inimputables disminuidos se debe a un malentendido entre la Psiquiatría y la Ciencia del Derecho. El psiquiatra tendría que caracterizar, desde su punto de vista científico-naturalístico, de “anormales”, de “psicopáticos”, a individuos que, para el juez competente, no deberían ser mirados, desde el punto de vista moral, como enfermos, sino como personalidades “criminales”.

(306) “Difícilmente —destaca PETERS—, podrían tales individuos llegar a incluirse en la ejecución normal de la pena con fines pedagógicos, porque el marco ambiental del tratamiento no puede dejar de lado las características de los psicópatas graves, sin perturbar la adaptación de los demás reclusos” (*Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, Berlín, 1960, 281).

(307) MITTERMAIER, W.: *Gefängniskunde*, 1954, 56.

de dirigir insistentes escritos de queja a los ministerios de justicia. Si bien, en este último caso, las consecuencias eran mucho más lamentables, al no lograrse, de un lado, el fin de prevención especial.—su curación—, y, de otro, el de prevención general, esto es, la eficaz protección de la comunidad contra su peligrosidad. Sin embargo, tampoco mejoró su situación al venir calificados jurídicamente (308) como “imputables disminuidos” (309), pues, a efectos de tratamiento, iban a parar alternativamente a uno de los dos regímenes señalados anteriormente, según precisasen o no de tratamiento o cuidado médicos.

En la actualidad, el problema se ha visto desplazado del campo puramente jurídico-penal al psiquiátrico. Aunque, ciertamente, la psiquiatría no ha alcanzado aún su edad de oro, se encuentra, sin embargo, en constante evolución. Y, conscientes de una tarea que cumplir en la represión de los efectos antisociales que el delito lleva consigo, tanto la psicología general o profunda como la psiquiatría social (310) han hecho irrupción violenta en la moderna penología, reclamando con todo derecho un puesto preeminente en la lucha contra el delito;

(308) “El concepto de imputabilidad disminuida, como queda dicho, al igual que el de imputabilidad e inimputabilidad, no es un concepto médico-psiquiátrico, sino jurídico” (Vide, en este sentido: WYRSCH: *Gerichtliche Psychiatrie*, Bern, 1946 [hay traducción española del Dr. José M. SACRISTÁN, Espasa-Calpe, Madrid, 1949, 300]; MERGEN, A.: *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des 51 Abs. 2 StGB*, en *GA*, 1955, 193).

(309) “Un psicópata propiamente dicho es, en el sentido de la ley penal—afirmaba EXNER (en *Bemerkungen zu Stumpf: Erbanlage und Verbrechen*, en *MschKrim.*, 27 [1936], 338 s.)—, un imputable disminuido, mas no todos los imputables disminuidos son psicópatas”. En el mismo sentido, véase: MITTERMAYER (*Gefängniskunde*, 1954, 56 s.), aunque HELMUTH MAYER destaca cómo solamente pueden servir de base a la imputabilidad disminuida los estados que poseen valor de enfermedad, surgiendo, de este modo, el grave problema de determinar qué estados son tales, pues ni siquiera las definiciones de la psicopatía “dominantes” coinciden (*Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, 160).

(310) “Se ha hecho corriente el denominar “Psicología profunda” al modo de considerar la vida anímica inaugurado por FREUD y continuado por ADLER y JUNG...”, pero si tenemos en cuenta que el inconsciente pertenece en realidad a la vida anímica tanto como lo inconscientemente vivido, la Psicología no puede dejar de ser “Psicología profunda” si no quiere apartarse de su auténtico objeto” (LERSCH, Ph.: *La estructura de la personalidad*, trad. española por el doctor Ramón Sarró, Ed. Scientia, Barcelona, 1962, 584 y 585). Sobre las aplicaciones de la psicología profunda en la investigación del delito y en el tratamiento de los criminales, a través de AICHORN, ALEXANDER, REIWALD, FREUD, ALEXANDER y STAUB, JUNG, etc..., véase: MAUCH, G.: *Psychotherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 47 (1964), 112, 113 ss.). Sin embargo, las cuestiones metafísicas no son susceptibles de resolverse empíricamente; de ahí que sea el juez quien asuma la tarea de valoración de la culpabilidad, pues esta no puede predecirse con ayuda de las fuentes psicológicas del conocimiento. Lo que no obsta, en cambio, para reconocer gran valor a los resultados obtenidos por el método psicopatológico descriptivo en orden a una valoración criminológica general de la personalidad del delincuente (Vide: GÖPPINGER, H.: *Psychopathologische und tiefenpsychologische Untersuchungsmethoden und ihr Aussagewert für die Beurteilung des Täterpersönlichkeit und des Schuldfähigkeit*, en *NJW*, 1961, 243 ss.).

razón por la cual ha llegado, en suma, a adquirir carta de naturaleza —gracias, por cierto, al psicoanálisis de FREUD, a la psicología individual de ADLER y al llamado método sintético de C. G. JUNG (311), que han sentado las bases de la ulteriormente denominada teoría de las “psicopatías constitucionales” (312)—, la teoría con arreglo a la cual, la ciencia psiquiátrica debe participar en la lucha contra el delito de dos formas fundamentales: en primer lugar, *directamente*, es decir, mediante la elaboración de análisis científicos de los diversos elementos estructurales de la personalidad que conforman las situaciones criminales típicas; y, en segundo, *indirectamente*, al recibir aplicación en la moderna ciencia penitenciaria, tanto con vistas a la clasificación de los penados, como respecto al tratamiento médico-psiquiátrico que puedan precisar y a la individualización de su régimen carcelario (313). De este modo, en la realización práctica de esta segunda tarea, la psiquiatría forense “selecciona con vistas a un tratamiento especial a aquellos individuos que, sin ser enfermos mentales en el sentido estricto del término, muestran, sin embargo, alguna deficiencia o anomalía mental (incluyendo, por supuesto, las anomalías de carácter sexual) (314); personalidades, en definitiva, que, en lugar de psicópatas, STÜRUP ha preferido llamar “afectas de insuficiencia caracterológica” o “defectuosamente equipadas desde el punto de vista caracterológico para conducirse en el medio en que han de vivir” (315).

En consecuencia, por influjo de la psiquiatría en el campo del Derecho penal (316) y el desarrollo de los modernos métodos de tratamiento han ido atenuándose las diferencias que el primitivo sistema

(311) FORDHAM, Michael: *On Jung's Contribution to Social Psychiatry*, en *The Inter. Journal of Social Psychiatry*, vol. I (1955), 14 ss.

(312) GARNIER, P.: *L'internement des psychopathes criminels*, en *R. P. S.*, 52 (1938), 360.

(313) STÜRUP, G. K.: *The Importance of Psychiatry in Prison Work, Report presented by...* XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950, *Proceedings*, vol. III (1951), 269.

(314) STÜRUP, G. K.: *Ob. cit.*, pág. 271.

(315) STÜRUP, G. K.: *How can psychiatric science be applied in prisons with regard both the medical treatment of certain prisoners and to the classification of prisoners and individualization of the regime?*, *General Report presented by...*; XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 167.

(316) A medida que se ha ido estrechando el acercamiento entre la ciencia médico-psiquiátrica y la jurídica, han ido reduciéndose paulatinamente los antagonismos dogmáticos que separaban al médico o al psiquiatra del juez. Lo que ahora sucede es que las dificultades del trabajo científico en colaboración mutua se derivan muchas veces de que las previsiones psicológicas que contienen las normas jurídicas no concuerdan con la psicología de cada autor individual; y si en ocasiones el psiquiatra no establece una diagnosis que de un modo *claro y concreto* determine los límites entre la imputabilidad completa y la disminuida, no se trata entonces forzosamente de una falta del psiquiatra, sino más bien de que, a menudo, el Derecho hace uso de conceptos ambiguos e insatisfactorios sobre la naturaleza humana (BLEULER: *Richter und Arzt*, en *R. P. S.*, 58, 1 (1944), 1 ss., en esp. 11 y 23). En un sentido más concreto, véase: WILMANN, K.: *Die Stellung des Psychiaters zu den Entwürfen zu einem deutschen Reichsstrafgesetzbuch*, en *R. P. S.*, 48 (1934), 63 ss.

alternativo establecía (317) entre las dos formas de tratamiento de las personalidades psicopáticas, esto es: según se conceptuasen como enfermos —en cuyo caso debían ir a parar a un establecimiento psiquiátrico o a algún otro anexo al mismo (318)—, o como imputables con capacidad de pena —supuesto éste en el que debían ingresar en prisión o en algún establecimiento psiquiátrico anexo a la misma (319)—; llegándose, de esta forma, mas no sin dificultades y vacilaciones, alguna de las cuales aún persisten hoy en día, a la creencia mayoritaria en la necesidad de crear establecimientos especiales para psicópatas, estructuralmente a caballo entre el establecimiento penal propiamente dicho y el de carácter puramente psiquiátrico (320).

Sin embargo, desde que la idea fuera planteada con toda su problemática, aunque en tono un tanto escéptico, por WILMANN (321)

(317) GIBBENS, T. C. N.: *Rapports de la Psychiatrie et du droit pénal*, en *RSCrim.*, 1961, 465 ss.

(318) La posibilidad de crear establecimientos para psicópatas anexos a las casas de salud data del primer tercio de este siglo, aunque entonces fue rechazada de plano por las dificultades que supondría la aglomeración de tales sujetos y, especialmente, por el pequeño ahorro en los costos que supondría. *Vide*, en este sentido: KIEHLHOLZ, A.: *Zur Frage der Versorgung verbrüderischer Psychopathen*, en *R. P. S.*, 53 (1939), 80, quien destaca cómo “resulta muy difícil llevar a cabo de forma consecuente la disciplina penal que exigirían los elementos internados dentro del marco de un tratamiento más libre como es el requerido por el resto del personal allí internado como enfermo”; EL MISMO: *Beurteilung und Behandlung krimineller Psychopathen*, en *R. P. S.*, 60 (1946), 244 ss.; BRINER, O.: *Die Verwahrung von gemeingefährlichen Geisteskranken*, en *R. P. S.*, 57 (1943), 51; MORGENTHAUER, W.: *Die Versorgung verbrüderischer Psychopathen*, en *R. P. S.*, 52, 4 (1938), 339 ss., esp. 353; GARNIER, Paul: *L'internement des psychopathes criminels*, en *R.P.S.*, 52, 4 (1938), 369; LÜSCHER: *Die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Diss. Bern, 1922; todos ellos claramente en contra de la erección de tales anexos.

(319) Entre los partidarios del internamiento de los psicópatas en anexos psiquiátricos a las prisiones o en estas, *vide*: VERVAECK: *Les avantages des annexes psychiatriques des prisons au point de vue pénal et pénitentiaire*, en *RDPC*, 1927, 259 ss. Una visión del estado de la cuestión puede obtenerse en REMY: *Le point de vue psychiatrique dans la question des établissements destinés à l'exécution des peines, y compris les établissements pour l'internement des délinquants atteints de maladies mentales*, en *R. P. S.*, 69 (1954), 481 ss., donde da acogida a la opinión favorable de BINDER, WYRSCH, STÄHELIN, PETER, etc...

(320) PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, Berlín, 1960, 281 ss.; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 93. En 1954, se aprobó en Inglaterra una recomendación hecha 15 años antes por Sir N. East y el doctor Hubert, en el sentido de establecer una institución especial —mitad prisión, mitad hospital—, para el tratamiento de psicópatas (concretamente, para 300) (*Notes of the Year*, en *The Howard Journal*, IX (1954), 7). Así nació la *East-Huber Institution* como un establecimiento especial para el tratamiento de los psicópatas delincuentes (*Vide*: PRINS, H. A.: *The Probation Officer and After-Care Case Worker*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 561).

(321) WILMANN, K.: *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales problem der Entwürfe zu einem deutschen StGB*, Berlín, 1927, 74 ss., el cual afirmaba que “pese a que las experiencias nos demuestran que los psicópatas son aptos para la pena (pág. 365)..., su encierro en las prisiones traería como resultado una psicosis de masa y una simulación consciente (pág. 232)”;

y más tarde defendida entusiastamente por MORGENTHALE, GARNIER y BRINER (322), se ha visto sometida a un examen crítico de mayor rigor y a un nuevo planteamiento; lo que ha supuesto, en cierto modo, un retroceso en su avance progresivo, determinado por el hecho de que los modernos métodos de tratamiento penitenciario incluyen también formas de clasificación y métodos de tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico (323), con lo que la diferencia entre los establecimientos penales ordinarios y los modernos institutos de terapéutica social ha ido decreciendo paulatinamente. De ahí que sea todavía objeto de discusión la cuestión de si los psicópatas deben ser internados en establecimientos especiales o si, en base, sobre todo, a razones de carácter económico (324), es, por el contrario, pre-

aparte de que "en una vida superordenada tanto política como socio-económicamente tal cual es la del siglo XX, sería, en suma, un (imputable) disminuido todo aquel individuo que encontrase dificultades de cualquier tipo en orden a adaptarse a las normas preestablecidas, lo que supondría que un gran número de individuos tendrían que ser excluidos o discriminados de la ejecución ordinaria de la pena, surgiendo, de ese modo, dificultades de carácter económico derivadas de la creación de establecimientos y formación del personal adecuado" (pág. 74).

(322) BRINER, O.: *Die Verwahrung von gemeingefährlichen Geisteskranken*; en *R. P. S.*, 57 (1943), 51; GARNIER, P.: *L'internement des psychopathes criminels*, en *R. P. S.*, 52, 4 (1938), 369; MORGENTHALE, W.: *Die Versorgung verbrennerischer Psychopathen*, en *R. P. S.*, 52, 4 (1938), 339 ss.; pese a que todos ellos se manifiestan decididos partidarios del establecimiento especial, esbozan, no obstante, todo un haz de posibilidades diversas de internamiento para los psicópatas.

(323) La psicoterapia [entendida como un esfuerzo por comprender el sentido del sufrimiento o de la perturbación, a fin de que, tomando el individuo conciencia de ello, logre un cambio estructural de su personalidad, para así alcanzar a través de un contacto interhumano (por la llamada *terapia de grupo*) un desarrollo psíquico que le permita dominar tales dificultades sin ayuda del terapeuta (HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 245 ss., que ofrece un cuadro de tipos delinquentes a los que puede aplicárseles eficazmente psicoterapia)], recibe aplicación en el campo penal por tres conductos distintos, de donde resultan jurídico-penalmente hablando tres clases de psicoterapia, según MAUCH (*Psychotherapie im Strafvollzug*, en *R. P. S.*, 82 [1966], 401 y 402): a) *Psicoterapia aplicada durante el proceso penal*; b) *Psicoterapia concebida como una medida al lado de la pena*; c) y, finalmente, *psicoterapia practicada durante la ejecución de la pena* (supuestos los dos últimos, en que, por existir responsabilidad jurídico-penal, la aplicación de la psicoterapia debe llevarse a cabo en un determinado establecimiento especial, por lo que representa de método de tratamiento curativo —así, por ejemplo, la realizada en establecimientos como el alemán de *Hohenasperg*, el danés de *Herstedvester* y la *van der Hoeven-Kliniek* holandesa—) (Vide, también a este respecto: MAUCH, G.: *Psychotherapie an Kriminellen in Holland*, en *MschKrim.*, 48, 4 [1965], 177 ss., esp. 179; EL MISMO: *Psychotherapie Krimineller im Vollzug als Resozialisierungsmassnahme*, en *Der Krankenhausarzt*, 36 (1963), cuaderno 3; EL MISMO: *Psychotherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 47, 3 [1964], 108 ss.; SPIEL, W.: *Die Pschotherapeutische Möglichkeiten im Strafvollzug*, en *Kriminalistik*, 19 (1965), 272 ss.; HERREN, R.: *Das Stumme Gewissen: Probleme der Psychotherapie in modernen Strafvollzug*, en *Z. F. Strafvollzug*, 14 (1965), 202 ss.

(324) Solución que, por poco ahorrativa, rechaza BRINER (*Die Verwahrung von gemeingefährlichen Geisteskranken*, en *R. P. S.*, 57 [1943], 51).

ferible su internamiento en departamentos o secciones psiquiátricas especiales creadas dentro de las mismas instituciones penales. Lo importante, a mi juicio, es que, partiendo de la premisa, según la cual, tanto desde el punto de vista médico-psiquiátrico como del de una mayor y más eficaz protección de la sociedad, cierta clase de delincuentes —como, por ejemplo, los tuberculosos (325), los pervertidos sexuales (326), etc.—, debe ser tajantemente excluida del régimen normal de ejecución de la pena (porque, en libertad, revestirían un grave peligro para la comunidad, y, en los establecimientos penales ordinarios, ocasionarían graves molestias), la idea de la necesidad de crear establecimientos especiales para las personalidades afectadas de perturbaciones de carácter psicopático ha encontrado una acogida cada vez más favorable en la legislación y en la *praxis* de numerosos países, entre los que cabe contar a Gran Bretaña, Estados Unidos, Noruega, Suecia, Dinamarca, Holanda, Bélgica (327) y, en fecha reciente, la República Federal Alemana, que, en virtud del párrafo 65 de la Segunda Ley de Reforma penal de 4 de julio de 1969 (328), ha introducido los denominados “establecimientos terapéutico-sociales”, en base a la fundamentación que de ellos había elaborado el Proyecto Alternativo y siguiendo el modelo danés del establecimiento de *Herstedvester*, dirigido por G. K. STÜRUP (329).

Vide, asimismo: JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allg. Teil)*, en *ZStW*, 80 (1968), 54; EL MISMO: *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, 28, con referencia especial a las experiencias danesas, concretamente de *Herstedvester*; PETER: *Die Anstalten für den Strafvollzug und die Verwahrung geisteskranker Rechtsbrecher, Bau- und Finanzfragen*, en *R. P. S.*, 69 (1954), 463.

(325) JOHANNES, Th.: *Der Tuberkulose im Strafvollzug*, Berlín, 1964, que plantea el problema de si los tuberculosos pueden ser tratados con arreglo al párrafo 51, 2, del *StGB* alemán, dado que no existe un diagnóstico del “carácter tuberculoso”.

(326) SCHORSCH, E.: *Die sexuelle Perversion, ihre Differentialdiagnose und Therapie*, en *MschKrim.*, 49, 6 (1966), 253 ss.; STÜRUP, G. K.: *El tratamiento de la criminalidad sexual en Escandinavia*, en *Sexualidad y Crimen*, trad., por E. GIMBERNAT, 1969, 250.

(327) La ley belga de defensa social de 9 de abril de 1930, sin establecer diferencias a efectos de tratamiento, entre enajenados y anormales (inimputables e imputables disminuidos), preveía para tales sujetos un régimen especial de tratamiento que nunca llegó a aplicarse, destacándose por la doctrina, a partir de 1935, su “incompleta e insatisfactoria aplicación”, a causa de que el Estado jamás consintió en realizar el esfuerzo presupuestario preciso para cumplir las previsiones de su articulado (VAN DEN BOSCHE, J. y FETTWEIS, A.: *L'évolution récente de la législation belge de défense sociale*, en *RDPC.*, noviembre 1967, 135 ss.; CORNIL, L.: *La Loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930*, en *RDP*, 1930, 837 ss., 1019 ss.).

(328) 2. *StrRG*, §§ 61 y 65 (*BGBI. I 717*).

(329) *Alternativ-Entwurf eines StGB, Allg. Teil*, dirigido por BAUMANN, 2.ª ed., Tübingen, 1969, 132 ss.

Pues bien; aunque con ciertas discrepancias relativas a las formas y requisitos del tratamiento a seguir en dichos establecimientos (330)—lo que nos obliga a adoptar una postura crítica ante la problemática que plantean—, debemos, no obstante, adelantar que el tratamiento especial requerido por los psicópatas se distancia del régimen normal a que vienen sometidos los penados ordinarios en una serie de puntos fundamentales que examinaremos seguidamente y que, a grosso modo, constituyen el fundamento y fines de la existencia de dichas instituciones, llámense establecimientos de terapéutica social o de otro modo.

Por consiguiente, se hace, en primer término, imprescindible una labor de clasificación de los individuos aquejados de tales perturbaciones y que *a priori*, es decir, con arreglo a las predicciones deducidas de las distintas tablas de *prognosis*, reúnen las condiciones exigidas para responder positivamente al tratamiento que va a serles practicado con posterioridad en tales establecimientos (331), por cuanto la eficacia de dicho tratamiento depende, en definitiva, de la bondad de la selección y clasificación practicadas (332). Conviene aclarar, sin embargo, que “clasificación no significa ni mucho menos realizar, como suele hacerse a menudo, un *etiquetado uniforme y carente de sentido*” (333), sino, antes bien, como ha puesto de relieve SONDEN (334), debe de verificarse de forma tal que, en sus pronósticos pueda basarse sólidamente el ulterior tratamiento. En consecuencia, resulta obvia la necesidad de que sean psiquiatras quienes realicen la tarea de clasificar a los psicópatas aptos para recibir, con posibilidades de éxito, un tratamiento tal. Ahora bien, a mi modo de ver, el problema más grave que afecta a toda esta primera etapa es, de un lado, el inherente al *valor relativo* que debe atribuirse a los métodos y *tablas de prognosis* (335), por cuanto en ningún caso puede exigirseles una

(330) *Vide*, en idéntico sentido: EISENBERG, Ulrich: *Zum Behandlungskonzept der Sozialtherapeutischen Anstalten* (2. StrRG, § 65), en *NJW*, 1969, 1553, quien subraya cómo “adoptar ante tales establecimientos una postura crítica no significa estar en contra de su erección, apoyada en fundamentos de carácter humanitario, en el sentido de una evolución espiritual...”.

(331) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950, *Proceedings*, vol. III (1951), 170.

(332) FULLER, Justin K.: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950, *Proceedings*, vol. III (1951), 234 y 235.

(333) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, *Ibidem*, 170.

(334) SONDEN, Torsten: *Report presented by...*, *Ibidem*, 260 ss.

(335) Por *Prognosis criminal* —llamada también *prognosis criminológica, biológica-criminal o prognosis social*— se comprenden los diversos intentos de predicción de probabilidad de la conducta criminal futura de los individuos. Mientras la *prognosis criminal* sólo tiene por objeto el comportamiento criminal del individuo y comprende, por tanto, una parte de la *prognosis sociológica*, ésta tiene por objeto determinar la predicción de probabilidades sobre la conducta futura desde el punto de vista social. Dentro de ella se distinguen dos clases: la *prognosis socio-política* —que aporta conocimientos sobre la vida social— y la *social* propiamente dicha, referida a la conducta social futura de una determinada persona. Dejado atrás el método intuitivo, predomina hoy

seguridad, o certeza absolutas en sus predicciones; y, de otro, el *diverso valor* que a la *prognosis* se otorga, primero, por las distintas legislaciones (336) —en alguna de las cuales, pese a declaraciones de marcado acento preventivista especial, suelen prevalecer, empero, las exigencias de prevención general bajo fórmulas soterradas como las de “*defensa del orden jurídico*”, “*interés público*”, etc... (337)—, y, segundo, por las diversas administraciones de justicia, en las cuales se dan, a veces, situaciones un tanto asombrosas, pues —como ocurre en la Alemania Federal—, las *prognosis* establecidas por los jueces no llegan más tarde a ser reconocidas por el Tribunal Supremo Federal (338), motivo por el cual los tribunales inferiores se reprimen bastante en, lo tocante a ordenar ciertas medidas, cuya imposición debe hacerse depender, en todo caso, de una *prognosis* previa sobre la personalidad del inculpado o condenado.

Mas, pese a todo ello, el moderno Derecho penal de medidas exige tomar cada vez más en consideración la personalidad del autor (339); por lo que, aún viniendo afectas las *prognosis intuitivas* de un alto porcentaje de defectos y no siendo posible por este camino una predicción exacta, hay que convenir con LEFERENZ (340) en que la investigación de la personalidad del autor del hecho delictivo debe seguir siendo el fundamento de todos y cada uno de los esfuerzos de *prognosis*, pues sólo así lograrán aplicarse con eficacia —si bien con cierto margen al error—, las medidas individualizadoras.

De otro lado, se pone de relieve la necesidad de que tales establecimientos no revistan la apariencia o figura de hospitales psiquiá-

el estadístico (*Vide*, a este respecto: GEERDS, Friedrich: *Zur Kriminellen Prognose*, en *Mschkrim.*, 43 [1960], 92 ss., con gran profusión bibliográfica; MIDDENDORF, W.: *Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal*, Madrid, Espasa-Calpe, 1970, trad. por RODRÍGUEZ DEVESA; MEYER, Fritz: *Der Kriminologische Wert von Prognosetafeln*, en *Mschkrim.*, 42 (1959), 214 ss.).

(336) Así, en el Derecho penal alemán se reconoce valor a la *prognosis criminal de autor* para la aplicación de los párrafos siguientes: 23-26, 42a-42h del StGB y 20 ss. de la JGG, etc. (MERGEN, A.: *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 Abs. 2 StGB*, en *GA*, 1955, 202 y 203, nota 33).

(337) *Vide supra*, 345 ss.

(338) *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 4, 49.

(339) Sobre la valoración criminológica de la personalidad del delincuente y la individualización practicadas en el ámbito del proceso penal, véase, WÜRTEMBERGER, T.: *Zur Beurteilung der Persönlichkeit des Rechtsbrechers vor dem Urteil*, en *NJW*, 1952, 249 ss.; En contra de los intentos de individualización que rozan el llamado *Derecho penal de autor*, vide: RADBRUCH, G.: *Die Wandlung*, 1947, 15. Asimismo, un avance del estado de la cuestión puede verse en DROST, W.: *Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts*, 1930.

(340) LEFERENZ: “*Probleme der kriminologischen Prognose*”, en “*Kriminalbiol. Gegenwartsfragen*”, cuaderno 3, dirigido por BEZGER y WÜRTEMBERGER, Stuttgart, 1958, 36 ss., cit., por MEYER, Fritz: *Der kriminologische Wert von Prognosetafeln*, en *Mschkrim.*, 42 (1959), 219.

tricos (341), ya que no debe darse al psicópata la impresión de que se le considera y trata como a un enfermo o a persona necesitada de cuidados; pues, por regla general, las personalidades psicopáticas suelen rechazar toda ayuda en base a considerar que “ellas no tienen dificultades, ni necesidad de tratamiento”, sino que, por el contrario, “son los demás quienes realmente les causan las dificultades” (342). Pero es que, de otro lado, lo dicho cobra, además, enorme relieve, si se pretende que tales sujetos adquieran una conciencia social de responsabilidad que les permita su posterior reinserción en la comunidad; para lo cual parece, en principio, bastante adecuado el tratamiento practicado en hospitales con régimen de “*open-door*” o puertas abiertas.

En otro orden de cosas, la serie de dificultades que presenta el carácter de los detenidos —no en vano se ha argüido en contra de tales establecimientos especiales para psicópatas que una aglomeración de personas difíciles no sólo vuelve más difícil el régimen de ejecución de la pena o medida, sino que, por añadidura, acentúa las reacciones anormales de aquéllas (343)—, exige que el número de internos sea limitado, mientras que el de funcionarios ha de ser proporcionalmente mayor (344). Sin duda, estamos aquí en presencia de uno de los mayores problemas a la hora de decidirse por la erección de tales instituciones, pues, además de requerirse un personal psiquiátrico y psicoterapéutico especializado, es menester que posea experiencia en el campo penitenciario y en el trato con psicópatas. De ahí que a la dificultad propia de encontrar un personal competente para la realización de esa tarea deba agregarse la derivada de los enormes gastos de financiación que ello trae consigo; razón ésta que há determinado el nacimiento de una fuerte corriente de opinión opuesta a tales establecimientos (345). Sin embargo, conviene recordar que las experien-

(341) SACHS, Jan: *Zur Behandlung von kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschKrim.*, 38 (1955), 74.

(342) STÜRUP, G. K.: en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV, *Allg. Teil*, 1958, 184; SACHS, Jan: *Ob. cit.*, 74 ss.

(343) PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 280; MITTERMAIER, W.: *Gefängniskunde*, 1954, 56.

(344) Así, el establecimiento de Ila, en Noruega, fue erigido para 120 internos (MITTERMAIER, W.: *Gefängniskunde*, 56). El de *Herstedvester*, dirigido por STÜRUP, cuenta con, aproximadamente, 170 psicópatas criminales internos, de los que 25 están internados en departamentos aparte (SACHS, Jan: *Zur Behandlung von Kriminellen Psychopathen*, en *MschKrim.*, 38 [1955], 70). El límite ideal de detenidos parece ser de 180 a 200, según observa STÜRUP (*General Report presented by... XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III [1951], 171 y en *Niederschriften...*, 182 ss.).

(345) Las razones económicas fueron la objeción principal formulada contra las propuestas, en este sentido, del Proyecto Alternativo alemán para un Código penal, especialmente por JESCHECK, para el que los establecimientos terapéutico-sociales previstos por dicho proyecto exigirían un desembolso dinerario muy gravoso para el estado alemán federal, en el que un establecimiento con capacidad para 2.000 personas supondría al gobierno alrededor de unos 67 mi-

cias danesas en este punto han demostrado que puede comenzarse perfectamente con un personal técnico mínimo, aunque con un alto grado de especialización (346), el cual se encargará después de enseñar al resto de los funcionarios las técnicas apropiadas.

Suele, asimismo, afirmarse (347) que el tratamiento de los psicópatas criminales debe llevarse a cabo "intra-muros", es decir, a puerta cerrada, como una exigencia derivada de la peligrosidad que revela la realización de hechos delictivos de cierta gravedad y un relativamente alto índice de reincidencia, así como del principio según el cual, la finalidad perseguida por la pena no debe quedar fuera de dicho tratamiento (348); si bien, como señala SACHS, el tratamiento a puerta cerrada no excluye que dentro del establecimiento se disfrute de una cierta libertad de movimientos. Sin embargo, las modernas experiencias anglosajonas con hospitales en régimen "open-door" y en materia de tratamiento ambulatorio (349) ponen de relieve cómo el criterio anterior no puede aceptarse, sin más, *a priori*, por cuanto el vivir en libertad —señala DUKOR (350)—, es en algunos casos fundamental para desarrollar el sentido social de responsabilidad en el psicópata. Ello no obstante, en los supuestos en que se conceda al internado la libertad condicional, después de haber permanecido un determinado

lones y medio de marcos anuales (JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Allg. Teil)*, en *ZStW*, 80 [1968], 54; EL MISMO: *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, 28 ss., con especial referencia a las experiencias danesas). Una opinión similar es la del suizo PETER (*Die Anstalten für den Strafvollzug und die Verwahrung geisteskranker Rechtsbrecher, Bau- und Finanzfragen*, en *R. P. S.*, 69 [1954], 463), claramente opuesto a la erección de tales establecimientos especiales (en contra, propone el internamiento de los psicópatas criminales en pequeños grupos en los distintos establecimientos penales), por considerarla excesivamente costosa, al suponer un gasto, a los ojos del pueblo, innecesario, por cuanto la masa popular está todavía muy enraizada en la pena puramente retributiva.

(346) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, 170.

(347) SACHS, Jan: *Ob. cit.*, 73.

(348) FLITNER, Fritz: *Zur Einrichtung von Psychopathenanstalten*, en *M.schrKrim.*, 49 (1966), 204. Este es un punto sobre el que versa una enorme polémica y que ha dado lugar, en suma, a la erección de dos tipos de establecimientos dentro de los especiales para psicópatas. *Vide infra*, 381, nota 381.

(349) SCHÜTZ: *Erfahrungen in einer offenen Strafanstalt mit Erschäftlingen*, en *Schuld und Schicksal*, 1969, 226 ss. *Vide supra*, 348 ss. El *Henderson Hospital* es un establecimiento abierto.

(350) DUKOR, B.: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 50 ss. *Vide*: MORROW, William R.: *Escapes of psychiatric offenders*, en *J. CRIM L. C. & P. S.*, 60 (1969), 464 ss., donde estudia el elevado índice de evasiones realizadas por delinquentes enfermos mentales reclusos en establecimientos psiquiátricos, relacionándolo con el índice de huidas practicadas en establecimientos con o sin garantías de seguridad; comparando tales resultados con las evasiones sucedidas en las prisiones o instituciones correccionales de carácter no psiquiátrico. Finalmente, estudia también las propensiones a evadirse, de uno u otro tipo de enfermo mental, cuestionando si existen o no características configurativas personales que permitan establecer diferencias entre los delinquentes que intentan evadirse y aquellos que no hacen nada por intentarlo.

período de tiempo en un establecimiento de esta índole, debe prolongarse en libertad el tratamiento médico-psiquiátrico (351) —con lo que adquiere así el carácter de tratamiento ambulatorio—, bien en el propio establecimiento, bien en un establecimiento elegido voluntariamente por el paciente o en otro cualquiera que reúna condiciones para ello, pero sirviéndose siempre de la ayuda de un asistente u oficial de prueba (352), por cuanto, tratándose de personalidades psicopáticas, la ayuda post-penitenciaria deberá organizarse de forma tal que sea una continuación del tratamiento que se les ha practicado en el interior del establecimiento, procurándose, de otro lado, no enviar a los ex-detenido^s al medio social en que vivían con anterioridad a su internamiento (353).

Ahora bien, en lo tocante a los diversos métodos de tratamiento a emplear en el interior de dichas instituciones, existe una opinión mayoritaria que aconseja hacer lo posible para que el tratamiento en sus distintas formas y etapas alcance un alto grado de individualización, a fin de poder atender a las peculiaridades que presentan las diversas clases de psicopatías (354). En tal sentido, no se ha vacilado en afirmar, por ejemplo, que “los diez grupos de psicopatías de SCHNEIDER son también grupos de tratamiento” (355); afirmación que debe entenderse, en mi opinión, en un sentido muy lato, so pena de dejar fuera del tratamiento adecuado a infinidad de tipos psicopáticos que no encajan dentro de los del afamado psiquiatra alemán, cuyas definiciones, dicho sea de paso, no coinciden tampoco —pese a ser de las más autorizadas en la materia—, con las de una considerable mayoría de psiquiatras (356).

También es imprescindible que tanto los psiquiatras como los psicólogos procuren algo tan difícil, pero fundamental desde el punto de vista reeducativo, como es “hacer simpáticos a los psicópatas”, para lo cual es menester crear “una atmósfera familiar dentro del estable-

(351) SACHS, Jan: *Zur Behandlung von Kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MtschrKrim.*, 38 (1955), 71.

(352) STÜRUP destacaba, en 1950, cómo de los 300 internos de *Hersted-veste*, 200 se encontraban en régimen de libertad condicional y cómo de 150 liberados, definitivamente sólo se constataron tres casos de reincidencia; datos en los que apoya STÜRUP su argumento de que “todos los liberados, condicionalmente o no, hacen todo lo posible para no regresar al establecimiento, a pesar de que la atmósfera que reina en él es puramente psiquiátrica” (*General Report presented by....* 170 y 171). *Vide*, además, sobre el tratamiento ambulatorio, 348 ss.

(353) FULLER, J. K.: *Report presented by...., XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 233 ss.

(354) MUTRUX, S.: *Les psychopathes et leur traitement*, en *Rev. inter. de crim., et pol., théc.*, vol. XXII, n. 3 (1968), 193 s.

(355) PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 283, nota 540.

(356) *Vide supra*, 322 ss.; MAYER, H.: *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, 160.

cimiento, motivo por el cual no deben crearse grupos de trabajo excesivamente numerosos, cuyo control resultaría muy difícil (357).

Mayor problemática presenta la tarea de delimitación de competencias entre la misión de psiquiátricas y psicólogos dentro de dichas instituciones, esto es: si el psiquiatra debe participar por entero en la empresa de regeneración integral del interno (358) o, si, por el contrario, deberá limitarse en todo caso a la tarea estrictamente psiquiátrica (tratamiento médico-psiquiátrico), mientras el psicólogo será quien se ocupe de la regeneración estrictamente caracterológica (359). No obstante la división de criterios que reina en esta materia, creo que el término ideal sería lograr una colaboración estrecha entre las tareas de ambos y, en suma, una coordinación perfecta entre la labor de todos los funcionarios técnicos que desempeñan su tarea en el establecimiento, por cuanto esta confluencia permitirá, sin lugar a dudas, una más fácil y rápida reeducación del psicópata (360).

Pues bien; pese a la diversidad de conceptos existentes sobre tratamiento, las técnicas utilizadas normalmente en dichos establecimientos van desde el tratamiento médico-psiquiátrico y quirúrgico o en forma de quimioterapia al psicoanálisis, la psicoterapia y la socioterapia; disciplinas éstas dos últimas que constituyen una verdadera novedad científica (361). Mas, antes de proseguir, conviene hacer algunas aclaraciones. Así, por ejemplo, no debe confundirse el psicoanálisis con la psicoterapia, por cuanto el primero no es otra cosa que "una más entre las muchas técnicas psicoterapéuticas" (362) —de gran aplicación, por cierto, en las neurosis—, al lado de la cual exis-

(357) STÜRUP, G. K.: *Niederschriften...* 182 ss.; SACHS, Jan: *Zur Behandlung von Kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschrKrim.*, 38 (1955), 78. En este sentido, FULLER considera que el tratamiento psicoterapéutico en grupo debe aplicarse a grupos relativamente limitados, no superiores a 12 miembros, de características psicopáticas similares (FULLER J. K.: *Report presented by...*; *XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III [1951], 237; SCARFITTI, F. R. y STEPHENSON, R. M.: *The Use of Small Group in the Rehabilitation of Delinquents*, en *Federal Probation*, 30 [1966], 45 ss.).

(358) Así en Suecia, Dinamarca, U. S. A., etc. (STÜRUP, G. K.: *General Report...*, 169).

(359) BAAN, P. A. H.: *Report presented by...*; *XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 202 ss.; EL MISMO: *Zur Behandlung und Resozialisierung psychisch gestörter Delinquenten*, en *Psychiatrie und Gesellschaft*, dirigida por EHRHARDT, PLOOG y STUTTE, 1958, 251-262.

(360) Vide, en este sentido: BUSCH, Max: *Die Zusammenarbeit von Psychotherapeuth, Psychologe und Fürsorge*, en *MschrKrim.*, 43 (1960), 204 ss.; GÖPPINGER, H. E.: *Möglichkeiten und Grenzen einer Resozialisierung mit Mitteln der Psychiatrie, Psychologie und Psychotherapie*, en *BwH.*, 14 (1965), 202 ss.

(361) Su aplicación práctica a los reclusos data de la época inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial (Vide, MAUCH, G.: *Verbrechensbekämpfung und Sozialtherapie*, en *Wege zum Menschen*, 1968, 5, 164 ss., en esp. 167).

(362) MUTRUX, S.: *Les psychopathes et leur traitement*, en *Rev. inter. crim. et pol. tech.*, vol. XXII, n. 3 (1968), 194.

ten las denominadas: psicoterapéutica explicativa, racional y, consciente; sugestiva; hipnótica; transferencial, pauloviana y, en fin, las técnicas psicoterapéuticas *behavioristas* de condicionamiento y descondicionamiento estudiadas especialmente por EISENCK y su escuela (363).

En lo que respecta al tratamiento médico-psiquiátrico que se haya de aplicar en dichas instituciones, debe plantearse, en primer lugar, la cuestión de sus límites, ya que, además de tratarse de procedimientos permitidos por las leyes y respetuosos, por ende, con la dignidad de la persona humana —que no se ha perdido por el mero hecho de haber ingresado en prisión o en un establecimiento destinado a cumplir medidas de seguridad— (364), ha de contarse, en todo caso, con el consentimiento del recluso o paciente (365); ello, aparte, claro está, de que tal tratamiento, si se pretende que sea de utilidad, ha de verse complementado por una terapia adecuada.

Pero, la técnica más utilizada con las personalidades psicopáticas es, sin duda alguna, la denominada *psicoterapia criminal* (366), en sus formas de *psicoterapia individual* (367) y de *socioterapia* —de difícil aplicación, por cierto, en los establecimientos penitenciarios ordinarios, al requerir una organización distinta por completo de la que actualmente revisten (368)—. Dentro de la socioterapia, suelen emplearse la denominada *terapia de grupo* (369), y el denominado “*Group Coun-*

(363) MUTRUX, S.: *Ob. cit., loc. cit.*; EISENCK: *The Effect of Psychotherapy*, en *Hb. of Abnormal Psychology*, Londres, 1960, 697 ss.

(364) DELITALA, Giacomo: *Le respect de la Personne Humaine dans l'exécution de la peine en Cahiers du Droit*, núm. 41 (1957), 109-116, cit., por PETERS, en *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 284, nota 542.

(365) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 1970, 425 ss.; EL MISMO: *Derecho penal español, Parte Especial*, 3.ª ed., 1969, 144 s.

(366) No es misión de la psicoterapia criminal minar la estructura social y los valores ético-sociales, sino consolidarlos mediante la mejor comprensión y la mitigación del sufrimiento y de los trastornos funcionales (SEHMIDEBERG, M.: *Prinzipien der Kriminal-psychotherapie. Einige Folgerungen für die allgemeine Psychiatrie*, en *MschrKrim*, 49, 4 (1966), 148). *Vide*, también: FERRACUTTI, F.: *Values in Criminal Psychotherapy*, en *J. Offender Therapy*, 7 (1963), 48 ss.

(367) FEIGE, J.: *Der Individualisierungsgedanke im Vollzug der Freiheitsstrafe*, en *ZStW*, 73 (1961), 614 ss.; EL MISMO: *Neue Psychologische Methoden für die Behandlung der Gefangenen*, en *Z. für Strafvollzug*, 11 (1962), 316 ss.; HOECK-GRADENWITZ, E.: *Die Behandlung der Psychopathen in den Strafanstalten*, en *Psychol. Rundsch*, 14 (1963), 93 ss.; FULLER: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 236 ss.; STÜRUP, G. K.: *Treatment of Criminal Psychopaths*, reimpresión del *Report* al VIII Congreso escandinavo de Psiquiatría, en *Acta Psychiatr. Scand.*, 1948; EL MISMO: *Heilbehandlung*, en *HdW. Krim*, dirigido por SIEVERTS, I (1965), 383-391; HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 245 y 246; EL MISMO: *Die psychotherapeutische Behandlung von Rechtsbrechern*, en WÜRTEMBERGER: *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe* 1961, 72-87.

(368) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, XII International and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 169 ss.

(369) Bajo la *pedagogía* o *terapia de grupo* suelen comprenderse dos for-

selling" (370), entre otros métodos, que, en suma, vienen a constituir una forma de trabajo pedagógico en grupo. Por consiguiente, a pesar de cierta discrepancia existente en torno a los requisitos que un interno debe reunir para ser sometido a las sesiones de terapia en grupo (371), hoy en día, este método es considerado como el medio técnico más apropiado para el tratamiento de reclusos con defectos o perturbaciones de carácter mental (372). Así pues, similar al principio del autogobierno (*self-government*) y prescindiendo por entero de un marco educativo de matiz autoritario (373), la terapia en grupo se aplica —después de una serie de sesiones de psicoterapia individual, en la que sólo media una relación directa entre psicoterapeuta y paciente (374)—, en base a una programación según la cual, grupos pequeños —el ideal lo constituye el grupo de 12 miembros— se reúnen y discuten sus problemas bajo la dirección de un terapeuta que debe abstenerse de toda intervención que no sea la de coordinar la actividad

mas de trabajo pedagógico en grupo durante la ejecución de la pena o de la medida: la psicoterapia de grupo propiamente dicha y la forma denominada "group counseling" (FEIGE, J.: *Gruppentherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 46, 3 (1963), 117 ss., exponiendo, además, el desarrollo del sistema en U. S. A., Gran Bretaña y en los Países Escandinavos). *Vide*, asimismo: SLUGA y GRÜNBERGER: *Gruppenpsychotherapie mit Strafgefangenen*, en *Zschr., Psychotherapie*, cuaderno 3, 1968, 91 ss.; LOS MISMOS: *Gruppenpsychotherapie in Strafanstalten*, en *Schuld und Schicksal zur Reform des Strafvessens*, Stuttgart, 1969, 190 ss.; SIEBERT, Else: *Bericht über den Sechsten Internationalen Kongress für Psychotherapie in London*, 1964, en *MschKrim.*, 49 (1966), 174 ss.; CORSINI, R. J.: *Methods of Group Psychotherapy*, New York, McGraw Hill, 1957; ECKENSTEIN, C.: *La Psychothérapie de Groupe, une Nouvelle Méthode de Traitement Penitencière*, en *Rev. inter. Crim. et pol. tech.*, 1952, 6, 231 ss.; LAMBRECHTS, C.: *Une Expérience de Therapeutique de Groupe*, en *RSCrim.*, 1964, 629 ss.; McCORKLE, L. W.: *Group Therapy in Correctional Institutions*, en *Federal Probation*, 13 (1949), 34 ss.; EL MISMO: *Group Therapy in the Treatment of Offenders*, en *Federal Probation*, 16 (1952), 22 ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA: *Los métodos modernos de tratamiento penitenciario y la terapéutica de grupo*, en *REEP*, 16 (1960), 2221 ss.; STRASSER, H.: *Strafe und Psychotherapie*, en *Bewährungshilfe*, 7 (1960), 91 ss.; STÜRUP, G. K.: *Group Psychotherapy and the Other Elements of Therapy in Penology*, en *International Colloquium on New Psychological Methods for the Treatment of Prisoners*. International Penal and Penitentiary Foundation, *Report* núm. 4 (1962), 11 ss. Información bibliográfica más detallada en EISENBERG, U.: *NJW*, 1969, 1553 ss.

(370) El término inicial "group counseling", típicamente norteamericano, fue sustituido a partir de 1962 por el inglés "group counselling" (FEIGE, J.: *Gruppentherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 46, 3 (1963), 118, nota 2). Bibliografía, en EISENBERG, U.: *NJW*, 1969, 1553 ss.

(371) CRESSEY, D. R.: *Contradictory Theories in Group Therapy Programs*, en *Federal Probation*, 18 (1954), 20 ss.; YOUNG, H. T. P.: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 293 ss., donde enumera una serie de requisitos que deben darse en el paciente.

(372) CLINARD, Marshal B.: *The Group Approach to Social Reintegration*, en *Amer. Sociological Rev.*, 14 (1949), 257 ss.; FULLER: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 237.

(373) FEIGE, J.: *Gruppentherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim*, 46, 3 (1963), 117, nota 1.

(374) FULLER: *Report...*, 236.

del grupo (375). De este modo, se proporciona a tales sujetos (por lo general, con síntomas o manifestaciones de asocialidad, en el estricto sentido médico-psiquiátrico del término), experiencia para desenvolverse en el seno de grupos sociales (376) lográndose, a través de dicho procedimiento, una modificación notable en la estructura de la personalidad, incluso de los reincidentes más graves (377), al obtenerse una disminución del aislamiento y del grado de egocentricidad propios de tales pacientes, asimilándolos al grupo en tratamiento (378).

En fin, prescindiendo de entrar ahora en el examen de la procedencia o improcedencia de las diversas técnicas quirúrgicas y quimioterapéuticas utilizables en tales instituciones (379), lo cierto es que

(375) Un programa exhaustivo y detallado de "Group Counseling" puede verse en: STEINER, J. M., SCHUMACHER, H. y QUENSEL, St.: *Group Counseling im Erwachsenenvollzug, Erfahrungen aus einem Experiment*, en *MschKrim*, 49, 4 (1966), 160 ss. y en KNOFKA, Gisela: *The Group Worker's Role in an Institution for juvenile Delinquents*, en *Federal Probation*, 15 (1951), 15 ss.

(376) BRINK, O. A.: *Von der Kriminellen zur sozialen Gruppe durch Gruppentherapie im Gefängnis*, *MschKrim.*, 46 (1964), 121 ss.

(377) MAUCH, G.: *Psychotherapie im Strafvollzug*, en *R. P. S.*, 82 (1966), 412.

(378) SLAVSON, S. R.: *An Introduction to Group Therapy*, New York 1943, 1 ss.

(379) Así como se hace de todo punto necesario el establecimiento de ciertos límites al tratamiento psicoterapéutico, por cuanto su puesta en práctica podría en algún caso entrañar un ataque a los derechos civiles o constitucionales de los pacientes internos (Vide, en este sentido: STERNBERG, David: *Legal Frontiers in Prison Group Psychotherapy*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 56 [1965], 446 ss.), también es menester establecer cauces legales taxativos y claros en orden a la admisibilidad de ciertas prácticas médico-quirúrgicas.

Por ejemplo, en lo que respecta al *narcoanálisis*, utilizado en Dinamarca (SACHS, Jan: *Zur Behandlung von kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschKrim.*, 1955, 81); al tratamiento por *electroshock*, que se emplea desde hace largo tiempo en *Herstedvester*, según informa SACHS, *loc. cit.* (Vide, al respecto: KALINOWSKY, Lothar y HOCH, P. H.: *Shock Treatments. Psychosurgery and other somatic Treatments*, New York, 1952); a la *castración* —considerada por algún autor (el psiquiatra suizo DUKOR, en *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 61 ss.) como una medida de menor gravedad que el internamiento de duración indeterminada, si bien, al comparar la *castración operativa* con la *hormónica*, tiene por más grave esta última, por cuanto produce mayores alteraciones en la personalidad del paciente que la ha sufrido—. La castración se aplica en el establecimiento de *Horsens* (Dinamarca) (Vide: WIDMER, H.: *Erfahrungen mit sogenannten Psychopathen im dänischen Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 46 (1963), 157; STÜRUP, G. K.: *Treatment of Sexual Offenders in Herstedvester*, Copenhagen, 1968; LE MAIRE, L.: *Danish Experience Regarding the Castration of Sexual Offenders*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 47 (1956), 294 ss.). En relación con la legislación vigente en la materia, vide, respecto a Suecia: SIMSON, G.: *Die Sexualdelikte im schwedischen Strafrecht*, en *MschKrim.*, 46 (1963), 166; EL MISMO: *Die rechtliche Grundlage der Sterilisation und Kastration in Schweden*, en *MschKrim.*, 47 (1964), 97 ss., 102 ss.; SIMSON-GEERDS: *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichende Sicht*, 1969, 172 ss., 382 ss. Asimismo, un planteamiento del problema desde el punto de vista teológico, jurídico y médico, respectivamente, puede verse en los estudios de: HÄRING, B.: *Das Gesetz Christi, Moralthologie*, 1957, 1034; HANACK, Ernst Walter: *Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen*, Marburg. Rechts-

este tipo de establecimientos parece ser el más apropiado (380) en orden a crear una "comunidad terapéutica" que trate de un modo eficaz las dificultades que, desde el punto de vista del tratamiento, presenta la especial configuración de las personalidades psicopáticas. De ahí que, sin pretender dar aquí una exposición detallada de todos y cada uno de los establecimientos de esta clase en los diversos países donde existen (381), pasemos, a continuación, a examinar los denominados *establecimientos terapéutico-sociales* introducidos en la República Federal Alemana por la segunda ley de reforma penal de 4 de julio de 1969, cuya entrada en vigor ha sido fijada para el día 1 de noviembre de 1973 (382).

Entretanto, en lo que hace referencia a los autores imputables dis-

und Staatswissenschaftliche Abh., Serie A, cuaderno 2, 1959; MAYKEMPER, R.: *Zur Frage der Entmannung von Sexualverbrechern*, en *Z. für Strafvollzug*, 7 (1957), 220 ss., bibl. cit., por K. PETERS, en *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 286, nota 553.

Digamos, por último, que en la República Federal Alemana se admite la castración voluntaria (*freiwillige Entmannung*) en virtud de la *ley sobre la castración voluntaria y otros métodos de tratamiento (KastrG)*, de 15 de agosto de 1969 (BGBl., I, 1143); es, también, admisible la esterilización voluntaria (*freiwillige Unfruchtbarmachung*) (Vide, PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 372 ss.).

(380) Quizá fuese este el sentido al que aludía MEZGER al hablar de la necesidad, en los supuestos de imputabilidad disminuida, de "una pena desarrollada y adaptada a la personalidad del delincuente" (MEZGER, E.: *Strafrecht*, 1949, 502, trad. al español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, 1954, II, 447).

(381) Entre los establecimientos que pueden encajarse en la "rúbrica" de terapéutica social y que están destinados a enfermos con perturbaciones profundas en la personalidad, así como a autores plurirreincidentes y delincuentes sexuales, se cuentan: *Herstedvester* (dirigido por STÜRUP) y *Horsens* (dirigido por Van SACHS), en Dinamarca; La *Van-der-Hoeven Kliniek*, de Utrecht (Holanda); el departamento o sección especial de *Hohenasperg* (en el Land Baden-Württemberg, Alemania); *Mittersteig* (en Viena); el *Grendon Hospital* (Gran Bretaña); el *Mesdag* (Groningen); *Pompe* (Nimegen). El *Henderson Hospital*, fundado por Maxwell Jones y llamado Maxwell-Jones-Clic, pero conocido por el nombre de su director (durante 12 años, Henderson), no establece diferencias sustanciales en orden al círculo de pacientes a tratar, ni en cuanto a las condiciones de tratamiento. Es realmente un establecimiento abierto.

Establecimientos destinados a reincidentes primarios con una prognosis de autor favorable son: el de Oberfucha, Saxerriet, De Corridor, Kragsskorhde, Lonato Pozzola, etc. (Vide, EISENBERG, Ulrich: *Zum Behandlungskonzept der Sozialtherapeutischen Anstalten*, en *NJW*, 1969, 1554 y 1555).

(382) PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., 1970, 124 s. y 677 ss.; EISENBERG, U.: *Zum Behandlungskonzept der sozialtherapeutischen Anstalten* (2 StrRG § 65), en *NJW*, 1969, 1553, 1555; HOHLER, Richard: *Die Strafrechtsreform. Beginn einer Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1227; MÜLLER-EMMET: *Die kriminalpolitische Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1969, 249 y 250; LAST, Günter: *Zur Anwendung des § 42 b StGB*, en *NJW*, 1969, 1558; WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.^a ed., 1969, 265; *Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 4 Juli 1969* (BGBl. I, 717 geän. durch das 10 StrAndG vom 7 April 1970, BGBl. I, S. 313, und das 3 StrRG vom 20 Mai 1970, BGBl. I, S. 505), que entrará en vigor el 1 de octubre de 1973. Véanse especialmente los párrafos 61, 65, 48 y 63 de la segunda ley de reforma.

minuidos, permanece todavía vigente, con toda la problemática que su aplicación práctica ha suscitado y aún suscita (383); la medida de internamiento en un asilo u hospital prevista, junto a la pena facultativa atenuada, por el actual párrafo 42 b del Código penal alemán (384); si bien gran parte de las dificultades que encierra la redacción actual del 42 b serán aminoradas por la nueva preceptiva contenida en el párrafo 63 de la segunda ley de reforma, el cual prevé para los imputables disminuidos necesitados de tratamiento médico-psiquiátrico el internamiento en un sanatorio o clínica psiquiátricos (385). Pero, en los casos en que no se requiera tratamiento y asistencia médico-psiquiátricos —es decir, cuando no se den los presupuestos para la aplicación del citado párrafo 63 (386)—, el párrafo 61, en relación con el 65 de la ley citada, incluye entre las medidas de seguridad y de reforma la de internamiento en un *establecimiento terapéutico-social* tanto de los autores imputables disminuidos como de los completamente imputables —punto en el que puede apreciarse una separación tajante de los denominados “esta-

(383) Así, se ha subrayado por SCHLÜTER que el legislador debería ordenar el internamiento de los imputables disminuidos en los hospitales psiquiátricos de los *Länder* únicamente en el caso de que viniesen necesitados de tratamiento médico-psiquiátrico; que el juez debería, asimismo, ordenar el internamiento de los psicópatas delincuentes, condenados con arreglo al § 51.2, según lo dispuesto en el § 42 e (en el que se dispone el internamiento de seguridad o *Sicherungsverwahrung*; véase, al respecto: SCHWARZ-DREHER: *Strafgesetzbuch mit 77 Nebengesetzen*, 30.ª ed., 1968, 173 ss.; PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 127 ss.), y no, como hasta ahora, con arreglo al § 42 b (Vide: SCHLÜTER, K.: *Die Problematik des § 42 b StGB in seiner Verbindung mit § 51 Abs. 2 StGB aus der Sicht eines Anstaltspsychiaters*, en *NJW*, 1968, 2276 ss.; HAISCH, E. O.: *§ 42 b StGB-Erfahrungen aus der Sicht des Krankenpsychiaters*, en *NJW*, 1965, 330 ss.; LAST, G.: *Zur Anwendung des § 42 b StGB*, en *NJW*, 1969, 1558 ss.; SCHÖNKE-SCHÖDER: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.ª ed., § 42 b). Jurisprudencia alemana sobre la materia en: BGH de 4 de agosto de 1965, en *NJW*, 1965, 2016; BGH de 3 de febrero de 1955, en *NJW*, 1955, 837 s.; BGH de 30 de noviembre de 1954, en *NJW*, 1955, 272.

(384) Por el momento y hasta la entrada en vigor de la nueva preceptiva de la segunda ley de reforma penal (§ 63), el 42 b ha sido modificado en lo que respecta a la duración del internamiento, que será por tiempo indeterminado, a partir del 1 de abril de 1970, según lo dispuesto en el actual 42 f. (Vide, KUNERT, F.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 542).

(385) Vide, § 63 en relación con el párrafo 3.º del 65 de la segunda ley de reforma penal. A pesar de ser el autor imputable o imputable defectuoso, conforme a lo dispuesto en los párrafos 20 y 21, no ordenará el tribunal su internamiento en una clínica o sanatorio psiquiátrico (*psychiatrische Krankenanstalt*), tal como previene el 63, sino que, por el contrario, ordenará su ingreso en un establecimiento de terapéutica social cuando, atendiendo al estado del autor, los especiales medios terapéuticos y de ayuda social de este establecimiento sean más apropiados que el internamiento en un establecimiento psiquiátrico en orden a lograr su resocialización (§ 65 [3]). Por consiguiente, cuando el autor no precisa de tratamiento médico-psiquiátrico y se dan en él los requisitos exigidos por el 65, procede el internamiento en un establecimiento terapéutico-social.

(386) Vide, § 65 de la segunda ley de reforma penal.

blecimientos de preservación" (*Bewahrungsanstalten*) previstos en el Proyecto de 1962 (387).

Pues bien, esta medida aparece, junto a la supresión de la pena de trabajos forzados (*Arbeitshaus*) (388), como "una de las novedades

(387) Aunque es difícil traducir correctamente al castellano el término-germánico *Bewahrungsanstalt* (que, incluso en alemán, sería más correcto diciendo *Bewahranstalt*, como destaca H. H. PAEHLER, en *Bewährungshilfe bei Erwachsenen, Diss.*, Hamburg, 1968, 91 s.), creo, sin embargo, que la traducción más aproximada al sentido que posee es la de "establecimiento de preservación" (en idéntico sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Apéndice* sobre el desarrollo de la reforma alemana del Derecho penal al libro *Sexualidad y Crimen*, 1969, 394), por cuanto se trata aquí de una institución distinta de las previstas con fines de tratamiento médico-psiquiátrico, como, por ejemplo, el *Heil- o Pflegeanstalt* (hospital o asilo; distinción carente, por otro lado, de toda relevancia práctica) o el *psychiatrische Krankenanstalt* o establecimiento psiquiátrico previsto en el parágrafo 63 de la segunda ley de reforma penal para el internamiento de los autores inimputables o semi-imputables que precisen de un tratamiento de esta naturaleza (*Vide*, al respecto: LAST, G.: *Zur Anwendung des § 42 b StGB*, en *NJW*, 1969, 1558). Pues bien, concebido el establecimiento de preservación sobre el modelo danés y con antecedentes en el Proyecto alemán de 1959 (*Vide*, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform*, en *Gutachten*, recopilados por R. MAURACH, de *Verh. des 43 DJT*, t. I, cuaderno A, München, 1960, 26; HADDENBROCK: *Die Massregel der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder in einer Bewahrungsanstalt nach § 86 des StGB-Entwurfs in psychiatrischer Sicht*, en *NJW*, 1959, 1565 ss.), el Proyecto gubernamental de 1962 (§ 82) lo construye de modo expreso para las personalidades psicopáticas, mas incluyendo tan sólo a los autores inimputables e imputables defectuosos, no a los autores completamente imputables que sufran perturbaciones mentales graves, como hace el Proyecto Alternativo (JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs [Allg. Teil]*, en *ZStW*, 80 [1968], 79 y 80). Véase, además: RASCH: *Die Errichtung von Bewahrungsanstalten: Vorplanung und erste Schritte*, en *MschKrim.*, 67, 338 ss.; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 94 ss.; EHRHARDT, H.: *Über Behandlungsmöglichkeiten für Delinquenten*, en *ZStW*, 76 (1964), 227 y 228; HEINITZ, E.: *Der Entwurf des Allg. Teils vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZStW*, 70 (1958), 21; *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV, *Allg. Teil*, 1958, 203-ss., 218, 234 s., 481, 489 ss. y 507 ss.; FRIEDRICH, K. A.: *Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1967 in Münster*, en *ZStW*, 80 (1968), 133.

(388) La concepción del Proyecto Alternativo —inspirada en una liberalización y humanización del Derecho penal (ROXIN, Cl.: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 77)—, según la cual el internamiento obligatorio en un establecimiento de trabajo (*Arbeitshaus*), equivalente a la pena de trabajos forzados, responde a criterios anticuados sobre la pena y debe, por tanto, quedar fuera del Código penal (*Vide*: SCHMITT, R.: *Arbeit und Arbeitsentlohnung im künftigen Strafvollzug. Erläuterung zu § 39 des Alternativ-Entwurfs*, en *Ibidem*, 93 ss.), ha sido acogida por la reforma penal, de modo que dicha medida, regulada en el § 42 d del Código penal alemán, ha sido, en consecuencia, suprimida el 1.º de septiembre de 1969. Y es que, según los autores del Proyecto en cuestión, los condenados a penas privativas de libertad deberán ocupar el tiempo libre en trabajos adecuados elegidos al efecto (Fundamentación al § 38 [5]), mientras que, por el contrario, la medida adecuada para el tipo de gente que hasta ahora iba a parar al establecimiento de trabajo obligatorio es precisamente el internamiento en un establecimiento de terapéutica social, ya que, en éstos, se darán al recluso más medios para corregirse y resocializarse que en aque-

más importantes del Proyecto Alternativo de 1966" (389), construida en base al modelo representado por los establecimientos daneses y holandeses (390) y concebida como "una medida central dirigida

llos otros establecimientos (sobre el escaso valor que la imposición del trabajo obligatorio representa en orden a la evitación de la reincidencia, véase: GRÜNWALD, G.: *Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962*, en *ZStW*, 76 (1964), 633 ss.; STEIGERTHAL, G.: *Die gemeinlästigen Leute*, en *Mschrrkrim.*, 38 (1955), 1 ss.; SÜTTINGER, G.: *Persönlichkeit und Strafvollzug*, en *Mschrrkrim.*, 43 [1960], 1 ss.).

Creo, sin embargo, conveniente hacer algunas aclaraciones en torno a la eficacia de la medida del trabajo obligatorio, siendo completamente necesaria la distinción entre el trabajo obligatorio propiamente dicho, es decir, el cumplido en un establecimiento construido a tal efecto, y la pena de *enmienda por el trabajo*, denominada literalmente pena de *trabajos correctivos sin privación de libertad* (*ispravitelno-trudovje rabot*), típica de los Códigos penales de los países socialistas.

Por consiguiente, en lo que respecta a la eficacia de la pena de trabajos forzados, los autores adscritos a las más diversas concepciones del Estado y de la pena están de acuerdo en que, por ejemplo, en la R. S. F. S. R., la pena de *trabajos correctivos obligatorios con privación de libertad de corta duración* —concretamente, de seis meses a un año—, ni corrige, ni intimida, por lo que debería evitarse su aplicación (*Vide*, a este respecto: НИКИФОРОВ, B. S.: *Effektivnost' ugolovnopravovyh mer bor'by s prestupnost'ju* (*L'efficacité des mesures de repression dans la lutte contre la criminalité*), Moscú, 1968, recensión en *RSCrim.*, 1969, 518 ss.).

Sin embargo, otra cuestión completamente distinta es la pena de *trabajos correctivos sin privación de libertad*, la más común y extendida en la práctica de los tribunales de justicia soviéticos, por cuanto el Código penal de la R.S.F.S.R. la prevé en 138 artículos de los 209 de que consta la Parte Especial, y que consiste en imponer al condenado la obligación de ejecutar su trabajo en el mismo puesto profesional que ocupaba con anterioridad a la condena, por un período que puede comprender, según la gravedad de la infracción y las circunstancias del acto, de un mes a un año, de uno a seis meses y de uno a tres meses; siendo el individuo puesto bajo el control de la colectividad y detrayéndose para el Estado de un 5 por 100 a un 20 por 100 de su sueldo (cantidad que, en ocasiones, es repartida entre los miembros de los *kolkhozes*, bajo cuyo control se encuentra el penado), o bien consiste en ejecutar trabajos en *lugares distintos* del de su ocupación habitual, en cuyo caso, la cantidad detruida oscila entre un 5 y un 25 por 100. Sin lugar a dudas, estamos en presencia del tipo de pena más recurrido por la administración de justicia en los países socialistas que la incluyen en sus catálogos de penas —puesto que no existe en el Derecho penal yugoslavo, ni en el rumano (*Vide*, ZLATARIC, Bogdan: *Kriminalpolitische Tendenzen der neuen Strafgesetzbücher einiger sozialistischer Länder*, en *ZStW*, 82 (1970), 208 [10])—, y, por paradójico que pueda resultar, se trata aquí de penas con un índice de reincidencia bajísimo. (*Vide*, a este respecto: LAW IN EASTERN EUROPE, U. R. S. S., n. 9, 1964, 211 ss.; PRONTKOWSKIJ, A. A.: *Les peines non privatives de liberté*, *Première Rencontre juridique franco-sovietique*, Paris, 3 y 4 de marzo de 1967, en *RSCrim.*, 1968, 585 ss.; BUSUEV, I. A.: *Ispravitelno raboty* (*Les travaux correctifs*), Moscú, 1968; UTEVSKY y otros: *Sovetskoe ispravitelno trudovoe pravo* (*Das sowjetische Besserungsarbeits-Recht*), publicada por el Ministerio del Interior (MVD), Moscú, 1960, recensión en *Mschrrkrim.*, 46 (1963), 89 ss.; MAURACH, R.: *Die Sowjetunion im Kampf gegen die Kinderkriminalität*, en *Mschrrkrim.*, 27 (1936), 215 ss., esp. 223; EL MISMO: *Neuere kriminalpolitische Tendenzen im sowjetischen Strafrecht*, en *ZStW*, 82 [1970], 246 s.). No estamos, como pretenden MAURACH y ZIFF, ante modalidades de pena que no son otra cosa que susti-

a fines de prevención especial y destinada a los reincidentes graves, para los cuales no es suficiente la mera asistencia psiquiátrica que pudiera proporcionárseles en un establecimiento de carácter psiquiá-

tivos de la pena de multa, según veremos más adelante, puesto que la ley penal soviética la prevé para supuestos en los que no concurre ni siquiera la pena de multa (que, de otro lado, pudiera, en ocasiones, ser sustituida por la primera) (MAURACH, R.: *Neuere kriminalpolitische Tendenzen im sowjetischen Strafrecht*, en *ZStW*, 82 (1970), 246 s.; ZIPP, H.: *Die Geldsstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlín, 1966; el profesor asistente de Munich conceptúa, erróneamente, la pena de trabajos correctivos del derecho socialista como idéntica a la pena de "trabajo en libertad" prevista en el párrafo 28 b del Código penal alemán, además, en ella un sustitutivo de la pena de multa; si bien, concluye —al menos— aceptando que este tipo de sanción debe rechazarse en un sistema jurídico-penal como el alemán occidental, puesto que es más apropiada para los países con sistemas de dirigismo económico, como los del Este, lo que, a mi modo de ver, supone establecer ya alguna diferencia entre ambas sanciones). Esta especie de penalidad figura también en el Código penal checoslovaco de 1961 (Vide, SOLNAR, V.: *Quelques problèmes fondamentaux du droit pénal tchécoslovaque*, en *RDPC*, junio 1968, 829 ss.; EL MISMO: *L'évolution du droit pénal au cours des cents dernières années sur le territoire tchécoslovaque*, en *Commemoration du Centenaire du Code pénal belge*, Liège, 1968, 261 ss.). En realidad, puede decirse que la preocupación de los legisladores socialistas por limitar al máximo las penas cortas de privación de libertad es, en la actualidad, casi unánime y arranca del "Coloquio de los países de derecho socialista" celebrado del 2 al 7 de octubre de 1967 en Varna (Bulgaria), consagrándose en su formulación más reciente en el Proyecto de Código penal polaco de 1967 bajo el nombre de *penas limitativas de libertad* (Vide, SWIDA, W.: *L'évolution moderne de la peine privative de liberté. L'élimination de la courte peine dans le projet de code pénal polonais de 1967*, en *Rev. inter. de Crim. et pol. tech.*, XXII [1968], abril-junio, 89 ss.), y figurando, por fin, en el nuevo Código penal de Polonia, que ha entrado en vigor el 1.º de enero de 1970, en el capítulo de "penas principales", con el nombre de *pena limitativa de libertad*, siempre que el condenado no lo haya sido a penas superiores a seis meses, y por un periodo que abarca entre tres meses y dos años (WALCZAK, S.: *Les traits caractéristique de la nouvelle codification du droit pénal en Pologne*, en *RDPC*, febrero de 1970, 426; ANDRÉJEW, I.: *Le nouveau Code pénal polonais*, en *RSCrim.*, 1970, 310; PLAWSKI, S.: *Le Code de procédure pénale et le Code d'exécution des peines de Pologne*, en *RSCrim.*, 1970, 325).

Acerca de la legislación existente, en esta materia, en la República Democrática Alemana, digamos que existe una pena sin privación de libertad similar a la de trabajos correctivos de los países socialistas, como es la denominada *Verpflichtung zur Bewahrung am Arbeitsplatz* (§ 34 del Código penal de 1968), que no es otra cosa que "una obligación o compromiso bajo régimen de prueba (de forma similar al régimen de prueba que acompaña a la pena limitativa de libertad en el nuevo Código penal polaco) a seguir laborando en el puesto habitual de trabajo". (Vide, MAURACH, R.: *Das neue Strafgesetzbuch der DDR*, en *NJW*, 1968, 1069; GRÜNWARD, G.: *Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik*, en *ZStW*, 82 (1970), 261 y 262, que no ve la diferencia entre el régimen de prueba y esta medida autónoma, pero muy similar al primero).

Finalmente, el Código penal de la República Federal Alemana incluye una modalidad de cumplimiento de la pena de multa por medio del trabajo del condenado en libertad (§ 28 b [1]): La autoridad de ejecución puede conceder al condenado el que cumpla una pena de multa devengada por medio del trabajo en libertad. Como puede verse, aquí sí estamos en presencia de un sustitutivo de la pena de multa, pero no en presencia de la pena de trabajos

trico y para los que la ejecución ordinaria de la pena tampoco proporcióna ninguna perspectiva previsible de resocialización" (391). En este sentido, el Proyecto Alternativo pretende sustituir con tal medida tanto la de internamiento en los denominados "establecimientos preventivos" (*vorbeugende Verwahrung*) (392) como la de ingreso.

correctivos tal y como se concibe en las legislaciones penales de la órbita socialista (en contra del § 28 b, *vide*: ZIPF, H.: *Die Geldsstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, 1966). Asimismo, el Proyecto Alternativo prevé en su parágrafo 52 la sustitución de la pena de multa por la prestación de parte del condenado de un trabajo útil a la comunidad, siempre que de este modo cumpla la pena la finalidad que tiene asignada (en contra: JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80, (1968), 55 ss.; LACKNER: *Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en *JZ*, 1967, 153 ss. y 519 ss.; un planteamiento de la problemática que tal sustitución acarrea, se halla en: BAUMANN, J.: *Der Alternativ-Entwurf zum Strafgesetzbuch und der Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 1968, 311 ss.; EL MISMO: *Beschränkungen des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin, 1968, 44 ss.).

(389) *Vide*, fundamentación al § 69 del Proyecto Alternativo (*AE eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil, 2.^a ed.*, 1969, 133; JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 [1968], 79).

(390) Se tuvieron en cuenta, sobre todo, el de *Herstedvester*, la *Van-der-Hoeven-Kliniek* y la *Maxwell-Jones-Clinic*. Véase la nota 381.

(391) *Vide*, fundamentación al § 69 del Proyecto Alternativo (*loc. cit.*): JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...* en *ZStW*, 80 (1968), 79 s.; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115 s.

(392) El internamiento preventivo (*vorbeugende Verwahrung*), "una mezcla un tanto confusa de seguridad y de reforma", regulado en el § 86 del Proyecto de 1962 (con antecedentes en el de 1959: *Verh. des 43 DJT, Gutachten*, 1960, t. I, pág. 41), es, como la mayor parte de las sanciones del citado Proyecto, una categoría jurídica cuyo contenido le viene dado por la orden de ejecución (KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 94). Dirigida esta medida a controlar y prevenir la reincidencia en la delincuencia de los jóvenes, su elaboración ha sido trazada sobre la del *corrective Training* inglés (*Vide*, SPIELER, Helga: *Die vorbeugende Verwahrung. Ihre theoretische Grundlagen und ihre praktische Ausgestaltung*, 1960, 145; EISENBERG, Ulrich: *Strafe und Freiheitsentziehende Massnahme*, 1967, 62 ss.; GRAVEN, Ph.: *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerischen und deutschen Strafrechts*, en *ZStW*, 80 (1968), 220; GRÜNWARD, G.: *Sicherungungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962*, en *ZStW*, 76 (1964), 633 ss.; REHBEIN, K.: *Methodenfragen der Kriminalwissenschaft*, 1968, 107 ss.; para DREHER, esta clase de internamiento vendría a ser una especie de internamiento para psicópatas (*Niederschritten*, Bonn, t. IV, 1958, 39); *Vide* también: *Niederschritten*, 1958, IV, 419, 427 ss.). Ante el poco éxito logrado por los *corrective Training*, el Proyecto Alternativo sustituye esta medida por la del internamiento en un establecimiento de terapéutica social, de forma que, en este caso, la única diferencia entre esta categoría de internados y los restantes del establecimiento terapéutico-social estribará en la edad. El *corrective Training* fue introducido por el *Criminal Justice Act de 1948* como medida destinada a los delincuentes habituales entre los 21 y los 30 años de edad y su duración se extendía desde dos a cuatro años como máximo. Ante el fracaso de la medida, el *Criminal Justice Act de 1967* (sección 37 [1]) decretó su abolición, sin que hasta la fecha haya sido prevista medida o programa alguno en su sustitución; aunque, a decir verdad, hace ya tiempo (en 1961), Lord Parker C. J., propuso aplicar la sentencia indeterminada a grupos de edad entre los 25 y los 30 años (*Vide*,

en los “establecimientos de preservación”, prevista esta última con carácter alternativo por el Proyecto de 1962 y dirigida la primera a la prevención de la delincuencia por tendencia y la segunda, a descargar de “elementos perturbadores” tanto los establecimientos puramente psiquiátricos como las instituciones penales ordinarias. De modo que la regulación del Proyecto Alternativo ofrecía sobre la del de 1962 la enorme ventaja de “no venir constreñida la aplicación de la medida a una culpabilidad disminuida o defectuosa, por lo que caen dentro de su radio de aplicación tanto los autores completamente imputables como los perturbados mentales graves” (393). Por consiguiente, el Proyecto Alternativo disponía, en definitiva, el internamiento en el establecimiento terapéutico-social de aquellos autores con una carga psíquica de gravedad y de los reincidentes crónicos (394), estableciendo, de otro lado —lo que considero de la mayor importancia—, disposiciones concretas de ejecución para cada clase de sanción, de forma que las sanciones no son ya, como en el Proyecto de 1962, marcos vacíos que precisen ser llenados por el contenido de las posteriores órdenes de ejecución (395).

Así pues, en el párrafo 1.º del § 69 se prevé el internamiento en los casos en que exista un delito grave y una pena cumplida con anterioridad de un mínimo de duración de dos años o, en los supuestos de imputabilidad disminuida, de 18 meses, todo ello en conexión con una perturbación mental grave o con una culpabilidad disminuida en el autor, junto a la exigencia de una *prognosis de autor* y, en ciertos supuestos (396), el consentimiento de éste. Sin embargo, y

HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 203 ss., esp. 206; EL MISMO: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 (1968), 18 y 19; EISENBERG, Ulrich: *Strafe und Freiheitsziehende Massnahme*, 1967, 62 ss.; ALLEN, Claud: *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 [1968], 171.)

(393) JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 80.

(394) JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 80; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115 s.; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 102; ROXIN, Cl.: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en *Programm f. ein neues StGB*, 1968, 91; BAUMANN, J.: *Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer - eine Strafrechtsweichung ?*, en *Ibidem*, 137 y 139; BRAUNECK, A. E.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en *Ibidem*, 140 ss.

(395) El hecho de que el Proyecto Alternativo haya seguido el ejemplo del Código penal suizo, incluyendo en el Código penal los principios fundamentales relativos a la ejecución de las penas y de las medidas, ha sido objeto de una incomprensión total. Ya que, pese a que con tal procedimiento, lo que intentaban los autores del Proyecto no era otra cosa que acercar lo más posible al juez a los problemas reales planteados por la pena en su ejecución, sigue manteniéndose que la reglamentación de la pena o de la medida debe ser materia de una *ley de ejecución (Vollzugsgesetz)*, no del Código penal (NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), 34 y 35; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 102).

(396) Así, los condenados por vez primera a una pena, aunque se den los presupuestos del párrafo 1.º del § 69, sólo podrán ser internados en un establecimiento terapéutico-social si prestan de antemano su consentimiento. Si rehúsan

pese a que la intención de los autores del Proyecto era, sin lugar a dudas, la de dar cabida en el párrafo 1.º del § 69 a las personalidades psicopáticas, con independencia de que fuesen declaradas imputables o semi-imputables (397), se le ha objetado, con razón, que “el exigir para el supuesto del internamiento obligatorio la concurrencia de un delito grave en conexión con una pena muy común, tratándose de autores imputables, constituye una base demasiado estrecha para llegar a verificar una valoración correcta” (398). Ello, aparte, claro está, de que pueden existir penas anteriores de escasa gravedad y, por tanto, carentes de importancia en orden a la prognosis.

Mayor problemática presenta, a mi juicio, el párrafo 3.º del § 69, donde está previsto el internamiento de los “reincidentes crónicos”, cuyo tratamiento en el moderno Derecho penal de medidas va fundiéndose, cada vez más, con el de las personalidades psicopáticas (399); es decir, la idea de que “todos” los reincidentes son delincuentes afectados por deficiencias de carácter psíquico o mental ha encontrado

prestarlo, se ejecuta entonces la pena, en lugar de la medida. Sin embargo, esta restricción carece de validez para los reincidentes crónicos del párrafo 3.º (Véase la fundamentación al § 69 del Proyecto Alternativo, en *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2.ª ed., 1969, 135).

(397) No cabe duda de que los autores del Proyecto han procurado dejar bien sentado que los autores a los que se refiere el párrafo 1.º del § 69 son las personalidades psicopáticas, en las cuales el delito es el resultado de una “perturbación profunda de la personalidad” —lo que supone, en verdad, una ventaja sobre la regulación del Proyecto Oficial de 1962— (JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 79 y 80; BAUMANN, J.: *Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer - eine Strafrechtserweichung?*, en *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 137; NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 [1970], 33). Ahora bien, al hablar el § 69, I, únicamente de “perturbación profunda en la personalidad del autor” (no de personalidad psicopática), se da cabida a las personalidades psicopáticas, pero, cómo establecer distinciones entre autores imputables, inimputables e imputables disminuidos con alteraciones de la personalidad en cada caso concreto...? Es decir: si admitimos que un psicópata es un individuo con una “alteración profunda de la personalidad”, ¿cómo distinguirlos entonces de toda aquella gama de perturbados mentales...?

(398) GRÜN WALD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115.

(399) El hecho de que los trabajos de SCHNEIDER, STUMPF, RIEDEL, KRETSCHMER, VERWAECK, etc... hayan puesto de relieve que los individuos que muestran una conducta criminal o social habitual y, por tanto, los delincuentes habituales sean por lo regular personalidades psicopáticas ha traído como consecuencia que la diferencia entre el internamiento de los imputables disminuidos y el de los delincuentes habituales haya ido decreciendo —según FREY— casi hasta desaparecer paulatinamente (FREY, E.: *Der frühkriminelle Rückfallsverbrecher*, 1951, 114 ss.; DUKOR, Benno: *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en *R. P. S.*, 66 [1951], 428). La reacción en contra parece proceder de Gran Bretaña (Véase, ALLEN, Claud: *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 (1968), 171 ss., donde se da noticia de la derogación de la *preventive Detention* (equivalente al internamiento de seguridad o *Sicherungsverwahrung* alemán) por el *Criminal Justice Act* de 1967 [sect. 37]).

acogida en el párrafo 3.º del § 69, que, fuera de los casos previstos en el párrafo 1.º del mismo parágrafo, ordena el internamiento en tales establecimientos de los individuos que hayan sido condenados con anterioridad por *tres veces* a causa de delitos dolosos y cumplido penas privativas de libertad de un mínimo de duración de dos años, siendo nuevamente condenados por un delito doloso (400); aunque no se tendrá en cuenta, a estos efectos, una condena precedente, si entre el hecho anterior y el siguiente han transcurrido más de cinco años, sin que tampoco llegue a computarse el tiempo que el autor haya estado en libertad (401). Pues bien, este ha sido, sin duda, el precepto que ha suscitado más ataques contra el Proyecto Alternativo, puesto que, a juicio de algunos (402), tales requisitos se darían, en realidad, en un número de autores excesivamente grande, de modo que a causa de los altos costes que acarrearía (403), no sería posible

(400) Equivalente a la pena privativa de libertad se considera la pena de corrección (*Fürsorgeerziehung*) cumplida en un asilo juvenil, con arreglo a la *JGG* (Ley de tribunales de menores), por un tiempo máximo de 18 meses.

(401) Sobre la reincidencia en la ley penal alemana, véase el parágrafo 17 del *StGB* modificado por la primera ley de reforma penal de 25 de junio de 1969 (§ 87) y compárese con el parágrafo 48, en relación con el 65 (4) de la segunda ley de reforma penal, que entrará en vigor el 1 de octubre de 1973. Quizá sea interesante recordar aquí que el Código penal italiano no requiere, como el suizo, por ejemplo, la pluralidad de condenas (plurirreincidencia) para estimar la delincuencia por tendencia o la inclinación al crimen. Por consiguiente, no debe extrañarnos la perplejidad de los tribunales suizos cuando, al juzgar a los habituales psicópatas, dudan si ha de aplicarse la medida de seguridad destinada a los semienfermos mentales en el artículo 14 ó la de los delincuentes habituales establecida en el artículo 42 (DUKOR, B.: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 [1969], 67 ss.).

(402) JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 80; LACKNER: *Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en *JZ*, 1967, 513, 521 ss.

(403) La cuestión económica viene relativizada por el éxito o el fracaso del establecimiento. Sin embargo, debe observarse —como hace HOECK-GRADENWITZ, el psicólogo-jefe de *Herstedvester* (en *Behandlungsmethoden gegenüber schwierigen Kriminellen (Psychopathen)*, en *Der Vollzugsdienst*, 11, 100 ss., 107, cit. por KALLWASS, pág. 104)—, que *Herstedvester* no es en modo alguno la institución penal más cara de Dinamarca. La *Van der Hoeven-Kliniek* de Utrecht (Holanda) contiene 80 pacientes (inimputables y semi-imputables, allí denominados “enfermos”), de los cuales 65 son hombres y 15 mujeres, frente a los cuales hay 82 funcionarios. Su coste en 1967 importó casi dos millones y medio de *Gulden* (2,7 millones de marcos), siendo dos millones para gastos de personal, por lo que anualmente se destina a los detenidos en particular 33.750 marcos. El establecimiento de preservación del Proyecto de 1962, concebido para 400 plazas, importaba 13 millones y medio de marcos anuales. El establecimiento de terapéutica social del Proyecto alternativo, al agrupar a una diversidad mayor de autores delincuentes, importaba alrededor de 67 millones y medio de marcos anuales. Cifra a la que JESCHECK opone la del presupuesto anual de la Universidad de Friburgo (sin clínica): 50 millones de marcos. (JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, *ZStW*, 80 (1968), 80 y 81; STÜRUP, G.-K.: *Niederschriften*, 1958, t. IV, 181 ss., 499 ss.). Según últimas cifras recabadas del profesor danés WAABEN por el propio JESCHECK, *Herstedvester* encierra 160 in-

construir establecimientos de esta clase en número suficiente para ellos. Dificultad a la que habría que añadir la contenida en la imposibilidad de reclutar un número, quizá imposible, de psiquiatras, psicólogos (404) y pedagogos cualificados. Por consiguiente, la renuncia a establecer una diagnosis del hecho delictivo anterior en cada caso particular en conexión con una enfermedad psíquica o una perturbación profunda de la personalidad solamente sería admisible cuando fuese realmente un principio de la experiencia el que una recaída por *cuarta vez* a causa de hechos dolosos sería siempre la resultante de una perturbación de esta clase (405). Además, en la fundamentación del § 69, III, se establece la afirmación de que, con arreglo a la concepción criminológica dominante, la "reincidencia crónica" sería una prueba evidente e infalible de la exigibilidad de un tratamiento pedagógico y asistencial intensivo. Mas, como ha puesto de relieve GRÜNWARD (406), el concepto de reincidente crónico presupone un nexo interno entre los hechos, es decir, que hayan nacido de una causa común y, asimismo, que esta causa sea una anormalidad; punto este mucho más difícil de comprobar.

En consecuencia, dado que los casos de recaída por cuarta vez establecidos en el párrafo 3.º del § 69, como alternativa frente al párrafo 1.º del mismo parágrafo, son tan reducidos, debería entonces deducirse que los autores del Proyecto Alternativo consideran que tal disposición es únicamente viable de constatarse el principio de que ningún autor podría ingresar en el establecimiento de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) (407), si no ha estado antes en el establecimiento de terapéutica social (408).

ternos y posee un personal de 202 individuos, mientras que *Horsens* incluye a 215 internos y 245 personas que componen el *staff* de funcionarios.

(404) GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115. La inclusión de psicólogos en el establecimiento de terapéutica social prevista por el párrafo 6 del § 69 fue duramente criticada (*Vide*, en defensa de su inclusión, aludiendo al ejemplo danés: BRAUNECK, A. E.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 140 y 141).

(405) GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115. Contestando insatisfactoriamente a la objeción: BRAUNECK, A. E.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 142.

(406) GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116.

(407) El internamiento de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) posee en el Proyecto Alternativo el carácter de *ultima ratio*, razón por la cual, el establecimiento de terapéutica social encierra un carácter mixto de seguridad y reforma, similar al que el Proyecto de 1962 atribuía al *vorbeugende Verwahrung* o internamiento preventivo (*Vide*, GRAVEN, Ph.: *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerischen und deutschen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 (1968), 225 y 227; JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 81 s.; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116 ss.; FRIEDRICHS, K. A.: *Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1967 in Münster*, en *ZStW*, 80 [1968], 135 s.). Similar al internamiento de seguridad es la *preventive Detention* inglesa (GEISLER,

Pues bien, el parágrafo 65 de la segunda ley de reforma penal sigue, en realidad, las previsiones del Proyecto del Comité especial del Parlamento (*Sonderausschuss*), que, en su parágrafo 83 a, ordenaba el internamiento en un establecimiento de terapéutica social, mas no para todo tipo de plurirreincidentes, sino únicamente para los "reincidentes crónicos peligrosos afectados por graves perturbaciones en su personalidad" y para los delincuentes sexuales (409), aparte, claro está, de los llamados "autores por tendencia" (410). En consecuencia, el § 65 dispone, en síntesis, el internamiento de los sujetos plurirreincidentes, siempre y cuando se dé en ellos una grave perturbación de la personalidad, de los delincuentes que hayan actuado en base a un impulso o motivación de carácter sexual, y, finalmente, de los autores por tendencia; siendo, pues, sus presupuestos mucho más restringidos que los del Proyecto Alternativo, por cuanto exige no sólo que exista una grave perturbación en el desarrollo de la personalidad del autor, sino también la plurirreincidencia, mientras que, por el contrario, en el Proyecto Alternativo bastaba con uno de estos módulos. La regulación que entrará en vigor en 1973, es, pues, una solución de compromiso entre la de los "establecimientos de preservación" (*Bewahrungsanstalten*) del Proyecto de 1962 y la de los "establecimientos de terapéutica social" (*sozialtherapeutische Anstalten*) del Proyecto Alternativo de 1966. Máxime, si tenemos en cuenta que en la nueva preceptiva se quiebra uno de los "núcleos

Werner: *Die Sicherungsverwahrung im englischen und deutschen Strafrecht*, 1967, 43 ss., 29 ss., 63 ss.). Sin embargo, en 1967 fue, según se ha dicho, derogada la *preventive detention* y sustituida por la denominada *extended sentence*, en virtud de la sección 37 del *Criminal Justice Act de 1967*, que autoriza al Tribunal a imponer a un delincuente habitual condenado a una pena privativa de libertad de larga duración el *máximo* de la pena (si éste es de cinco años, una pena de prisión de cinco años; si el máximo es de diez, una pena de prisión de diez años) (*Vide*, a este respecto: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 207 y 208; ALLEN, Claud: *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 [1968], 171 ss.).

(408) Según el Proyecto Alternativo, deberán ingresar en el establecimiento de seguridad únicamente aquellos autores que hayan sido ya tratados, sin éxito en el establecimiento terapéutico-social (§ 70, I y III) (*Vide*, KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 105; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116; GRAVEN, Ph.: *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerischen und deutschen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 (1968), 226 y 227, que, afirma, traería consigo "una superpoblación" en tales establecimientos). Sin embargo, con la medida propuesta por el Proyecto Alternativo se logra una "progresiva humanización" del Derecho penal (ROXIN, Claus: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 77, 90 y 91).

(409) MÜLLER-EMMET: *Die kriminalpolitische Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1969, 249 y 250.

(410) *Vide*, al respecto: HELLMER, J.: *Hangtäterschaft und Berufsverbrechertum (Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung)*, en *ZStW*, 73 (1961), 441 ss.

esenciales" (411), en esta materia, del Proyecto Alternativo: El de que la medida de internamiento en un establecimiento terapéutico-social debe preceder siempre y en todo caso a la de internamiento de seguridad (*Sicherungsverwahrung*).

En lo que respecta, por último, el problema de la duración del internamiento en un establecimiento de esa clase, ni el Proyecto Alternativo, ni el del Comité especial del Parlamento, ni la nueva preceptiva de la segunda ley de reforma penal, han optado, en contra del de 1962 (412), por la medida de duración indeterminada, fundamental al efecto de proporcionar al interno un tratamiento por el tiempo que sea preciso, evitando, además, que "deje pasar de un modo puramente pasivo el tiempo del internamiento", como han puesto en evidencia las experiencias realizadas en el establecimiento danés de *Herstedvester* (413).

En resumen, es todavía prematuro hablar sobre la medida de efectividad de los nuevos establecimientos de terapéutica social alemanes. Pero, si tenemos presentes los resultados obtenidos en algunos países extranjeros por este mismo camino (414), tendremos que dar la razón a NOLL, cuando afirma —refiriéndose a la cifra de 67 millones y medio de marcos anuales que cada establecimiento de este tipo presupondría, según las previsiones del Proyecto Alternativo—, que "un gasto anual probable de poco más de un marco por habitante es rentable desde el punto de vista económico, si se piensa en los daños:

(411) NOLL, P.: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), 31 s.; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtssystem des Alternativ-Einwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116 ss.; EL MISMO: *Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik*, en *ZStW*, 82 (1970), 275.

(412) La conveniencia de la duración indeterminada en este tipo de medidas se ha hecho objeto del sentir, casi unánime, de la doctrina (*Vide*, HOECK-GRADENWITZ: *Die unbestimmte Internierungszeit und ihre Bedeutung für ihre Resozialisierung*, en *Zeitschrift für die Strafvollzug*, 13 (1964), cuaderno 4; STÜRUP, G.: *Niederschriften*, 1958, t. IV, 198). En el Proyecto Alternativo, el período de internamiento está limitado en los supuestos normales a cuatro años y en los de recaída a ocho años como máximo (§ 69 IV). Por el contrario, el proyecto de 1962 no prevé un límite temporal máximo en los supuestos de internamiento en un establecimiento de preservación. La nueva ley de reforma penal (§ 67 d) dispone que el internamiento en un establecimiento terapéutico-social no deberá sobrepasar los cinco años. Asimismo, el 67 b prevé la posibilidad, en ciertos casos, de suspender la ejecución de la medida bajo régimen de prueba, cuando especiales circunstancias justifican la esperanza de que también de esta forma podrán lograrse los fines de la medida. Sin embargo, no podrá tener lugar dicha suspensión, cuando el autor haya de cumplir penas privativas de libertad impuestas simultáneamente con la medida y que no han sido suspendidas condicionalmente bajo régimen de prueba. No cabe duda que tal disposición hará del todo viable el régimen de *tratamiento psicoterapéutico en libertad*, aunque no por vía de condena condicional, sino por suspensión en la ejecución de una medida de seguridad.

(413) STÜRUP, G. K.: *Niederchriften*, t. IV, 1958, 499 ss., con estadísticas procedentes del establecimiento para psicópatas de *Herstedvester*.

(414) NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), 33.

sociales, económicos y morales que la multirreincidencia grave causa en la sociedad". En fin, si la medida en cuestión logra encajarse en perfecta unidad dentro del sistema penal respectivo, cumplirá satisfactoriamente los fines de protección de la comunidad y de resocialización del autor.

INDICE

I. Planteamiento general.—II. La imputabilidad disminuida. *A)* Delimitación jurídico-penal. *1.* Las fórmulas casuísticas, con referencia especial al § 51, 2 del *StGB* alemán y a la posible relevancia del error de prohibición. *2.* Las fórmulas de la *indivisibilidad*. *B)* Problemática de lo "normal" y lo "anormal" en las psicopatías y en las sociopatías. *C)* La doctrina de la "*diminished responsibility*".—III. Problemática del principio: "imputabilidad disminuida equivale a pena disminuida". *1.* Aspecto cuantitativo de la pena. *2.* La *qualitas* de la sanción. *A)* Procedencia de la condena condicional en los imputables disminuidos. *B)* El tratamiento psicoterapéutico ambulatorio. *1.* Legislación penal alemana. *2.* Legislación penal inglesa.—IV. El internamiento de los psicópatas y los establecimientos de terapéutica social.

SECCION LEGISLATIVA

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social

Los ordenamientos contemporáneos, impulsados por la necesidad de defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales, que sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad, han ido estableciendo, junto a sus normas penales propiamente dichas, dirigidas a la sanción del delito e inspiradas en el Derecho penal clásico, un sistema de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos socialmente peligrosos e inspiradas en las orientaciones de la rama científica que desde hace años se conoce con el nombre de "Defensa social". La pena y la medida de seguridad vienen así a coexistir en las legislaciones modernas con ámbito diferente y fines diversos, aunque en último término coincidentes en la salvaguarda de la sociedad, a la que de este modo se dota de un dualismo de medios defensivos con esferas de acción distintas.

Situándose ya en aquella línea, la Ley española de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres, denominada de "Vagos y Maleantes", se enfrentó con la realidad de la existencia en nuestra patria, como en otros países, de diversos estados de peligrosidad anteriores al delito e incluso otros posteriores al mismo, instaurando para unos y otros un sistema de imposición de correlativas e idóneas medidas de seguridad.

Respetaba con ello el legislador el indispensable principio de legalidad, amparador de las garantías individuales, y con la valoración de las principales conductas antisociales en aquel momento existentes establecía índices definidores de las mismas que eludían toda posible arbitrariedad. La competencia en esta materia fue, con criterio judicialista, conferida a los Jueces de Instrucción especialmente designados, quienes declaraban la peligrosidad e imponían las medidas consiguientes, a través de sentencias indeterminadas y con el ejercicio de la facultad electiva entre varias medidas en cada caso, casi siempre con límites dosificados de acuerdo con los índices de peligrosidad. En el plano procesal, la Ley arbitó un procedimiento ajustado a un criterio de simplicidad y urgencia. Las medidas de seguridad, en resumen, tendían a apartar temporalmente de la vida social al peligroso, pero con el fin de darle educación y lograr su readaptación a la sociedad, confiriendo intervención a los órganos jurisdiccionales en la comprobación de los resultados del tratamiento impuesto.

Constituyó así la Ley de Vagos y Maleantes un avance técnico indudable y supuso un paso acertado e importante en la necesaria política de defensa y protección social, en cuyo campo ha producido estimables resultados. Sin embargo, los cambios acaecidos en las estructuras sociales, la mutación de costumbres que impone el avance tecnológico, su repercusión sobre los valores morales, las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social y la aparición de algunos estados de peligrosidad caracte-

rísticos de los países desarrollados que no pudo contemplar el ordenamiento de mil novecientos treinta y tres, han determinado que la Ley referida, a pesar de los retoques parciales introducidos por disposiciones posteriores, aparezca hoy, al menos en parte, un tanto inactual e incapaz de cumplir íntegramente los objetivos que en su día se le asignaron. De ahí que para poner al día y proporcionar plena eficacia a sus normas haya parecido necesario realizar esta reforma, que manteniendo sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de mil novecientos treinta y tres se inspiró, adecúa su contenido a las necesidades y realidades de hoy, en beneficio de los propios sujetos a quienes la Ley haya de aplicarse y de la sociedad que debe integrarlos.

Se trata, pues, de una reforma de adaptación que fundamentalmente tiende a conseguir los siguientes fines:

Primero.—Corregir los defectos observados en el sistema o en la aplicación de la antigua Ley, empezando por sustituir el título de “Vagos y Maleantes” por el de “Peligrosidad y Rehabilitación Social”, no sólo más en línea con la terminología moderna, sino, lo que tiene superior importancia, más fielmente expresivo del fundamento y del fin de la norma, al señalar, como objetivo el primordial compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social.

Segundo.—Exigir y facilitar, dentro de los procedimientos regidos por esta Ley, la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir, asegurando a tal efecto que sus condiciones antropológicas, psíquicas y patológicas sean estudiadas por los técnicos y adecuadamente ponderadas. Investigación y valoración que parecen necesarias en el ámbito de unas normas que, por no integrar una ley penal construida objetivamente sobre hechos y tipos de delito, sino una serie de preceptos en función de determinadas categorías subjetivas de peligro, requieren inexcusablemente la prueba bien fundada del estado de peligrosidad del individuo.

Tercero.—Eliminar del texto aquellos estados que hoy resultan anacrónicos o inútiles por ofrecer dudas de suficiente peligrosidad, así como los que representan una innecesaria superposición al delito, con la consiguiente duplicidad de pena y medida de seguridad. Por esta causa han desaparecido los preceptos relativos a una serie de supuestos: la posesión no justificada de dinero, los juegos prohibidos, la venta de bebidas alcohólicas y favorecimiento de la embriaguez, la ocultación de nombre o uso de documentación falsa de identidad, la incitación al terrorismo y al atraco, la comisión de delitos imposibles, así como otros estados de peligrosidad análogos, opuestos al legalismo ineludible que el tratamiento de estas cuestiones reclaman.

Cuarto.—Modificar otros estados, como los referentes a quienes realicen actos de homosexualidad, la mendicidad habitual, el gamberrismo, la migración clandestina y la reiteración y reincidencia, matizándolos con retoques que harán más exigente la apreciación de estas figuras, al tiempo que eliminarán, toda posible ambigüedad de las mismas.

Quinto.—Establecer las nuevas categorías de estados de peligrosidad que las actuales circunstancias sociales demandan por ofrecerse ciertamente como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y

efectivas perturbaciones sociales con grave daño o riesgo para la comunidad, tales como las referentes al ejercicio habitual de la prostitución y al tráfico de estupefacientes; a la situación de los menores de veintidós años en ciertas condiciones de perversión moral y en ausencia de protección familiar; a aquellos que, aun mayores de edad, se agrupan en bandas y pandillas con actividades reveladoras de evidente predisposición delictiva; a los portadores de armas u otros objetos idóneos para la agresión; a los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de material pornográfico, y a los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa. Asimismo parece oportuno incluir en la relación de peligrosidad social a quienes, como los enfermos mentales cuando estuvieren abandonados y sin adecuado tratamiento, constituye, por desgracia y sin ninguna voluntariedad por su parte, un riesgo efectivo para la comunidad, por lo que, tanto en interés social como en su propio bien, deben ser objeto de un régimen preventivo que permita lograr su curación y poner remedio a su potencial peligrosidad.

Sexto.—Reducir la duración del internamiento en establecimientos de custodia; actualizar la cuantía de las multas y ampliar el catálogo de las medidas con internamiento en establecimientos de reeducación y preservación, arrestos de fin de semana, privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo; prohibición de visitar establecimientos de bebidas y otros lugares; clausura de locales y reprensión judicial; retornando, por último, a la indeterminación absoluta de las medidas para los ebrios y toxicómanos por estar más en función de la necesidad curativa.

Séptimo.—Expresar de forma más simple y precisa los preceptos que hacen referencia a la organización jurisdiccional, competencia y procedimiento, imprimiendo mayor celeridad en éste y acentuando los principios de contradicción e intermediación judicial. En esta vertiente se suprime la facultad de los Tribunales de lo Criminal de declarar el estado peligroso; se regula y facilita la defensa del sujeto a expediente en ambos grados jurisdiccionales, así como los ceses de las medidas y los juicios de revisión, cuando aparezcan síntomas de regeneración, y se duplican, con las mayores garantías de la doble instancia las posibilidades de impugnación de las resoluciones judiciales al conceder recurso de apelación contra los autos de revisión.

Octavo.—Adoptar, en orden a la ejecución de las medidas de seguridad, un sistema basado en la unicidad, continuidad y diligencia, como elementos primordiales de todo proceso de profilaxis y reincorporación social, que pretende que tanto la función de señalar tratamiento como la de realizarlo se reúnan en el orden judicial, a fin de que éste, en contacto con el peligroso, pueda dirigir las modalidades de ejecución, sin menoscabo de las facultades que corresponden a la autoridad administrativa.

Noveno.—Finalmente, la Ley se preocupa de la creación de nuevos establecimientos especializados donde se cumplan las medidas de seguridad, ampliando los de la anterior legislación con los nuevos de reeducación para quienes realicen actos de homosexualidad, ejerzan la prostitución y para los menores, así como los de preservación para enfermos mentales; establecimientos que, dotados del personal idóneo necesario, garantizarán la reforma y rehabilitación social del peligroso, con medios de la más depurada técnica y me-

diante la intervención activa y precisa de la autoridad judicial especializada.

Estos son los fines humanos y sociales que persigue la Ley, no limitados a una pragmática defensa de la sociedad, sino con los propósitos ambiciosos de servir por los medios más eficaces a la plena reintegración de los hombres y de las mujeres que, voluntariamente o no, hayan podido quedar marginados de una vida ordenada y normal.

En su virtud y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

TITULO PRIMERO

De los estados de peligrosidad, de las medidas de seguridad y de su aplicación

CAPITULO PRIMERO

DE LOS ESTADOS DE PELIGROSIDAD

Artículo primero.—Quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley los mayores de dieciséis años que se encuentren comprendidos en sus artículos segundo, tercero y cuarto.

Los menores de dicha edad que puedan considerarse incluídos en los dos primeros preceptos citados, serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores.

Artículo segundo.—Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes:

A) Resulten probadamente incluídos en alguno de los supuestos de este artículo, y

B) Se aprecie en ellos una peligrosidad social.

Son supuestos del estado peligroso los siguientes:

Primero. Los vagos habituales.

Segundo. Los rufianes y proxenetas.

Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad.

Cuarto. Los que habitualmente ejerzan la prostitución.

Quinto. Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología.

Sexto. Los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos.

Séptimo. Los ebrios habituales y los toxicómanos.

Octavo. Los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos; y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegítimamente posean las sustancias indicadas.

Noveno. Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se:

comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas.

Décimo. Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva.

Undécimo. Los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión.

Doudécimo. Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o a la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello.

Decimotercero. Los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa.

Decimocuarto. Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos.

Decimoquinto. Los que, por su trato asiado con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la retirada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva.

Artículo tercero.—Serán de aplicación los preceptos de esta Ley a los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad.

Artículo cuarto.—También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social.

CAPITULO II

DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo quinto.—Son medidas de seguridad:

Primera.—Internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo adecuado a la personalidad del sujeto peligroso dentro del cuadro de clasificación que reglamentariamente se establezca, por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años, cuando se trate de internamiento en establecimiento de custodia, y por el tiempo mínimo que fije la sentencia o el auto de revisión, y máximo de tres años, cuando se imponga internamiento en establecimiento de trabajo.

Segunda. Internamiento en un establecimiento de reeducación por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años.

Tercera. Internamiento en un establecimiento de preservación hasta su curación o hasta que, en su defecto, cese el estado de peligrosidad social.

Cuarta. Arresto de cuatro a diez fines de semana.

Quinta. Aislamiento curativo en casas de templanza hasta su curación.

Sexta. Sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación.

Séptima. Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no inferior a un mes ni superior a dos años.

Octava. Clausura del establecimiento de un mes a un año. Esta clausura no afectará a la relación laboral del personal que preste servicios en el establecimiento.

Novena. Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años.

Décima. Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. La duración de esta medida será fijada con el límite máximo de cinco años.

El sujeto prevenido quedará obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que se produzcan.

Undécima. Prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas, durante el tiempo que se fije no superior a cinco años.

Duodécima. Expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España durante el plazo de cinco años.

Decimotercera. Reprensión judicial.

Decimocuarta. Sumisión a la vigilancia de la autoridad.

Esta vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá el carácter de tutelar y de protección.

Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia.

La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta.

Decimoquinta. Multa de mil a cincuenta mil pesetas.

Decimosexta. Incautación, en favor del Estado, del dinero, efectos e instrumentos que procedan.

CAPITULO III

DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo sexto.—Las medidas de seguridad se aplicarán a los sujetos declarados en estado peligroso de la forma siguiente:

Primero.—A los vagos habituales se les impondrán, para que las cumplan sucesivamente, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo.

b) Obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados.

Segundo.—A los rufianes y proxenetas, a los mendigos habituales y a los que vivan de la mendicidad ajena o exploten menores, enfermos, lisiados o ancianos se les aplicarán, para que las cumplan sucesivamente, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo, adecuado a las condiciones personales del sujeto y, en su caso, incautación del dinero.

b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

A los proxenetas se les clausurará además el establecimiento donde hubieren tenido lugar sus actividades.

Tercero.—A los que realicen actos de homosexualidad y a las que habitualmente ejerzan la prostitución se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de reeducación.

b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, y sumisión a la vigilancia de los delegados.

Cuando los peligrosos del número cuarto del artículo segundo sean del sexo masculino, se les impondrá para su cumplimiento sucesivo:

a) Internamiento en establecimiento de trabajo y multa, y

b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

Cuarto.—A los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología se les impondrá, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo, multa e incautación del dinero y efectos procedentes.

b) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

Quinto.—A los ebrios, habituales y toxicómanos se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) Aislamiento curativo en casas de templanza.

b) Tratamiento ambulatorio.

c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.

d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados.

e) Además, a los toxicómanos, incautación de los efectos ocupados, y a los ebrios habituales, prohibición de visitar establecimientos de bebidas.

Sexto.—A los relacionados en el número octavo del artículo segundo se les impondrá simultáneamente las tres medidas siguientes:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo.

b) Incautación del dinero y efectos procedentes.

c) Multa.

d) Sucesivamente se les aplicará la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

e) Además, a los dueños de los establecimientos se les clausurará, en su caso, el local.

Séptimo.—A los comprendidos en los números noveno, décimo y undécimo del artículo segundo se les aplicarán, simultánea o sucesivamente, todas o algunas de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de reeducación o de trabajo.

b) Arresto de fines de semana.

c) Multa.

d) Reprensión judicial.

e) Prehibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares públicos.

f) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

g) Incautación de los efectos e instrumentos procedentes.

A los comprendidos en los números noveno y décimo se les podrá imponer, además, para su cumplimiento posterior al internamiento, la privación del permiso de conducción de vehículos de motor o la prohibición de obtenerlo.

Octavo.—A los comprendidos en el número duodécimo del artículo segundo se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo, multa e incautación del dinero y efectos procedentes.

b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados, y, además, privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.

Noveno.—A los comprendidos en el número trece del artículo segundo se les impondrá la privación del permiso de conducción de vehículos de motor o la prohibición de obtenerlo.

Décimo.—A los menores de veintiún años a que se refiere el número catorce del artículo segundo se les aplicarán simultánea o sucesivamente todas o algunas de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de reeducación.

b) Arresto de fines de semana.

c) Reprensión judicial.

d) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares públicos.

e) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

Undécimo.—A los que observaren la conducta reveladora de inclinación al delito definida en el número quince del artículo segundo se les impondrán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo.

b) Arresto de fines de semana.

c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.

d) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

Duodécimo.—A los enfermos y deficientes mentales que se encuentren en la situación a que se refiere el artículo tercero se les aplicarán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de preservación hasta que sea necesario.

b) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

Decimotercero.—A los declarados peligrosos conforme al artículo cuarto se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, algunas o algunas de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo.

b) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

Artículo séptimo.—Si los declarados peligrosos fueren extranjeros, el Juez podrá imponerles las medidas del artículo precedente que correspondan o la de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarles, además, las que sean compatibles con dicha expulsión y figuren en cada supuesto de peligrosidad.

TITULO II

De la jurisdicción y del procedimiento

CAPITULO PRIMERO

DE LA JURISDICCION Y COMPETENCIA

Artículo octavo.—La facultad de declarar el estado peligroso e imponer las respectivas medidas de seguridad corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria a través de los Jueces de Instrucción. Deberá existir uno al menos por cada provincia, con cometido único cuando así se establezca, o simultáneo con el que le está asignado en el orden jurisdiccional penal.

En todo caso, los Juzgados de cabeza de partido realizarán las actuaciones precisas en orden a esta Ley, por delegación o en funciones de prevención, y remitirán las diligencias que ante ellos se inicien al Juzgado que corresponda, conforme a lo que en este artículo se establece.

La competencia territorial se determinará por el lugar en que de modo principal se haya manifestado la presunta peligrosidad.

El nombramiento de los Jueces con cometido único se realizará según las normas que rigen el de los restantes Jueces de Instrucción, y será título preferente para su designación la especialización que se acredite en la forma que reglamentariamente se determine.

Artículo noveno.—Para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de los Jueces a quienes se encomienda la aplicación de la presente Ley existirán salas especiales en las Audiencias que al efecto se designen, integradas por tres Magistrados, con o sin relevación de sus otras funciones, cuya sede y competencia territorial se establecerá por el Gobierno.

El nombramiento de los Magistrados de estas Salas, cuando tengan cometido único, se realizará según las normas que rigen la designación de los Magistrados, siendo título preferente el mencionado en el párrafo cuarto del artículo anterior.

Estas Salas, dentro del ámbito territorial de su competencia, serán órgano superior de los Juzgados dedicados a aplicar esta Ley.

Artículo diez.—Los Juzgados cuyo único cometido sea la aplicación de esta Ley tendrá adscritos permanentemente los funcionarios del Ministerio Fiscal

que se precisen. En los demás, el servicio se atenderá por los funcionarios de la plantilla de la Fiscalía de la Audiencia correspondiente.

A las Salas de Apelación se adscribirán los funcionarios del Ministerio Fiscal que se juzge necesario. Estos nombramientos se realizarán conforme a sus normas orgánicas.

Artículo once.—Con arreglo a las normas orgánicas de los Cuerpos respectivos se efectuarán los nombramientos de Secretarios de los Juzgados y Salas de Apelación, así como del restante personal facultativo, auxiliar y subalterno.

CAPITULO II

DEL PROCEDIMIENTO

Sección primera.—Del procedimiento en los Juzgados

Artículo doce.—El procedimiento para la declaración del estado de peligrosidad y aplicación de las medidas de seguridad podrá promoverse a petición del Ministerio Fiscal o de oficio; en este caso, bien por ciencia propia o por denuncia de la Policía judicial o de particulares.

Se seguirá expediente individual para cada denunciado o presunto peligroso, sin posibilidad de acumulación a otros.

Artículo trece.—Cuando un Tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que pueda estar incurso en alguno de los estados de peligrosidad que definen los artículos segundo, tercero y cuarto de la presente Ley remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad.

Los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley y las Salas especiales que establece el artículo noveno remitirán asimismo a los Juzgados competentes testimonio de actuaciones de las que puedan resultar la comisión de hechos delictivos o la participación de los encartados en ellos.

Artículo catorce.—Los Fiscales promoverán, y la Policía judicial practicará, las diligencias de investigación de conducta que puedan determinar la incoación de expedientes de peligrosidad social, o constituir elementos de juicio que deban ser tenidos en cuenta en los mismos.

Artículo quince.—Iniciado el expediente se pondrá en conocimiento del Presidente y del Fiscal de la Sala de Apelación que corresponda.

Las actuaciones comenzarán por una fase de averiguación en la que intervendrá el Ministerio Fiscal.

Artículo dieciséis.—En dicha fase, el Juez oír a la persona afectada sobre los extremos que motiven el expediente, su identidad personal, estado, si tiene hijos o menores sometidos a tutela y sus edades, profesión u oficio, domicilio o residencia, y manera de vivir durante los cinco años anteriores, consignándose circunstanciadamente las respuestas que diere. También reclamará informes de conducta y antecedentes penales y policiales de la misma, así como cuanto sea preciso para corroborar su edad e identidad personal, reseñando o uniendo los documentos que aquélla pueda presentar al propio fin.

Acordará, asimismo, el Juez la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto a expediente, mediante dictamen pericial médico; y cuando estuviere especialmente indicado recabará información sobre sus factores familiares y sociales a técnicos o instituciones idóneas y llevará a cabo las restantes diligencias de comprobación que estime necesarias.

Artículo diecisiete.—Las diligencias a que se refiere el artículo anterior habrán de practicarse en el plazo improrrogable de quince días, transcurrido el cual o una vez recibidos los informes reclamados y realizadas las demás comprobaciones que el Juez haya acordado de oficio o a instancia del Fiscal, oído éste, acordará el archivo del expediente o dará vista de lo actuado al presunto peligroso, quien, desde este momento o desde que el Juez decida adoptar alguna medida cautelar, será instruido de sus derechos y podrá intervenir en el expediente, designando Procurador que le represente y Letrado que le defienda, los que, en otro caso, se le nombrarán en la forma prevenida en el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el supuesto de dársele vista, el presunto peligroso podrá proponer en el plazo de cinco días los medios de prueba, admisibles en derecho, que a su descargo convengan.

Artículo dieciocho.—Contra el auto que acuerde el archivo de las actuaciones podrá recurrir en apelación el Fiscal, siendo observable, en la interposición y sustanciación del recurso, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de los artículos veintidós y veintitrés de la presente Ley.

Artículo diecinueve.—El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares con relación al presunto peligroso:

Primera.—La detención, si no pudiera ser citado o careciere de domicilio conocido.

Segunda.—Declararle rebelde, si dejare de comparecer sin justa causa al llamamiento judicial, acordando su internamiento preventivo.

Tercera.—El internamiento preventivo, en caso de estado de evidente indicio de peligrosidad y si las circunstancias lo hicieren necesario.

El internamiento se realizará, en cuanto sea posible, en los establecimientos que correspondan al supuesto de peligrosidad por el que se siga el expediente.

El auto de internamiento no necesitará ser ratificado y contra él procederá el recurso de reforma.

Artículo veinte.—El Juez resolverá sobre la admisión de las pruebas con arreglo a derecho.

Las pruebas admitidas se practicarán contradictoriamente en el plazo de doce días, si han de tener lugar en la sede del Juzgado, y de veinte, si hubieran de practicarse fuera de la misma.

Artículo veintiuno.—El Juez, practicadas las pruebas, oirá al Fiscal y al Abogado del presunto peligroso en un plazo sucesivo de cinco días, durante el cual producirán por escrito las alegaciones procedentes, que se unirán al expediente.

Si la parte dejare de utilizar este trámite, se le tendrá por decaído en su derecho y el expediente seguirá el curso debido.

Transcurrido dicho plazo, el Juez, dentro de los tres días siguientes, dictará

resolución en forma de sentencia, que habrá de contener uno de los dos pronunciamientos siguientes:

a) Declarar probada la peligrosidad social del sujeto a expediente y su inclusión en alguno de los supuestos de los artículos segundo, tercero y cuarto, consignando los hechos que lo acrediten y señalando las medidas de seguridad aplicables.

b) Declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia.

La sentencia se notificará al Fiscal y al sujeto a expediente en el siguiente día.

Cuando se rechace la denuncia por infundada podrá el denunciado, previa autorización del Juez, ejercitar las acciones penales que procedan contra el denunciante.

Artículo veintidós.—El Fiscal y el interesado podrán interponer recurso de apelación contra la sentencia del Juez en el plazo de tres días, a contar desde la notificación. El Juez acordará emplazar al Ministerio Fiscal y a la parte para que comparezcan ante la Sala especial que corresponda dentro del décimo día.

Sección segunda. Del recurso de apelación

Artículo veintitrés.—La Sala designará, cuando sea preciso, Abogado y Procurador al presunto peligroso en la forma prevenida en esta Ley.

El Fiscal y el sujeto a expediente podrán proponer a la Sala, al personarse, y ésta acordar, si lo estima pertinente, que se reitere ante la misma el examen de los testigos y la ampliación de las diligencias practicadas por el Juez, así como la práctica de las pruebas que, propuestas ante el Juzgado, fueron indebidamente denegadas y de las que, admitidas, no se llevaron a cabo por causas no imputables a las partes.

El Tribunal, además, podrá acordar de oficio las diligencias que estime oportunas y nueva audiencia del interesado.

Las diligencias de prueba acordadas se practicarán con intervención del Fiscal y de la parte.

Las pruebas se practicarán en el plazo de doce días y, previa instrucción sucesiva de las partes, con entrega del expediente por tres días a cada una, se celebrará la vista oral dentro de los diez días siguientes, sin la presencia del sujeto a expediente, a menos que éste lo solicitase y la Sala lo estimara conveniente.

La sentencia se dictará dentro del tercer día, y contra ella no procederá recurso alguno, salvo el juicio de revisión para la cancelación, confirmación, sustitución, reducción o prolongación de todas o algunas de las medidas de seguridad, a tenor de lo establecido en el capítulo IV de este título y lo dispuesto sobre ejecución de medidas de seguridad en el artículo veintiséis.

CAPITULO III

DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo veinticuatro.—La ejecución de las medidas de seguridad corresponderá a los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley.

Artículo veinticinco.—Firme la sentencia o el auto de revisión, el Juez cuidará del cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas y del tratamiento eficaz del peligroso, con el fin de que se observe cuanto la Ley y el Reglamento preceptúen sobre el particular.

Si concurriere con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena.

Artículo veintiséis.—El Juez, previo informe de la Junta de Tratamiento, cuya composición y funciones se fijarán reglamentariamente, o, en su defecto, del delegado que tenga a su cargo la vigilancia del peligroso social o de quien proceda recabarlo, podrá acordar, con audiencia del Fiscal, el cese de la medida impuesta que corresponda y la sustitución, en su caso, por la sucesiva, según vaya cumpliéndose el mínimo de las mismas, y en las que no tengan mínimo, cuando transcurra, por lo menos, la tercera parte de su duración. Se acordará siempre, sin más trámites, cuando se cumpla el máximo o se alcance, en las de internamiento por tiempo indeterminado, la condición fijada para ello en la Ley, en la sentencia o en el auto de revisión, o cuando se considere que ha cesado el estado peligroso.

También acordará el Juez la cancelación definitiva del expediente por cumplimiento de la medida, cuando fuere única, o por extinción de la última en las de aplicación sucesiva.

CAPITULO IV

DEL JUICIO DE REVISIÓN

Artículo veintisiete.—Mediante el juicio de revisión puede el Juzgado cancelar, confirmar, sustituir, reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieren acordado.

Artículo veintiocho.—La revisión de las medidas de seguridad corresponde al Juzgado que hubiere conocido del expediente en que se impusieron aquéllas.

Si la resolución se hubiere dictado por la Sala correspondiente, y no fuera totalmente confirmatoria de la sentencia o auto de primera instancia, el Juzgado elevará propuesta de revisión a aquélla para su aprobación.

Artículo veintinueve.—El Fiscal y el declarado peligroso podrán promover el juicio de revisión en el caso del número primero del artículo siguiente. En los de los números segundo y tercero del propio artículo, el juicio podrá iniciarse por el Fiscal, o de oficio cuando el Juez tuviere noticia, por ciencia propia o por denuncia de la Policía o de particulares de que concurren aquellas circunstancias.

Artículo treinta.—Procederá el juicio de revisión:

Primero.—Por modificación del grado de peligrosidad social o por la terminación de este estado.

En el primer supuesto, el declarado peligroso no podrá promover el juicio de revisión hasta que haya transcurrido el mínimo señalado en la Ley, en la sentencia o en el auto de revisión, para la medida que se pretenda revisar en las que no tenga mínimo, hasta que transcurra la tercera parte de su duración a partir de la iniciación de su cumplimiento, salvo si fuere la de obligación o prohibición de residir en un lugar o territorio determinado, que podrá promoverse en cualquier momento posterior al comienzo de su ejecución, y en las de internamiento por tiempo indeterminado, hasta que transcurran cuatro meses desde el principio del mismo.

Segundo.—Por haber quebrantado el peligroso cualesquiera de las medidas a que hubiere sido sometido.

Tercero.—Cuando por su conducta posterior a la sentencia o al auto de revisión, y anterior a la extinción de todas las medidas impuestas, incurriere nuevamente en cualesquiera de los estados de peligrosidad de los artículos segundo, tercero y cuarto de esta Ley.

Artículo treinta y uno.—Iniciado el juicio de revisión, el Juez oirá al declarado peligroso social sobre el hecho que lo motive, así como sobre su ocupación o manera de vivir si hubiere permanecido en libertad, y ordenará que dentro del plazo de doce días se practiquen las investigaciones, informaciones y comprobaciones que estime necesarias o útiles de las previstas en el artículo dieciséis, incluso a instancia del Fiscal o del peligroso, siendo éste asistido por el Abogado y el Procurador que hubieran asumido su defensa y representación en el expediente, o por los que designe o previamente se le nombren de acuerdo con lo dispuesto en el artículo diecisiete. También podrá el Juez adoptar, si procediere, las medidas del artículo diecinueve.

Seguidamente dará visto de lo actuado al Fiscal y al declarado peligroso por plazo sucesivo de tres días, para que por escrito, el primero informe y el segundo haga las alegaciones de descargo que le convinieren.

Evacuados tales trámites, el Juez dictará auto dentro del tercer día, en el que acordará la revisión o declarará no haber lugar a ella. Este auto se notificará al Fiscal y a la parte.

Artículo treinta y dos.—En el plazo de tres días el declarado peligroso social podrá interponer, contra el auto de revisión, recurso de apelación, si las medidas acordadas excedieran del tiempo máximo por el que se impusieron en la sentencia o en el anterior auto de revisión, o se sustituyera por otras, o las nuevas impuestas fueran de distinta naturaleza; y sin ninguna limitación si el juicio de revisión lo hubiera promovido él, en el supuesto del número uno del artículo treinta. El Fiscal podrá recurrir, en el mismo plazo, cualquiera que sea el auto dictado.

El Juez acordará emplazar al Fiscal y a la parte para que comparezcan ante la Sala de Apelación correspondiente dentro del quinto día. La apelación se tramitará en la forma prevenida en el artículo veintitrés.

TITULO III

Del recurso de abuso

Artículo treinta y tres.—El sujeto a medidas de seguridad para recurrir ante el Juez de Instrucción de su residencia o ante el encargado de la aplicación de esta Ley en su territorio, de todo exceso o abuso que pudiera haberse cometido en la ejecución de la medida acordada.

En el primer caso, el Juez de Instrucción remitirá los antecedentes al competente para su aplicación de esta Ley. Este, previa la práctica de las diligencias que estime convenientes y oídos el Fiscal y la parte, podrá acordar las disposiciones pertinentes para corregir el exceso o abuso comprobado, sin perjuicio de lo demás que proceda. De esta resolución se dará cuenta en todo caso a la Sala de Apelación correspondiente.

La resolución se notificará al interesado, quien podrá recurrir contra la misma, ante dicha Sala, asistido de Abogado y Procurador.

TITULO IV

Normas supletorias

Artículo treinta y cuatro.—En todo lo referente al procedimiento y ejecución de medidas de seguridad serán supletoriamente aplicables, en primer término, las disposiciones del título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en su defecto, los demás preceptos de la misma, salvo en cuanto a recursos, que no se admitirán otros que los expresamente establecidos en la presente Ley.

TITULO V

De la prescripción de las medidas de seguridad

Artículo treinta y cinco.—Las medidas de seguridad prescribirán:

a) A los diez años, si se trata de internamiento en establecimiento de custodia o de trabajo.

b) A los cinco años, si se trata de internamientos en asilos curativos de templanza o en establecimientos de preservación y reeducación, o de sumisión a la vigilancia de los delegados.

c) A los tres años, en cualquier otro caso.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que quedó firme la resolución en que se impuso la correspondiente medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la que se trate, o desde aquel en que se hubiera interrumpido irregularmente su ejecución.

Si la medida de seguridad fuera en su cumplimiento postrior al de una pena, se computará el plazo desde la extinción de tal condena.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo quedan interrumpidos si el peligroso fuera condenado por razón de delito.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su promulgación.

Segunda. Las medidas de seguridad aplicables a los peligrosos sociales se regirán, en cuanto a su efecto retroactivo, por lo establecido en los artículos veintitrés y veinticuatro del Código Penal.

Tercera. Antes de la entrada en vigor de esta Ley, el Ministerio de Justicia habilitará los establecimientos adecuados, a los que dotará de personal idóneo para la aplicación de las medidas de seguridad y rehabilitación, y someterá al Gobierno el proyecto de Reglamento que desarrolle el contenido de la presente Ley.

Cuarta. Se autoriza al Gobierno para proceder a la enajenación de los inmuebles que se desafecten del Servicio de Instituciones Penitenciarias, aun cuando su valor exceda del límite señalado en el artículo sesenta y dos de la Ley del Patrimonio del Estado, siempre que su importe vaya a ser reinvertido en la modernización, mejora o nueva instalación de dependencias adscritas al citado Servicio. En estas reinversiones se concederán preferencia, en lo posible, a los establecimientos que deberán habilitarse para la ejecución de las medidas de seguridad previstas en esta Ley.

Quinta. Se establecerán en el Ministerio de Justicia, en las Salas Especiales de Apelación, en la Dirección General de Seguridad, o en los Centros que ésta designe, y en la Jefatura Central de Tráfico, los registros especiales que sean necesarios con arreglo al Reglamento que se dicte.

Sexta. Se autoriza al Gobierno para revisar, en la medida indispensable, las plantillas de destinos del personal de la Administración de Justicia para que pueda dotar convenientemente los Juzgados y Tribunales encargados de la aplicación de esta Ley.

Séptima. Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta de la Presidencia, adapte por Decreto las normas contenidas en la presente Ley a la jurisdicción militar en los casos en que pudiera ser competente, conforme al capítulo II, título I, Tratado Primero del Código de Justicia Militar, de diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Se deroga la Ley de Vagos y Maleantes, de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres, y sus complementarias o modificativas de veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro y veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho.

Segunda. El Gobierno, antes de la entrada en vigor de esta Ley y por Decreto, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Gobernación, adaptará los preceptos del Código de la Circulación que resulten afectados a lo dispuesto en la presente Ley.

Dada en el Pazo de Meirás a cuatro de agosto de mil novecientos setenta.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes,

ALEJANDRO RODRIGUEZ DE VALCARCEL Y NEBREA

ARGENTINA

Ley 18.701: Implántase la pena de muerte. Deróganse ciertos artículos del Código penal. (B. O. 3-6-70).

Artículo 1.º Será reprimido con reclusión de cinco a quince años el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

La pena será de uno a cuatro años si el culpable voluntariamente pusiere en libertad a la víctima dentro de los tres días del hecho.

La pena será de muerte si con motivo u ocasión del hecho resultare la muerte o lesiones gravísimas para alguna persona. La misma pena se aplicará cuando el culpable no entregare a la persona ilegalmente privada de la libertad o no diere razón satisfactoria de su paradero.

Art. 2.º El que atentare con armas contra un buque, aeronave, cuartel o establecimiento militar o de fuerza de seguridad, o sus puestos de guardia o su personal, será reprimido con pena de muerte.

Art. 3.º El que ilegítimamente usare insignias, distintivos o uniformes correspondientes a las fuerzas, armadas o de seguridad, será reprimido con prisión de tres a diez años. Si se usaren para preparar, facilitar, consumir u ocultar cualquier delito que tuviere prevista una pena máxima superior a ocho años de reclusión o prisión, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro, se impondrá pena de muerte.

Art. 4.º Cuando un hecho estuviere reprimido con pena de muerte, se impondrá reclusión de quince a veinticinco años a quienes estuvieren comprendidos en el artículo 46 del Código penal.

Art. 5.º Será suprimido con reclusión o prisión de cinco a veinticinco años el que, sin promesa anterior a los delitos previstos en los artículos 1.º, párrafos 1 y 3, 2.º y 3.º de la presente ley, tuviera noticias de su ejecución y no lo denunciare de inmediato a la autoridad competente; o ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse de las mismas.

Art. 6.º La muerte o lesiones previstas en el artículo 1.º, ocurridas con posterioridad a la fecha de vigencia de esta ley, serán reprimidas con la pena que ella establece, aunque la privación ilegal de la libertad hubiere comenzado a cometerse con anterioridad a dicha fecha.

Art. 7.º Todo condenado a muerte será fusilado dentro de las cuarenta y ocho horas de encontrarse firme la sentencia condenatoria.

Art. 8.º La pena de muerte por fusilamiento se cumplirá en el establecimiento donde el condenado se encuentre detenido al tiempo de pronunciarse la sentencia.

Art. 9.º No se aplicarán, a las causas regidas por la presente ley, las disposiciones de la ley 18.670.

Art. 10. Prescribirán a los veinte años la pena de muerte y la acción por delitos reprimidos con ella.

Art. 11. Derogándose los artículos 141, 142 y 170 del Código penal.

Art. 12. La presente ley entrará en vigencia el día 2 de junio de 1970.

Art. 13. Comuníquese, etc...

Jurisprudencia penal correspondiente al primer semestre de 1968

Por FRANCISCO BUENO ARUS
Letrado del Ministerio de Justicia
Profesor Adjunto de Derecho penal

CODIGO PENAL

1. Artículo 1.º (*Relación de causalidad*).—Dentro del amplio y debatido tema de la relación de causalidad, y más en concreto el atinente a las diversas teorías sobre el nexo causal, cabe examinar la cuestión bajo el prisma que ofrece la de la equivalencia de las condiciones, esto es, a base de estimar integrantes de la causa todas las condiciones que cooperan a la producción del resultado y sin cuya intervención no se hubiera producido, bien que mitigando los excesos a que puede conducir la incondicionada aplicación de esta tesis en determinados supuestos, muy particularmente en los delitos calificados por el resultado y en las situaciones en que intervengan las equívocamente denominadas concausas, aceptando al efecto la exigencia del presupuesto o requisito de la culpabilidad del sujeto en orden al resultado, elemento culpable que en esta clase de delitos, que posee carácter o naturaleza preterintencional, ha de tomarse en su más amplio sentido, puesto que tales delitos pueden ser concebidos más allá de la intención, pero sin alcanzar la zona de lo fortuito, esto es, condicionados por la previsibilidad del último y más grave efecto, debiendo aceptarse que la responsabilidad por el resultado más grave es exigible cuando el curso causal corresponda a la naturaleza propia del delito simple o base, o a las circunstancias en que se perpetraron. (S. 6 junio 1968.)

El delito de imprudencia para existir tiene que contener como elemento integrante necesariamente un ligamen o relación causal que una la conducta activa u omisiva no maliciosa, aunque voluntaria, que infrinja el deber objetivo de cuidado socialmente impuesto, con el resultado que modifique el mundo exterior, vínculo o relación inmediato y directo que ponga en conexión la acción del agente con el resultado como consecuencia natural éste de aquélla, y que se estimara existente, aplicando las normas de experiencia vital y juicios de idoneidad y probabilidad apreciados por el Juez, y que se interrumpe o interfiere cuando el actuar posterior del ofendido o de tercera persona contribuya al resultado de un proceso causal independiente a modo de accidente extraño que se deba a actuación gravemente imprudente o acaso dolosa de uno de aquéllos, pues entonces el nexo causal se corta, al

desviarse de su normal curso, a medio de un proceso atípico. (SS. 10 y 27 febrero 1968.)

2. (*Voluntariedad*).—El proceso volitivo decisorio que mueve la voluntad e inteligencia del agente sólo puede ser conocido por las exteriorizaciones del propósito concebido, por las actuaciones por medio de las cuales se lleva a efecto y realiza, siendo el criterio más seguro para juzgar de la interna voluntad dolosa la *adecuación* de medios para lograr el fin propuesto, y así puede ocurrir que haya plena concordancia entre la voluntad interna y la declarada por sus actos, o puede acaecer que se patentice la discordancia, en más o en menos, con lo pretendido. (S. 16 enero 1968.)

Todo delito doloso descansa en el presupuesto de la voluntariedad, que aunque va implícita en toda infracción de este tipo, según declaración expresa del artículo 1.º del Código penal, tal presunción es *iuris tantum*, según viene declarando esta Sala, pues, cuando por la serie de circunstancias coincidentes y por la naturaleza misma del acto el sujeto está en la creencia racional de que su acción es lícita, el dolo desaparece y con él la figura delictiva que se contempla (S. 30 enero 1968.)

Cfr. §§ 50 y 77.

3. Artículo 2 (*Arbitrio judicial*).—Ausente el Juez Penal de la facultad de incriminar tipos en función de puro arbitrio, por impedirlo el principio de la legalidad a que se afilia la dogmática española, y que lo otorga o asigna exclusivamente al legislador, sin embargo puede aquél, al realizar su función individualizadora de juzgar las conductas, enmarcándolas y sancionándolas de acuerdo con las normas establecidas legislativamente, dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 2.º, párrafo 2.º del Código penal, proponiendo al Gobierno la atenuación de la pena resultante, a medio del indulto, cuando estime en conciencia que el delito juzgado resulta excesivamente penado en el caso concreto, debiendo operar así para corregir la desproporcionada, fría y excesiva justicia, a medio de un juicio equitativo que temple la *acerbitas* y *duritia*, por medio de la aplicación de los más altos principios de la ética cristiana y natural, de tanta raigambre como son los de la *caritas*, *humanitas* y *benignitas*. (S. 3 mayo 1968.)

4. Art. 8.º, núm. 1 (*Enajenación*).—La oligofrenia no es suficiente, por sí, para aplicar la eximente. (S. 29 marzo 1968.)

No todas las psicopatías producen causas de exención o de atenuación, ya que para apreciar éstas es preciso que, como en el caso del trastorno mental, ésta tenga en primer lugar una base patológica, y que por otra parte coloque al agente en un estado tal que venga a demostrarse de manera inequívoca la perturbación de las facultades intelectivas y volitivas sin ningún género de duda. (S. 2 mayo 1968.)

5. (*Trastorno mental transitorio*).—El trastorno mental transitorio, con su efecto de ausencia de imputabilidad total, por faltar la capacidad precisa para la realización del acto antijurídico y típico, requiere para existir en el agente una notable y extraordinaria perturbación de la mente, que afecte hondamente hasta anularlas sus facultades intelectivas y volitivas, generada

por causa directa, inmediata, evidenciable y pasajera, que bruscamente se produzca y rápidamente y sin huellas se agote, y que se injerte normalmente en la personalidad de un sujeto, de constitución o base patológica o morbosa, por sufrir larvada y ostensible anormalidad psíquica, que le predisponga a la reacción inconsciente, o que aparece muy excepcionalmente en quien sin tal anomalía ni gestación o reflejos patológicos y siendo normal los estímulos o choques psíquicos sufridos intensamente le hagan actuar irreprimitamente de forma incontrolada y delirante. (S. 30 mayo 1968.)

La situación de trastorno mental transitorio se ha entendido con bastante generalidad que demanda para su aplicación que el agente no sea sujeto normal, esto es, que la perturbación de las facultades mentales provenga de causa de origen patológico, rechazándola cuando trate de fundamentarse simplemente en causas psicológicas o en estados pasionales, bien que en otros sectores no menos autorizados se acepte la solución opuesta y en cierto sentido de mayor generosidad en orden a la estimación de la concurrencia de esta causa de inimputabilidad, sea cual fuere la contextura mental, anormal o no, del sujeto considerado, ya que ésta debe ser la interpretación correcta del texto legal en el que para nada se alude al origen de la perturbación mental, lo que no permite indebidas restricciones; mas aun cuando se acepte este segundo criterio, en lo que no existe discrepancia es en que para la procedencia de la estimación de esta circunstancia las facultades mentales del presuntamente responsable han de verse perturbadas de un modo profundo, hasta el punto de anular su inteligencia o su voluntad, teniendo en este sentido proclamado la doctrina de esta Sala que la situación de inconsciencia ha de ser total, notoria, con completa ausencia de la razón y total apagamiento de la voluntad que priven de la capacidad para valorar el verdadero alcance de los actos, o, en otros términos, privación de toda reflexión con incapacidad para percibir cualquier motivo racional de conducta, que implique el oscurecimiento completo de la potencia cognoscitiva. (S. 4 abril 1968.)

6. Artículo 8.º, núm. 2 (*Menor edad*).—Una cosa es la edad natural o física de los interesados (de 41 y 39 años de edad a la fecha de dictarse la sentencia impugnada), y otra distinta es la edad mental o coeficiente intelectual, de lo que resulta que, siendo los procesados de edad física superior a los 16 años, no puede en modo alguno aplicárseles otras disposiciones y otro procedimiento que el de los mayores de edad penal y por la Jurisdicción Ordinaria, pues en otro caso hubieran sido sometidos a la del Tribunal Tutelar de Menores, sin perjuicio de aplicar por aquella Jurisdicción competente la atenuación que pueda deducirse de su estado mental y a tenor del Código penal aplicable. (S. 20 junio 1968.)

7. Artículo 8.º, núm. 4 (*Legítima defensa*).—La distinción entre una riña o contienda y la situación excluyente de responsabilidad de legítima defensa por justificación del delito penal tipificado viene estableciéndose en la jurisprudencia de esta Sala y en la doctrina con base en las siguientes particularidades que eliminan la legitimidad de la llamada «defensa recíproca»: es la consideración de que los contendientes se convierten en recíprocos agresores; que no hay un propósito exclusivamente defensivo sino predominantemente

mente agresivo; que se trata de ataques y contraataques que entre sí se compensan por su respectivo carácter agresivo, sin que realmente se actúe para defenderse sino para atacar. (S. 8 febrero y 9 abril 1968.)

Entre las múltiples justificaciones doctrinales con que se trata de fundar la legítima defensa, ocupa lugar prevalente la que mantiene que el que se defiende trata de impedir el daño que con la agresión ilegítima se trata de causar, o cuando menos aminorar sus consecuencias e impedir la continuidad de la agresión, pues cuando el mal propuesto por el agresor se consigue por entero y los actos agresivos han terminado, la reacción ya no es defensiva; será una contraagresión, si no plenamente justificable, por lo menos susceptible de atenuar la responsabilidad del agente, puesto que los actos del inicial agresor pueden influir en su ánimo obnubilando su psiquismo, perturbando su volición, y aflojando los frenos inhibidores, pero no puede en buenos términos jurídicos hablarse de una verdadera reacción defensiva, ni generar ya una causa de justificación de esta reacción inicialmente antijurídica. Igualmente, es bien sabido que la legítima defensa se concibe como supletoria, cuando no hay posibilidad de acudir al Poder Público para evitar los efectos del acto agresivo ilegítimo, o por lo menos para que restablezca inmediatamente el orden justo indebidamente perturbado, de donde a contrario sentido se infiere que cuando es posible acudir a la protección estatal, la actuación defensiva deja de estar justificada, pues en este caso se consagraría y vendría a legitimarse la acción directa y el administrarse la propia justicia, que como se ha puesto de manifiesto sólo cabe para impedir la agresión y cuando no sea posible la tutela autoritaria. (S. 8 abril 1968.)

8. Artículo 8.º, núm. 7 (*Estado de necesidad*).—No es aplicable en los delitos culposos, como dice la S. de 16 de abril de 1962. (S. 26 enero, 1968.) Cfr. § 60.

9. Artículo 8.º, núm. 8 (*Caso fortuito*).—Cfr. § 102.

10. Artículo 8.º, núm. 9 (*Fuerza irresistible*).—Para la estimación de la circunstancia eximente de fuerza irresistible, 9.ª del artículo 8.º del Código penal, se requiere que un tercero ejerza sobre el agente activo una violencia o compulsión material de la entidad que invalide por entero su libertad, obligándole a ejecutar el acto que su voluntad rechaza, imaginable como de posible aunque muy esporádica ocurrencia en los delitos culposos cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor. (S. 8 mayo 1968.)

11. Artículo 8.º, núm. 11 (*Ejercicio legítimo de oficio o cargo*).—Lo primero que exige esta circunstancia es la legalidad de la acción de la autoridad o sus agentes, no estándoles permitido el uso de la fuerza sino cuando sea absolutamente indispensable. (S. 21 febrero 1968.)

12. Artículo 9.º, núm. 1 (*Enajenación incompleta*).—Cfr. § 4.

13. Art. 9.º, núm. 2 (*Embriaguez*).—Embriaguez es el estado de la persona que por efecto de haber bebido con exceso vino u otro licor, se perturba la inteligencia y disminuye el control de la voluntad. (S. 28 febrero 1968.)

Cuando se dice que el procesado se embriaga con frecuencia, lo que implica repetición, continuidad o habitualidad, ese hábito lo excluye del beneficio postulado de acuerdo con la doctrina de esta Sala, significada en sus sentencias de 28 de mayo de 1952, 2 de febrero y 30 de junio de 1961 y 22 de mayo de 1962, entre otras. (S. 25 junio 1968.)

14. Artículo 9.º, núm. 4 (*Preterintencionalidad*).—El acto humano, acompañado de sus medios comisivos y circunstancias que le rodean, son los únicos elementos que se tienen para penetrar en el alma del delincuente y saber qué es lo que se propuso al determinarse a obrar, y sobre ese querer o intención aplicar la ley penal que en los delitos de tipo doloso debe gravitar o aplicarse en función del propósito perseguido por el culpable; y de aquí que, cuando hay una desproporción o falta de armonía entre el resultado y los medios que se utilizaron para lograrlo, rebasando aquél las consecuencias naturales y previsibles en el desarrollo de éstos, el Código modera la responsabilidad al contemplar un resultado que el agente no debió querer al utilizar medios no adecuados o idóneos para producirlo. (S. 3 mayo 1968.)

Cfr. § 60.

15. Artículo 9.º, núm. 8 (*Arrebato u obcecación*).—Han de proceder de estímulos tan poderosos que en la generalidad de las personas y en idénticas o análogas circunstancias originen esos estados emocionales o pasionales. (S. 18 mayo 1968.)

Sólo puede apreciarse esta atenuante cuando tiene su raíz el influjo suficiente para producir efecto en la generalidad de las personas (producir naturalmente, dice la ley), no cuando la conmoción sólo se explica suponiendo en el interesado un carácter violento y explosivo. (S. 6 marzo 1968.)

Las injurias por escrito excluyen en términos generales estados pasionales que disminuyan la conciencia, por requerir por su misma naturaleza sosiego y reflexión, y más cuando los escritos van dirigidos a personas de respeto o constituidas en autoridad a las que se recuerda pretensiones pendientes de resolución, porque esa recordación de fechas y antecedentes precisa ya un estado de calma y un raciocinio contrarios a la ofuscación momentánea que supone la atenuante. (S. 4 marzo 1968.)

16. Artículo 9.º, núm. 9 (*Arrepentimiento espontáneo*).—Es condición indispensable para la aplicación de esta atenuante la rápida actuación del culpable a reparar o disminuir los efectos del delito, dando satisfacción al ofendido, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial. (S. 29 marzo 1968.)

17. Artículo 10, núm. 1 (*Alevosía*).—Si la circunstancia agravante de alevosía, núm. 1.º del artículo 10 del Código penal, requiere para existir de la necesaria presencia de los elementos que atañen a la objetividad del injusto, y que derivan del empleo por el agente de medios, modos o formas que consigan de un lado el aseguramiento de la ejecución consumativa del delito, y de otro evitar el riesgo que pudiera provenir de la eventual defensa del ofendido, que se encuentra totalmente anulado en su capacidad de reac-

ción ante el ataque, es comprensible que la tradicional doctrina de esta Sala, con reiteración suma y sin excepciones, haya venido entendiendo que la muerte dada a un recién nacido —e incluso a niños de corta edad— es siempre alevosa, por concurrir en ellas las notas esenciales de tal circunstancia de agravación, puesto que, al ser el agredido una criatura inerte, no puede notoriamente defenderse, ni oponer resistencia alguna, por su debilidad fisiológica, que la lleva a depender absolutamente de otras personas para subsistir, logrando el delincuente un resultado seguro y sin riesgos producto de su perversidad anímica y actuar cobarde que acoge sin más este aseguramiento e indefensión, pues en tal supuesto el actuar instrumental o moral exigido en el tipo con el empleo de formas reales objetivas está dado por la condición de víctima, y debe atenderse y valorarse la antijuridicidad del acto sobre la intención del agente en su tendencia ideal subjetiva, por ser lo trascendente el comportamiento material a la conducta en su dimensión dinámica, y esa tan aludida propia y utilitaria seguridad y ajena indefensión, que indudablemente existe, acójase o no en la mente del autor, electivamente, en conciencia íntima y personal, pues el efecto se produjo de manera aleve, en el más débil de los sujetos pasivos, por un comportamiento de tal condición en el obrar, y que a buen seguro lleva corrientemente la preordenación ideal buscada o aprovechada, pues de no ser niño el hecho no se cometería las más de las veces. (S. 16 mayo 1968.)

18. Artículo 10, núm. 2 (*Precio*).—No es permitido poner los conocimientos de la técnica al servicio del delito, y al hacerlo se transforma en ilícita percepción o precio remuneratorio, como dice el precepto penal, lo que serían lícitos honorarios, que viene de *honor debido*, incompatible, es manifiesto y claro, con las actuaciones delictivas. (S. 4 junio 1968.)

Cfr. § 61.

19. Artículo 10, núm. 8 (*Abuso de superioridad*).—Entre la normal dinámica de la acción del delincuente para poder conseguir el resultado consumativo de la infracción criminal, que requiere en sí como indispensable una ventaja material y necesaria en su actuar sobre la víctima, que se aprovecha, y la indefensión total y absoluta, por notoria desproporción que impida cualquier reacción defensiva de aquélla al generar una radical ausencia de riesgo, y que constituye la agravante de alevosía, el Código penal, en su número 8 del artículo 10, establece, como forma inferior de ésta, y causa de mayor culpabilidad, el abuso de superioridad del agente, estimándola situación intermedia entre ambos extremos de actuación normal y de obrar aleve, y que resulta por su mismo alcance y constreñido contenido de difícil deslinde y clara relatividad; consistiendo esencialmente en un desequilibrio acusado de poderes, desigualdad, ventaja material, desproporción o prevalimiento de fuerzas en el ataque, por tener y emplear el agente una mayor y ejecutiva dimensión de vigor físico y hasta moral que el sujeto pasivo, que produce el resultado de debilitar o dificultar, aunque no de anular o impedir, la defensa de éste en posible reacción, asegurando de un modo más fácil la ejecución; y dicha circunstancia para existir necesita, además de la presencia del expuesto requisito objetivo, el de condición enteramente subjetiva, constituido por la voluntad finalista del aprovechamiento consciente

e intencionado del autor, de su ventaja en el obrar, sobre el objeto personal que sufre su hacer, conociendo y empleando la desproporción importante de poderes conseguida, que correlativamente conduce a la inferioridad del agredido, a cuyo fin, como ha establecido con reiteración esta Sala en su doctrina, no basta para apreciarla que exista diferente fuerza física, edad o sexo entre agredido y agresor, sino que deben valorarse todos los elementos personales, accidentes y circunstancias que delimiten el supuesto contemplado para conocer la forma en que se cometió la infracción, necesidad de la superioridad para el resultado consumativo o superfluidad y abuso, operando como medida de refuerzo y por ende la presencia e influencia de medios innecesarios por tendentes a asegurar la busca del fin propuesto y a limitar el riesgo propio, dificultando la reacción defensiva del afligido, que queda en evidente situación de desigualdad de fuerzas. (S. 17 mayo 1968.)

20. Artículo 10, núm. 9 (*Abuso de confianza*).—No es circunstancia inherente a los delitos de abusos deshonestos, como ha declarado reiteradamente esta Sala, entre otras, en las sentencias de 28 de septiembre de 1959, 19 de enero, 11 de marzo y 26 de mayo de 1961 y 26 de junio y 19 de diciembre de 1963, ya que para estimarla es suficiente el aprovechamiento de la confianza otorgada y de las facilidades que de ella se deducen para la realización de los hechos delictivos. (S. 26 junio 1968.)

Es compatible con el delito de estupro. (S. 13 enero 1968.)

Cfr. § 67.

21. Artículo 10, núm. 10 (*Carácter público del culpable*).—La razón de ser de la agravante de prevalimiento de carácter público, establecida en el número 10 del artículo 10 del Código penal, no es tanto la objetiva situación de superioridad del agente y correlativa cohibición de la víctima, como muy principalmente el reprobable ánimo específico de aprovechamiento de la autoridad propia o delegada ejercida por el primero y puesta por él al servicio de sus personales designios criminales, ostensibles, así con mayor facilidad o menor riesgo; sin que el mero desequilibrio de orden moral entre las respectivas posiciones del ofensor y el ofendido, anejo a la calidad oficial ostentada por aquél, genere necesariamente y sin más la mentada circunstancia de agravación, que racionalmente habrá de estimarse inaplicable no solamente en los delitos propios de los funcionarios públicos, en cuanto inherente al tipo legal, sino también y por lo general en aquellos casos de exceso de celo o extralimitación delictiva en actos de servicio, en que el sujeto pasivo desborda la legítima y prudencial medida a que debió atenerse, toda vez que la repetida agravante responde a unas precisas características especialmente odiosas de egoísmo y cobardía, que tan sólo concurren como dato relevante cuando el funcionario se sirve del cargo en vez de servir al mismo, bien que en este último supuesto de inicial ilicitud haya llegado no obstante a traspasar las fronteras que separan la indispensable energía de la desenfrenada violencia, incurriendo con ello en el correspondiente delito, que la ley debe castigar, mas no agravar indefectiblemente, salvo que la razón de servicio, concurrente en un principio, degenera a todas luces en mero pretexto u ocasión para el delito, con sensible enmascaramiento de los particulares instintos de agresividad o crueldad del agente,

conforme esta Sala ha venido determinando en casos particulares y concretos, que no guardan fiel paridad con el ahora enjuiciado, de lesiones dolosas causadas a un viandante por un Vigilante nocturno, que, si bien no se ha beneficiado ni tenía por qué beneficiarse de la eximente incompleta de cumplimiento de deber, no ha incidido por lo demás en la agravante debatida.

Si así no fuera, y se entendiese por el contrario que la mera concurrencia de la calidad funcional en el ofensor, con la consiguiente desventaja que ello suele implicar para la víctima, es por sí sola suficiente para exacerbar el rigor punitivo por encima de lo normal, carecería de sentido la patente benignidad con que el legislador penal, precisamente en atención a las motivaciones extrapersonales del reo, sanciona determinadas conductas, tales como las detenciones ilegales, tradicionalmente reprimidas con penas menos rigurosas cuando son cometidas por los funcionarios públicos con extralimitación en el ejercicio de sus cargos, que cuando se producen en la esfera privada y particular, según muestra la distinta normativa contenida en el artículo 184, de una parte, y en los artículos 480 y 481, de otra (S. 8 febrero 1968.)

22. Artículo 10, núm. 13 (*Nocturnidad*).—La circunstancia agravante número 13 del artículo 10 del Código penal de ejecutarse el hecho de noche, tiene la *ratio essendi*, no sólo en la mayor peligrosidad del agente, que busca en el auxilio idóneo que la oscuridad representa gozar de una mayor libertad y superior facilidad para cometer el delito, sino también por la más asequible huida y dificultad de identificación, con la secuela de impunismo por ocultación, así como en la indefensión de la víctima, por hallarse mermada su capacidad de reacción personal y de amparo por terceros, con la consecuencia de un correlativo menor riesgo para el delincuente y más intensa alarma social; requiriendo para existir del elemento subjetivo o intencional, caracterizado por la voluntad finalista de aprovechar o buscar la noche como medio más fácil de ejecución delictual, y el objetivo de realizarlo de noche al amparo de las sombras, lo que a efectos jurídicopenales significa que se produzca durante el espacio de tiempo a que abarca el fenómeno físico-geográfico de ausencia total de luz y no durante la presencia de ésta, e incluso durante horas de tránsitos crepusculares, en que la luz paulatinamente se inicia o acaba, pero en las que no falta con su claridad más o menos intensa; habiendo entendido esta Sala en sus SS. de 27 de octubre de 1960 y 22 de diciembre de 1966, que, de cometerse el hecho de madrugada, no puede aplicarse esta agravante, porque según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, este término es igual a «alba» o «amanecer». conceptos que por su significación semántica equivalen a la primera luz del día antes de salir el sol y que precede inmediatamente a la de la aurora por lo que durante su manifestación falta la oscuridad nocturna que permita dicha facilitación e impunismo de la conducta lesiva de intereses públicos protegidos por la agravante de referencia. (S. 27 marzo 1968.)

La madrugada no es noche estricta, por lo que falta el requisito objetivo indispensable para la agravación. (S. 27 marzo 1968.)

23. Artículo 10, núm. 14 (*Reiteración*).—Aunque dada la redacción de esta circunstancia agravante ha podido mantenerse que es predominantemente «cuantitativa», no cabe negar ni dejar de tener en cuenta también su faceta «cualitativa», pues ciertamente al referir el precepto a que el «culpable hubiera sido castigado por delito a que la Ley señala igual o mayor pena» es indudable que se refiere a la «Ley vigente», pues, si los hechos anteriormente sancionados no fueran en la actualidad presente delictivos, por el principio de la retroactividad de la «Ley penal más favorable» consagrado en el artículo 24 del Código penal, no podría ser base de agravación una conducta anterior que si al tiempo de su comisión fuere delictiva hubiera dejado de serlo en normaciones penales posteriores, puesto que este artículo 24 no se refiere sólo a delitos o a penas sino genéricamente a «Leyes Penales». Este fue el sentido de una muy antigua pero razonable doctrina jurisprudencial establecida en las SS. de 30 de noviembre de 1876 y 28 de diciembre de 1887; y como indirectamente mantuvo esta Sala en glosa del número 4.º del artículo 515 —reincidencia específica— al declarar que la condena anterior ha de ser por delito que, por su cuantía, lo sea también con arreglo a la legislación actual —SS. 25 abril 1944, 21 enero 1947 y 19 diciembre 1961—, siendo éste también el criterio legislativo mantenido en la muy reciente Ley de 8 de abril de 1967 y en sus artículos 2.º y 3.º. (S. 10 junio 1968) (Análoga doctrina en SS. 22 y 25 enero y 1 febrero 1968.)

El artículo 10 en sus números 14 y 15 del Código penal contiene los conceptos de las circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia, que, siendo de estructura subjetiva, por referirse a la condición personal del delincuente, operan sin embargo por su simple demostración real u objetiva en los antecedentes penales, representando una repetición por el mismo de actividades delictivas plurales, separadas entre sí por sentencias firmes o ejecutorias, habiéndose castigado antes de volver a delinquir, en el primer caso, por delito de igual o mayor pena o por dos infracciones de pena inferior, y en el segundo, por delito comprendido en el mismo título del Código, siendo la *ratio essendi* de tales agravantes la peculiar personalidad del delincuente, que, con su peligrosidad, rebeldía, superior perversidad y capacidad para el mal demuestra una culpabilidad más intensa, en su persistente conducta dolosa, que le lleva una y otra vez a vulnerar la ley, con proclamación además de su insensibilidad moral a la corrección por la pena o por el reproche de la sentencia precedente, que se proclamaron insuficientes o inefectivas, en su prevención especial o en la repulsa de la conducta, al persistir en el agente la inclinación voluntaria al delito, por lo que en tales supuestos el «plus» de penalidad es iógico y obligado que se establezca en beneficio de la defensa de los intereses comunitarios de la sociedad. (S. 12 junio 1968.)

24. Artículo 10, núm. 15 (*Reincidencia*).—Es reiterada doctrina de esta Sala la de que para poderse apreciar la circunstancia agravante genérica de reincidencia del número 15 del artículo 10 del Código penal, o la específica contenida en diversas normas del mismo, es enteramente indispensable, si se trata de condenas impuestas con fecha anterior a la vigencia de la Ley

de 30 de marzo de 1954, sobre modificación de cuantías de los delitos y faltas contra la propiedad, que se determine claramente en el hecho probado, no sólo la infracción criminal porque se impusieron y las fechas de las condenas, sino también la pena aplicada, y muy especialmente el alcance económico que sirvió de base a la calificación, para conocer, conjugando estos datos, si esta modificación cuantitativa ha determinado que los hechos que sirvieron de soporte a la sanción dejaron de constituir delito, por la retroactividad de las leyes favorables al delincuente, decretada en el artículo 24 del Código penal, pasando por su degradación a simple falta, en cuyo supuesto no puede operar la agravante dicha, a cuyo fin han de constar esas precisas circunstancias de hecho de manera fehaciente, al no bastar datos incompletos o indeterminados, que puedan crear una situación de duda racional evidente, que, de existir, debe interpretarse en favor del reo, negando la existencia de esa agravación, que le perjudica por el «plus» de penalidad riguroso que contiene. (S 19 junio 1968.)

Cfr. §§ 23 y 90.

25. Artículo 10, núm. 16 (*Desprecio de sexo*).—Como consta ya en repetidas elaboraciones doctrinales de esta Sala no basta que la persona agredida sea una mujer y el agresor un varón para que siempre y en todo caso concorra la agravante contemplada, pues la razón teleológica de esta agravante, que debe ser excluida siempre cuando el «sexo» es causa determinante o mejor desencadenante del actuar delictivo, no es otra que una marcada protección penal a la mujer por la dignidad de su función dentro de la familia; por su naturaleza presumiblemente más débil de ordinario que el hombre por tratarse de un bien jurídico más protegido por el mayor respeto y consideración que en la vida social y familiar son debidos a la mujer y por su notoria inferioridad en la defensa, circunstancias todas que ni conjunta ni independientemente se dan en el caso de autos, en que, sin haber duda del *animus necandi*, no cabe asegurar que se hiciera concretamente contra la interfecta, sino con decidido propósito homicida contra los componentes del grupo en que aquélla se integraba, lo que traduce que no puede afirmarse que contra ella se disparase como tal mujer sino formando parte del otro grupo contendiente; pues como enseña la sentencia de este Tribunal de 17 de marzo de 1953, «no es de apreciar cuando el reo al cometer el delito no lo ha tenido en cuenta ni fue su propósito definitivo y concreto ofender y menospreciar a su víctima por ser mujer». (S. 8 febrero 1968.)

La víctima de las lesiones se había degradado al ser amante de su agresor, hombre casado, y con ello, pierde la protección que por mujer le dispensa la ley penal, amparo que está concebido en atención a su debilidad física, y muy especialmente y con carácter prevalente encuentra su fundamento en la consideración a que la mujer es acreedora por lo que en el orden moral, tan defendido por ellas, simboliza y representa en las esferas familiar y social, posición que no tuvo en cuenta la aludida con su conducta inmoral. (S. 20 junio 1968.)

26. Artículo 11 (*Parentesco*).—El parentesco es apreciado por regla general como agravante en los delitos contra las personas, y también contra la honestidad, por la subversión de los principios más elementales del Derecho

natural, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 4 de marzo y 17 de junio de 1950 (S. 2 mayo 1968.)

27. Artículo 14, núm. 1 (*Coautoría*).—La coautoría se produce por el concierto de voluntades para llevar a efecto el fin ilícito propuesto, realizando cada consorte los actos precisos y que le atañen para la comisión del delito, de cuyas actuaciones individuales responden, como si por sí mismos las hubiesen realizado, todos y cada uno de los demás concertados, por aquel acuerdo intelectual que suelda y solidariza sus actos ejecutivos. (S. 30 abril 1968.)

Cfr. § 84 y 98.

28. Artículo 17 (*Encubrimiento*).—El encubrimiento exige, además del requisito negativo de no participación en el delito, el positivo e intelectual del conocimiento posterior de la perpetración del hecho punible, aunque sea impreciso en cuanto a lugar, tiempo y forma. (S. 30 abril 1968.)

29. Artículo 22 (*Responsabilidad civil subsidiaria*).—Este precepto descansa en la existencia de un pacto o vinculación, aunque no sea de tipo laboral, entre el autor del delito o falta y la persona o entidad que utiliza sus servicios; o sea, que presupone siempre una relación de dependencia. (S. 30 mayo 1968.)

La dependencia o relación inter-subjetiva a que se refiere el artículo 22 no es sólo específicamente laboral sino genérica y amplia, en conexión en el caso de autos con la explotación de una empresa dedicada a la locación de automóviles sin chófer, en que el arrendatario actúa beneficiando económicamente al arrendador, y constreñido y mediatizado por ciertas pautas en orden a la conducta y uso del vehículo que auténticamente crean un nexo vinculativo, y por ende una cierta dependencia entre el cedente y cesionario arrendatario, habiéndose declarado en la doctrina de esta Sala que la aludida relación intersubjetiva es indiferente que sea gratuita o retribuida, permanente y definitiva o esporádica y transitoria, provisional, circunstancial y accidental (SS. de 17 abril 1961, 13 abril, 30 mayo y 15 junio 1964). (S. 27 diciembre 1967.)

Si bien en los casos de locación de vehículos en que la empresa arrendadora los trasmite en uso temporal con sus conductores, que siguen laboralmente dependientes de la entidad propietaria, incluidos en sus plantillas y percibiendo de la misma sus haberes, esta Sala viene reiteradamente manteniendo la responsabilidad civil subsidiaria de la arrendadora por el beneficio que obtiene y la relación de subordinación que los conductores siguen manteniendo con aquella, tal doctrina debe ceder en supuestos en que por pacto la empresa arrendataria asume la posible responsabilidad subsidiaria que pudiera declararse en siniestros acaecidos durante el arrendamiento. (S. 31 mayo 1968.)

30. Artículo 23 (*Principios de legalidad*).—Una vez que el legislador efectúa el proceso formativo intrínseco de elaboración material de la ley, ésta es promulgada y publicada o notificada abstractamente a cuantas personas están obligadas a acatarla, para que, luego de transcurrir el plazo de veinte días señalado en el artículo 1.º del Código civil de *vacatio legis*, entre en vigor

a no señalarse otro mayor o su vigencia instantánea excepcionalmente, y desde el momento en que se inicia su vida imperativa o de efectiva vinculación *erga subditos* obligan las prescripciones en ella contenidas, conforme a su peculiar naturaleza y sustanciales mandatos; y rigiendo en el orden penal el principio de la legalidad, consagrado fundamentalmente en el artículo 17 del Fuero de los Españoles, y especialmente en los artículos 1.º, 2.º y 23 del Código penal, que en su expresión dogmática es recogido en la máxima *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*, y que consagra el monopolio de la ley como fuente formal, los delitos y las penas deben ser creados por ello con exclusividad, a medio del sistema lógico-formal de la tipicidad, que precise abstracta e hipotéticamente la infracción y su sanción, y cuyo nacimiento y efectiva aplicación se produce de la manera antes indicada, sometiéndose si no se excepciona expresamente a los tipos legales creados cuantas situaciones de hecho se subsuman en ellos desde el instante en que entran en vigor, y aunque se trate de delitos creados *ex novo* y vinieran efectuándose con anterioridad las mismas conductas sin posible incriminación, por ser entonces atípicas, al faltar norma previa que las acogiera, ya que en lo penal no puede admitirse la existencia de derechos adquiridos, que si en el Derecho privado requieren normas de excepción y respeto, por tratarse de derechos incorporados al patrimonio subjetivo particular, en el aspecto punitivo, salvo disposición expresa y *uti singularis*, no tienen efectividad, porque los aspectos públicos, éticos y morales y hasta políticos priman sobre cualquier situación previa, e imponen su cese ante el ataque social que a juicio del legislador pueden constituir. (S. 26 marzo 1968.)

31. Artículo 24 (Retroactividad).—El artículo 24 del Código penal excepciona el principio general de irretroactividad de las normas punitivas contenidas en el artículo 23, pues si éste niega el castigo de los delitos que no se hallen establecidos por la ley anterior a su perpetración, consagrando el indeclinable principio de la legalidad, aquél ordena dar efecto retroactivo a las leyes penales, en cuanto favorezcan al reo de una infracción criminal aunque al publicarse hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviera cumpliendo la pena; siendo la causa de tal mutación legal retroactiva, no el imperativo servicio a la justicia que imponga la desaparición del estado anterior por su mismo anacronismo e incluso arbitrariedad jurídica, sino el sentimiento de equidad general y condición humanitaria que obliga a acoger cuanto signifique beneficio para el reo, que sufre y tiene cohibida su libertad o sus derechos personales por la pena, aunque ello suponga el riesgo de cambiar situaciones creadas y estados definidos a la luz del Derecho que regían cuando se cometió el hecho criminal y se juzgó, porque de los valores en oposición son de superior entidad los que favorecen al delincuente. (S. 26 febrero 1968.)

32. Artículo 66 (Aplicación de la pena).—Una vez admitida la eximente incompleta o privilegiada 1.ª del artículo 9.º en relación con la 1.ª del artículo 8.º, la penalidad está determinada en el artículo 66, reducida preceptivamente en un grado y potestativamente en dos; este privilegio, garantía penal de un tratamiento benéfico punitivo, es compatible con la atenuación

genérica número 2 del mismo artículo que permite sancionar con las reducciones correspondientes, doctrina constante en esta Sala. (S. 28 junio 1968.)
Cfr. § 65 y 110.

33. Artículo 69 (*Unidad de delito*).—Cfr. § 94.

34. (*Delito continuado*).—El delito continuado, más que medio o expediente procesal de interpretación benigna, e incluso que ficción jurídica, es realidad natural y sustantiva, al representar esencial y materialmente un delito único con clara acción plural que obedece a una resolución criminal unitaria y que se fracciona en la ejecución de la actuación del agente, por lo que tanto puede beneficiar como perjudicar su aplicación al reo, pues en la actual doctrina su concepción y *ratio essendi* se independizó de la simple estimación como correctivo humanitario contra penas graves por desproporcionadas, al ser estimada una infracción en la que domina más que los efectos la importancia culpabilista de la voluntad delictual con su unidad de dolo, y que por lo mismo existirá cuando se den los elementos o presupuestos que lo componen y que son: el subjetivo de dolo único, por propósito homogéneo en la culpabilidad del agente, sin división en voluntades parciales y distintas, al ser el mismo el fin o designio a que se tiende intelectual y volitivamente; el objetivo, constituido por la presencia de la propia lesión o violación jurídica de precepto penal; el material, de actos distintos y plurales dentro de la unidad de designio, en tracto sucesivo de la dinámica delictual; y el personal, de la identidad de sujeto activo y pasivo, ésta al menos, en un sentido general, pero que admite excepciones. (S. 3 mayo 1968.)

Conocida es la moderna tendencia según la cual son razones puramente técnicas (no poderse individualizar las acciones cometidas por el culpable), más que el sentido de humanitarismo y benignidad, las que amparan la admisión de la figura del delito continuado. (S. 23 enero 1968.)

El delito de abusos deshonestos es de tendencia para satisfacer el instinto lúbrico y, además, de simple actividad, que se consume y agota en la misma realización del acto, ataque a la libertad sexual del individuo y a la moral pública, la cual acude en defensa del que no puede asentir a la pérdida o merma del doble bien jurídico protegido por el artículo 430 en relación con el 429 del Código penal; de aquí la dificultad de configurar y unir los distintos actos en la construcción jurídica del delito continuado, porque cada acto, aunque sea idéntico el sujeto pasivo, no es etapa de una acción incompleta ni su resolución previa es parte de un proceso voluntario general que no acaba hasta la perfección del último acto parcial, pues todos y cada uno vulneran completa y definitivamente el doble bien protegido, el patrimonio moral del sujeto y de la sociedad sufren merma en bien personalísimo y colectivo, a diferencia de otros delitos ofensores de derechos económicos privados no personalísimos, mientras el honor y la libertad sexual son constitutivos de la personalidad moral, desconocidos por el agresor en cada acción, no contra una parte de la persona o su adherido y externo acervo material, sino contra ella entera con realizaciones perfectas y completas, y así lo han sostenido numerosas resoluciones de esta Sala. (S. 12 enero 1968) (Análoga doctrina en S. 22 enero 1968.)

35. Artículo 70 (*Concurso real*).—El concurso real de delitos aparece cuando la pluralidad de acciones y de figuras delictivas se corresponde en un ámbito procesal de conexión que justifique un mismo procedimiento y sin que entre ellos medie decisión judicial ni relación necesaria de medio a fin, institución ésta que en nuestro Derecho positivo, sin un específico y concreto tratamiento bajo aquella denominación, queda recogida en la doble vertiente que posee, de carácter sustantivo una, y de índole procesal la otra, estableciéndose, en cuanto a la primera, que el máximo de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años —regla 2.ª del artículo 70 del Código penal—, lo que en esencia no es más que un sistema de *acumulación material* limitado afectante sólo a la ejecución de la pena; y en cuanto al aspecto procesal de la conexión entre delitos, productora del concurso real, su consecuencia no viene a ser más que la adecuada repercusión de la situación penal existente, que evita la división del conocimiento del proceso para atribuirlo a un solo órgano, cuando en méritos de las normas generales debería actuarse ante una pluralidad de ellos —arts. 17 y 18 de la L. E. Crim.—. (S. 7 febrero 1968.)

36. (*Delitos conexos*).—No es posible la aplicación de la regla 2.ª del artículo 70 cuando los hechos sumariales de una y otra causa, acaecieron en interregno de tiempo de tres años y al incoarse la segunda se encontraba totalmente terminada la primera, imposibilitando su enjuiciamiento en un solo proceso, como la Ley exige y viene declarando la doctrina de esta Sala (Autos de 10 septiembre 1942, 30 septiembre 1965 y 2 abril 1968); y aunque pudiera apreciarse cierta relación de conexidad, dada la naturaleza de los delitos por los que fue condenado el procesado en una sentencia como autor de delitos de estafa y en la otra como cómplice de múltiples delitos de la misma clase, no puede jugar la norma de conexidad en toda su amplitud en atención a la diversidad de sujetos intervinientes, puesto que en la primera fue condenado en unión de otros dos agentes y en la segunda juntamente con el autor de los delitos de estafa que también lo fue por falsedad y con diferentes personas más, castigadas como cómplices y encubridores, todos los sancionados en esta segunda distintos de los condenados en la primera, con sujetos pasivos asimismo diferentes, siendo hechos tan distintos que, aun puestos al mismo tiempo en conocimiento de un solo órgano judicial, hubieran exigido procedimientos separados, pues, aparte de haber intervenido en uno el procesado como factor principal (autor), y en el otro como elemento secundario (cómplice), los demás sujetos participantes, de número crecido y relevancia positiva, rompen el nexo de unión de los hechos. (S. 17 junio 1968).

37. Artículo 71 (*Concurso ideal*).—Cfr. § 94 y 114.

38. Artículo 76 (*Pena de multa: graduación*).—En la formación del grado inferior de la pena de multa, la cifra que se obtiene reduciendo de la cantidad

mínima señalada por la Ley la mitad de ésta, equivale al límite mínimo del aludido grado inferior y no al máximo. (S. 29 mayo 1968.)

39. Artículo 101 (*Responsabilidad civil*).—En la controversia doctrinal sobre si la responsabilidad civil nacida del delito pertenece al campo penal o al civil, la doctrina española en mayoría y su legislación adoptan el criterio de que pertenece al ámbito penal, en su calidad de reparador del orden jurídico perturbado por la acción u omisión criminosa, restablece el derecho lesionado en todas las esferas y puntos a los cuales llegó la violación, y desde este punto de vista la doctrina de esta Sala ha determinado que la condena penal es el fundamento de la responsabilidad civil, y que ésta es consecuencia directa, necesaria y obligada del hecho delictivo que la origina —ver por ejemplo las SS. de 20 octubre 1960, 5 junio 1961 y 24 octubre 1962—, y, descendiendo más concretamente al caso de responsabilidad civil derivada del delito de cheque sin provisión de fondos, el criterio más repetido de dicha doctrina de esta Sala no ha limitado el concepto de la responsabilidad civil exigible, exponiendo en la S. de 6 de diciembre de 1966 que el Legislador no hizo en este caso excepción alguna al principio general establecido en la Ley y en la Jurisprudencia, si el Ministerio Fiscal ejercitó la acción civil y si consta la cuantía de los perjuicios sufridos, criterio en que abunda la S. de 20 de junio del mismo año 1966, que en caso similar se infringió el artículo 19 del Código penal, pues el interesado sufrió quebranto económico, que vio frustrado el medio de pago, y que aunque tenga otras vías en el orden procesal es lo cierto que la conducta delictiva del procesado determinó daños que es preciso valorar en la propia sentencia que condena por el delito, valoración que debe alcanzar a todas las consecuencias, próximas o remotas, causadas por el hecho, para evitar rotura de la continenencia de la causa y duplicidad de procesos con dilaciones o perjuicios. (S. 11 marzo 1968.)

40. Artículo 104 (*Responsabilidad civil*).—Las facultades propias de la jurisdicción penal para conceder y graduar la indemnización de perjuicios derivados de un hecho punible son independientes de la potestad de la jurisdicción laboral para condenar al patrono y a la Compañía aseguradora por el accidente de trabajo, porque los dos resarcimientos nacen de dos hechos jurídicos concurrentes en el físico pero distintos y con diversos efectos, ya que la percepción de la renta vitalicia proveniente de un contrato laboral no obstruye la concesión por el artículo 104 del Código penal, como consecuencia de la responsabilidad de esta índole del obrero imprudente. (S. 26 enero 1968.)

Al conceder la sentencia una cantidad global a la lesionada por indemnización sin especificación de conceptos, hay que incluir en ella la reparación de toda clase de años y perjuicios sufridos por el delito. (S. 24 mayo 1968.)

41. Artículo 105 (*Responsabilidad civil*).—A los herederos de la víctima se transmite la acción de acuerdo con lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 105 del Código penal (SS. 30 noviembre 1932, 4 marzo 1944, 27 noviembre 1954 y 23 junio 1956, entre otras), por su simple condición de tales, y sin necesidad de otra prueba alguna, bien que sin perjuicio de que esas mismas

u otras personas puedan ser también titulares de una pretensión de resarcimiento por daños o perjuicios ocasionados con la muerte de la víctima, con independencia y al margen de la concurrente o no calidad de herederos, pero sometido entonces a la necesaria prueba. (S. 24 febrero 1968.)

42. Artículo 106 (*Responsabilidad civil*).—No cabe establecer una responsabilidad civil subsidiaria sin existir una principal. (S. 4 abril 1968.)

Cuando dos o más personas sean responsables de un delito, el artículo 106 del Código penal manda a los Tribunales de justicia que al decidir fijen las cuotas que deban satisfacerse por cada uno de ellos, estando justificada esta norma por el hecho de establecer el artículo 107 del propio cuerpo legal para el mismo supuesto la responsabilidad solidaria entre sí por sus cuotas, pudiendo tener que satisfacer uno de los partícipes en la infracción penal la cuota de los que resultan insolventes, para lo que es enteramente indispensable conocer su importe, ya que ese pago por otro impuesto legalmente no es absoluto, sino que se reserva el derecho de repetición posterior, para resarcirse, que concede el párrafo último del precepto acabado de citar en favor del acreedor así originado; derecho a la determinación de la cuota, que tiene a su vez su razón de ser en la necesaria delimitación cuantitativa de la responsabilidad a todos los efectos, para eludir confusiones e imprecisiones en la determinación de las obligaciones civiles que derivan de la infracción criminal y que serían contrarias a su correcta individualización y personalización de la vinculación pecuniaria, que resarza las consecuencias privadas del delito (S. 24 mayo 1968.)

43. Artículo 113 (*Prescripción del delito*).—Siguiendo el justo criterio establecido por esta Sala en SS. de 30 de noviembre de 1963 y 24 de febrero de 1964, es evidente que ha de entenderse que la extinción de la responsabilidad penal nacida de la prescripción del delito, por ser de orden público, interés general y político penal, y por fundarse en el aquietamiento que produce en la conciencia social el transcurso del tiempo y en la necesidad de eliminar la incertidumbre en la misión punitiva, se asemeja mucho a la caducidad, y tiene como secuela necesaria el aceptarla al ser pedida más o menos adecuadamente, incluso fuera de tiempo o defectuosamente, y proclamarla imperativamente *ex officio* en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible, pues no puede condenarse por un delito a una persona a quien su responsabilidad penal se le extinguió de hecho o caducó según voluntad categórica y terminante de la Ley, expresada en el artículo 112 del Código penal, so pena de desechar el restablecimiento del orden jurídico, abrir de nuevo la disarmonía entre los hombres y consagrar una perpetua perturbación jurídico-pública, con consecuencias punitivas extemporáneas gravemente perjudiciales, y en la efectividad de esta institución debe llegarse a su vez, en los delitos privados, a aplicar la anterior doctrina, otorgándole virtualidad por su apreciación *ex officio* o aún pedida anacronicamente o informalmente porque la concesión en los mismos de una condición objetiva de perseguibilidad para la puesta en marcha del proceso no representa que se trate de una institución privada para los efectos de la prescripción, sometida a estricta y temporal alegación, pues no

cabe agraviar al querellado, ni dar trato distinto a las infracciones criminales privadas que a las públicas, porque ambas tienen una misma entidad antijurídica y consecuencias penales idénticas, siendo en esencia estructuralmente iguales, salvo en el requisito de la procedibilidad en las primeras, que obedece a la protección de fines particulares preponderantes, que pueden querer evitar la publicidad del delito. (S. 1 febrero 1968.)

Cuando se paraliza el procedimiento la ley no distingue entre las varias causas que pueden motivarlo, y con arreglo a estos preceptos quedará extinguida la acción penal por el simple transcurso de los términos previstos en el artículo 113, incluso cuando esto sea debido a estar los autos en poder de la representación del presunto responsable, pues la ley no hace distinciones, y por ello no son admisibles discriminaciones fundadas en que la quietud del proceso se produjo por la exclusiva voluntad de los que abogan o personifican al procesado, pues, además, esto es incierto, ya que al reposo de la causa contribuyeron también la negligencia del actor que no instó el curso de las actuaciones, la del secretario que no dio cuenta del vencimiento de los términos procesales y la de la misma Audiencia que pudo de oficio poner en marcha lo que indebidamente y por descuido estaba paralizado. (S. 22 mayo 1968.)

44. Artículo 117 (*Extinción de la responsabilidad civil*).—La obligación de indemnizar al perjudicado los daños causados por el delito se extingue una vez que los mismos han sido reparados por un tercero (S. 27 noviembre 1965), dada su naturaleza civil, ya que entenderlo de otro modo sería admitir la existencia de obligaciones civiles sin causa y se estimularía la provocación de delitos patrimoniales si el posible perjudicado supiese que con la infracción penal iba a ver acrecentado su patrimonio en otro tanto del daño experimentado. La extinción del derecho de pedir en el perjudicado no puede afectar a los derechos y obligaciones civiles que con motivo del pago puedan existir entre el responsable civil y el pagador. (S. 5 marzo 1968.)

La naturaleza eminentemente privada de la responsabilidad civil nacida de todo delito o falta, conforme al artículo 19 del Código penal, determina el carácter dispositivo de estos derechos que pueden ser válidamente renunciados por el perjudicado o ser objeto de transacción, ya que se extinguen de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil, pero, como la renuncia o la transacción han de ser válidas para surtir sus efectos extintivos, los Tribunales de lo penal no sólo tienen la facultad, sino que en su misión tuitiva de los perjudicados vienen obligados, aun de oficio, a examinar la forma en que se produjeron para deducir si resultan viciados por alguna circunstancia de hecho o de derecho que los invalide, y en su caso negarles eficacia. (S. 27 febrero 1968.)

Respecto de la prescripción de las acciones civiles derivadas de delitos en los casos de paralización de la actividad judicial por sobreseimiento provisional y reanudada después antes de la prescripción del delito, no cabe la aplicación del artículo 117 del Código penal, considerando prescrita la responsabilidad civil al haber estado paralizada la causa durante más de un año, que es el plazo que el artículo 1968 del Código civil señala para la prescripción de las acciones para exigir responsabilidad civil derivada de la

culpa o negligencia; pretensión que no se ajusta a la doctrina de la Sala de lo civil de este Tribunal, porque lo que declara es que con el auto de sobreseimiento de la causa penal desaparece el obstáculo del artículo 111 de la L. E. Crim. y el perjudicado podrá ejercitar la acción civil si lo estima procedente; pero si no acude a esa vía y promueve la reapertura del procedimiento penal, en éste ha de solventarse todo lo referente al delito y a las consecuencias que se deriven del mismo, entre las que se encuentra la responsabilidad civil de acuerdo con los artículos 19 y 101 del Código penal, ya que lo contrario conduciría a estimar prescrita la responsabilidad civil nacida de los delitos o faltas antes que los Tribunales hicieran el pronunciamiento adecuado sobre su existencia, momento al cual hay que referir el nacimiento del plazo prescriptivo, porque hasta entonces podrá hablarse de la comisión de un hecho, pero no de su calificación jurídico penal; y de aquí que no tenga aplicación al caso el citado artículo 1968 del Código civil, que, aun refiriéndose expresamente a la culpa del artículo 1.902 del mismo Código, sólo podría ser aplicado si hubiese transcurrido un año desde que se dictó la sentencia condenatoria; pero viva la acción para perseguir un delito conserva su virtualidad a todos los efectos, no pudiéndose sostener una prescripción parcial de la misma, cuando los artículos 111 y 114 de la citada Ley procesal subordinan el ejercicio de las acciones civiles al proceso penal y dispone —art. 112— que la utilización de la penal lleva implícita la civil si no ha mediado renuncia o reserva expresa para ejercitarla después. (S. 18 junio 1968.)

45. Artículo 118 (*Rehabilitación*).—Todos los efectos de la acción comisiva delictual afloran al campo penal desde el instante mismo en que se cometió el delito, sin que pueda retrasarse su nacimiento hasta la fecha de la sentencia condenatoria, que no hace más que proclamar su existencia, sancionarlo y deducir sus consecuencias y efectos de toda índole, que ya tenían virtualidad desde que se terminó la conducta antijurídica del agente; y por eso tanto el artículo 118 del Código penal como el 13 de la Ley especial del Automóvil de 24 de diciembre de 1962 disponen que sin necesidad de declaración especial quedará sin efecto la cancelación de la condena concedida y recobrá plena eficacia la inscripción cancelada respecto a los ya rehabilitados que cometiesen nuevo delito; y que no se consignarán en las certificaciones que por el Registro se expidan, sino cuando la solicitud de antecedentes provenga de la Autoridad judicial o tenga como finalidad la obtención del permiso de conducir vehículos de motor; refiriéndose para que los antecedentes penales cobren plena eficacia al momento comisivo y no al sancionador del nuevo delito. (S. 27 marzo 1968.)

46. Artículo 173 (*Asociaciones ilícitas*).—Si bien la «Federación Ibérica de Juventudes Libertarias» no figura entre las asociaciones declaradas fuera de la ley por la de 9 de febrero de 1939, queda con toda evidencia comprendida dentro de las que el Código penal califica como ilícitas, ya que en el número 3 el artículo 173, sin exigirse la previa declaración de ilicitud, se refiere también a cualesquiera otras de tendencias análogas a las declaradas fuera de la ley. (S. 13 marzo 1968.)

47. Artículo 174 (*Asociaciones ilícitas*).—El artículo 4.º de la Ley de Masonería y Comunismo de 1 de marzo de 1940, sólo considera comunistas a los inductores, dirigentes y activos colaboradores de la tarea o propaganda, y no alcanza a los meros individuos afiliados, a quienes se refiere el artículo 174 del Código penal, más especializado en este aspecto. Según la disposición final del Código de 1944, los preceptos de las leyes especiales incorporados a dicho cuerpo legal se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo, y en este sentido lo interpretaron constantemente resoluciones de esta Sala sobre el delito de comunismo, jurisprudencia condensada en S. de 8 de febrero de 1966. La gravedad de las acciones de los acusados ha de medirse por los actos de ejecución y no por la gravedad del comunismo. (S. 10 mayo 1968.)

Las sentencias de esta Sala de 16 de enero y 12 de diciembre de 1960 y la de 8 febrero de 1966, son expresivas de que, no obstante que las asociaciones ilícitas a que se refiere el párrafo 3.º del citado precepto legal son por sí portadoras de una gravedad en abstracto o por mejor decir de carácter programático por implicar la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, jurídica y económica del Estado, ello no implica que no pueda aplicarse a esta clase de asociaciones consideradas en relación a un caso concreto y determinado el criterio que indica el párrafo referente a la menor gravedad, que para algo está establecido en el precepto legal vigente. En realidad y a fin de cuentas, lo que interesa es medir concretamente la actuación del agente en cada caso, por el grado de peligrosidad que demuestre. (S. 5 junio 1968.)

48. Artículo 237 (*Resistencia*).—Cuando el agente de la autoridad obra con notoria extralimitación de funciones, pierde por sus excesos la protección que la ley penal depara a las autoridades y sus agentes cuando obran en el ejercicio correcto de sus funciones, por lo que en tales casos resulta de imposible aplicación el artículo 237 del Código penal. (S. 26 enero 1968.)

49. Artículo 244 (*Desacato*).—Al ser el delito de desacato de tendencia finalista, como los de calumnia e injuria, y del cual se ha dicho que es una modalidad por la condición autoritaria del sujeto pasivo, para poder llegar a esa tipicidad, es preciso discriminar, por la naturaleza de la acción y de sus circunstancias concurrentes, cuando el sujeto enjuiciado se propuso lesionar el principio de autoridad, atentando al honor y dignidad de la persona que lo encarna, sin más fin que menoscabar su prestigio, y cuando la finalidad de su acción era corregir posibles abusos o extralimitaciones o poner en conocimiento de los superiores conductas y vicios de los inferiores que los desmerezcan en la consideración social y respeto debidos a los que ejercen funciones públicas y de autoridad; porque cuando éste sea el fin perseguido y así aparezca claramente de su actuación, no puede hablarse de desacato, sino del ejercicio de un derecho, y en ciertos casos del cumplimiento de un deber, de poner en conocimiento de las autoridades superiores la actuación de los que les estén subordinados y la conducta pública de deshonor en que hayan incurrido los que las desempeñen, siempre que en el ejercicio de ese derecho se limiten al relato de hechos y no se lancen a la publicidad con propósito infamatorio. (S. 27 junio 1968.)

50. Artículo 264 (*Tenencia de explosivos*).—El párrafo inicial y número 3.º, inciso 1.º del artículo 264 del Código penal castiga, además de otros supuestos, la tenencia de sustancias explosivas con infracción de los reglamentos relativos a su posesión y circulación, y esta tipicidad de infracciones administrativas criminalizadas, por representar una norma de reenvío o en blanco, se nutre de lo dispuesto en el Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944, no pudiendo interpretarse las descripciones de éste de forma mecánica y meramente literal, atendiendo al indudable carácter objetivo de las disposiciones administrativas correspondientes que contiene, que en el caso de tenencia y transporte imponen respectivamente la posesión de una autorización en el artículo 122 y de una guía en el 132, estimando delito el simple hecho de la infracción reglamentaria, puesto que todos los tipos penales, según el dogmatismo y la técnica jurídico-penal, deben tener valoraciones culpabilistas, que con carácter general y obligatorio impone el artículo 1.º del Código sancionador, debiendo prestarse por ello atención al ánimo que guió al agente en su actuación por la voluntad determinante impulsora o causalidad moral, que permita además dar trato diferente, no duplicando las penas e infringiendo el principio *non bis in idem*, de un lado, a las simples y formales ilicitudes administrativas reglamentarias, a castigar en tal vía extrapenal, dentro de su objetividad, y de otro, a las actividades peligrosas, pero ilícitas criminales, que unan a ese contenido el voluntarista o intencional, suficiente para merecer la reprobación judicial, por la tendencia anímica del sujeto, que se apreciara axiológicamente o en juicio de valores. (S. 30 enero 1968.)

51. Artículo 302 (*Falsedad en documento público*).—Admitida por la doctrina de esta Sala la calificación culposa de falsedades documentales que no exijan en el tipo un doble dolo o segunda intención, y dentro de ellas la ideológica contenida en el número 4.º del artículo 302 del Código penal, de faltar a la verdad en la narración de los hechos, por ligereza descuido o desatención, y sin cerciorarse de la veracidad o autenticidad de los mismos, en aquellos documentos que hayan de producir efectos en el tráfico jurídico, es evidente que a tal fin no es suficiente que se deban sólo a una voluntad carente de malicia, sino que también ha de derivar el peligro racional de la alteración de la verdad de la infracción culposa de un deber de veracidad exigible jurídicamente, que venga impuesto por la profesión o por la esencia de la actividad protegida, que por su misma trascendencia la establezca de forma indudable, pues no toda mutación de verdad es falsedad; y que además por sus consecuencias cause un resultado grave, por esa ausencia de atención y diligencia a guardar, pues los simples errores, las meras equivocaciones e incluso las pseudofalsedades no pueden nunca, según la propia doctrina, tener eficacia para la incriminación culposa falsaria. (S. 22 mayo 1968.)

Respecto del problema de la «autofalsificación de la propia firma», hay que tener en cuenta que el ilícito penal tipificado en el número 1.º del artículo 302 del Código penal tiene dos modalidades: a) contrahacer, y b) fingir letra firma o rúbrica, sin que la Ley distinga, ni quepa por consiguiente distinguir, si la letra, firma o rúbrica contrahecha o imitada sea la propia o la ajena pues no cabe negar que una forma de alterar la verdad, de verificar una

mutación del contenido documental, puede ser sin duda alterar, desfigurándola, delimitando la propia firma para poder alegar en juicio su falta de certeza, pues siendo la firma y rúbrica de ordinario el elemento autenticante que reconocido da fe a los documentos privados y también a las letras de cambio, es indiscutible que si se altera y desfigura, se intentó con *dolo inverso* convertir en aparente documento falso un documento cierto, haciendo que decaiga su valor y posible exigibilidad; modificando con patente falseamiento la verdad pactada y establecida en el documento cuya efectividad patrimonial se intenta evitar en notorio perjuicio del sujeto pasivo; y como quiera que «contrahacer» es «hacer en contra», tanto se falsifica y se hace lo contrario de lo real cuando se imita una letra o firma ajena, como cuando dolosamente, con plena malicia, se desfigura o sustituye con otra enteramente distinta la propia y habitual firma que se «finge a la inversa», pero sin que falte el «fingimiento», esencia de la tipicidad incriminada, que se define en los diccionarios en uso «como simulación o engaño para que una cosa parezca diversa de lo que es». Los precedentes razonamientos fueron ya sostenidos en la jurisprudencia de esta Sala en la muy expresiva sentencia de 8 de agosto de 1939, habiéndose mantenido por los doctrinarios que la «genuinidad y veracidad» son nociones diversas, siendo la primera la verdaderamente determinante del tipo, pues en estos casos, no siendo la firma genuina, era susceptible de producir trastornos en el orden jurídico por inducir a engaño. (S. 26 enero 1968.)

52. Artículo 303 (*Falsedad en documento público*).—Aun cuando a los artículos 53 a 55 de la Ley de Registro Civil se les atribuya el carácter de normas jurídicas sustantivas que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, son preceptos referentes al nombre y apellidos con que las personas son designadas, su reflejo en el Registro Civil, a través del cual la Ley los ampara. Esta protección registral, en cuanto deriva de una segunda inscripción de nacimiento no ajustada a la realidad, debe decaer, con prevalencia de la auténtica y real situación tanto *de facto* como jurídica, esto es, de la verdadera identidad del sujeto y de la originaria inscripción de su nacimiento y filiación. (S. 3 junio 1968.)

Decir en un expediente de registro de una marca que el oponente a la concesión falta a la verdad, se atribuye una representación de que carece, y no acompaña autorización, no constituye delito de falsedad, aunque esas manifestaciones no correspondan a la realidad, porque es usual que en todo expediente contradictorio, tanto judicial como administrativo, cada parte impugne las pretensiones y afirmaciones del contrario, y para probar la certeza e inexactitud de unas y otras está el período probatorio y luego el momento decisivo por el funcionario o Autoridad encargada de resolver; por eso, al referirse tales afirmaciones a cosas que han de contar en los documentos aportados o que puedan aportarse, su inexactitud podía entrañar incorrección o mala fe procesal, pero no falsedad delictiva al no tener valor probatorio alguno, ya que de otro modo toda inexactitud en los escritos que se presentaran en actuaciones oficiales con manifestaciones de las partes darían lugar a un proceso criminal. (S. 22 enero 1968.)

Si bien la falsedad ideológica representa la atestiguación de lo que no

es verdadero, recogida en un documento que puede ser formalmente genuino, en cambio lo falsedad material es la creación o formación *ex novo*, la redacción, modificación, simulación o destrucción de un documento o parte esencial del mismo, que puede ser verdadero o no, pero que indudablemente se cambia en su forma; y, por la esencia y condición de estas clases de falsedades, es evidente que el supuesto del número 9.º del artículo 302, de simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su contenido, aunque para el autor funcionario constituya una falsedad ideológica, porque interviene en él ejercitando su oficio, no sucede lo mismo con el particular, que comete al crearlo inauténticamente una falsedad material, puesto que, sin competencia funcional, forma o da vida a un documento absolutamente inveraz, haciéndolo aparecer de nuevo en el orden de las relaciones jurídicas, y posiblemente abarcando en su contenido otros medios de falsedad enumerados en el citado artículo 302, que parcialmente constituyen su contexto, y que se absorben en ella por su superior dimensión. (S. 29 marzo 1968.)

El delito de falsedad documental pública u oficial, con su formalismo exagerado, y la *mutatio veritatis* que es el fin último esencial de su contenido, ha de recaer sobre objeto material que merezca tal jurídica estimación y ha de tender a cambiar las formas oficiales genuinas por las que no lo son dentro del tráfico jurídico, en extremos que resulten esenciales o trascendentes, aunque sólo tengan carácter meramente potencial, y por tanto, con eficaz transmutación de su contenido externo y de los obligados efectos, pues el documento capaz de consecuencias en el mundo de las relaciones debe quedar alterado falsariamente en lo sustancial según la ley, y en su indeclinable contenido dentro de lo jurídico que deba gobernar, y no en lo que sea accidental e inocuo, intrascendente o inefectivo, con ausencia de vinculación principal. (S. 8 abril 1968.)

53. Artículo 306 (*Falsificación de documento privado*).—Conocidas en general las dificultades que tiene la efectiva posibilidad de falsedad ideológica punible en documento privado, atendidos los difusos contornos de esta figura de delito en su aplicación a documentos desprovistos de credibilidad privilegiada, hay que entender que, en principio, no toda aseveración escrita contraria a la verdad y perjudicial para alguien, cual sería entre otras cualquier declaración de aparente contenido o afirmación mendaz de solvencia, en cuanto maquinación o artificio con designio defraudatorio, constituye sin más falsedad documental tipificada en el artículo 306 en relación con los números 4 y 9 del 302 del Código penal, por no bastar para la existencia de dicho delito, por más que basta para la estafa, cualquier declaración engañosa en perjuicio de otro, ya que no es suficiente para ello la sola razón de haberse vertido en forma escrita, como podría haber adoptado la forma oral, toda vez que aquella forma exteriorizadora del pensamiento no alcanza por sí misma a transmutar la intrínseca naturaleza de la estafa en falsedad sin otra razón que la de hacerse por escrito en lugar de haberlo hecho de palabra. (S. 9 marzo 1968.)

Cfr. § 94.

54. Artículo 321 (*Intrusismo*).—La gestión en la Administración Pública de asuntos en nombre de otras personas naturales o jurídicas, aun cuan-

do denote cierta reiteración o habitualidad, no atrae la aplicación del artículo 321 del Código penal, tipificador del delito de usurpación de funciones, cuando de gestiones propias de los Gestores Administrativos se trata, si no van acompañadas del carácter de profesionalidad y percepción de honorarios que con la habitualidad califica la actuación de dichos gestores como tales según el Estatuto Orgánico de 1 de marzo de 1963 en sus artículos 1.º y 20 y la Orden de la Presidencia del Gobierno de 30 de abril de 1966, que vedan a personas extrañas al Cuerpo la gestión en los Organos de la Administración de asuntos ajenos en forma habitual, retribuida y profesional, si bien dejando a salvo, en armonía con lo establecido en el artículo 24 de la Ley Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 la intervención esporádica, no retribuida ni profesional, surgida como consecuencia de relaciones de amistad o buena convivencia. (S. 23 marzo 1968.)

55. Artículo 341 (*Delitos contra la salud pública*).—El delito contra la salud pública es de riesgo y no de resultado, y en consecuencia se consuma por el hecho de poseer la sustancia nociva en disposición de venta aunque no se haya traspasado su posesión, pues la actividad del tráfico para el destino ilegal de la droga integra la consumación. (S. 22 marzo 1968) (Análoga doctrina en S. 3 junio 1968.)

56. Artículo 364 (*Infidelidad en la custodia de documentos*).—Cuando los funcionarios públicos, intencionadamente quebranten el deber de custodia que están obligados a guardar, en relación a los documentos o papeles que por razón de su cargo les son confiados, sustrayéndolos, destruyéndolos u ocultándolos, con daño para tercero o para la causa pública, grave o no, incurrir en el delito de infidelidad en la custodia de documentos que establece típicamente el artículo 364 del Código penal, siendo el objeto material de esta infracción tanto el documento en abstracto como los papeles, lo que determina una amplia protección por ausencia de restricciones normativas conceptuales, por lo que aquéllos pueden ser públicos, privados u oficiales y éstos, las meras notas, minutas o datos que sirvan para el tráfico ordinario de la función encomendada. (S. 8 abril 1968.)

57. Artículo 386 (*Cohecho*).—Es erróneo decir que el delito de cohecho no puede ser cometido por particulares sino tan sólo por funcionarios públicos, cuando sólo es cierto que sin la intervención de un funcionario público no puede cometerse, pero siendo por lo demás posible y frecuente en la práctica que los particulares colaboren eficaz y esencialmente con el funcionario público núcleo de la tipicidad delictual establecida en los artículos 385 y siguientes del Código penal, estando incluso legalmente prevista «la cooperación eficaz y útil» tanto en los artículos 385 y 386 al hablar y referir a la «persona intermedia» como en el artículo 391, que tanto en la oferta de la dádiva como en la aceptación de las solicitudes en tal sentido del funcionario no exige que la actuación del cooperador sea en beneficio propio pudiendo serlo también en beneficio de tercero y por precio en este tipo de delito, y en la modalidad que la doctrina llama el «cohecho transversal», al que refieren las sentencias de este Tribunal de 5 de mayo de 1959, 2 de noviembre de 1962 y 18 de mayo de 1963. (S. 10 mayo 1968.)

58. Artículo 396 (*Malversación de caudales*).—La diferencia entre la malversación propia del artículo 394 y la impropia del 396 no radica en la actividad desplegada por el culpable para reparar los efectos del delito una vez descubierto éste, sino en el ánimo o propósito que tuvo al aplicar a usos propios los caudales públicos, castigando el primero la apropiación definitiva, y el segundo la temporal o de mero uso siempre que vaya seguida de restitución dentro del plazo señalado en el precepto. (S. 21 mayo 1968.)

59. Artículo 407 (*Homicidio*).—Por radicar el dolo específico del delito de homicidio en la presencia del *animus necandi*, impulsor del sujeto activo, elemento motor, personal y oculto, su constatación es sólo factible valorando adecuadamente los actos exteriores perceptibles por el observador, en tanto en cuanto vengan a reflejar, poniéndolos sensiblemente de manifiesto, los propósitos o intención de aquel sujeto. (S. 6 mayo 1968.)

De la circunstancia de no haber llegado al destino pretendido por el autor los proyectiles por él mismo disparados, esto es, no haber hecho blanco, no cabe colegir que el hecho debe calificarse como tentativa y no como delito frustrado, y ello porque es de toda evidencia que el culpable practicó todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, criterio acorde con la doctrina de esta Sala expuesta en SS. de 27 de marzo de 1926, 1 de febrero de 1957 y 2 de enero de 1963. (S. 6 mayo 1968.)

Reiteradamente tiene declarado esta Sala la dificultad que en ocasiones entraña el establecer el límite diferenciador existente entre el delito de homicidio en grado de frustración y el de lesiones por la identidad de resultados en uno y otro caso y por radicar esencialmente el problema en precisar cuál fue el propósito del culpable, esto es, en el descubrimiento del ánimo del sujeto, materia ciertamente compleja y dificultosa en cuyo esclarecimiento los Tribunales se ven precisados a basarse en los datos objetivos o fácticos, reflejados en el externo modo de actuar del responsable, atinentes a los medios y forma de ejecución del hecho, relaciones en su caso preexistentes entre ofensor y ofendido, región del cuerpo humano vulnerada, circunstancias concurrentes, y cuántos detalles contribuyan directa o indirectamente a la más certera formulación de aquel juicio. (S. 14 febrero 1968.)

60. Artículo 411 (*Aborto*).—El delito de lesión que significa el aborto es una protección a la vida intrauterina del feto, contra el aniquilamiento de su formación, cuando se halla dependiente fisiológicamente de la madre por ser no una persona sino una mera esperanza o *spes hominis* no autónoma e indefensa, y consiste en la muerte o destrucción maliciosa del producto de la humana concepción o embrión, tanto ocasionada en el interior del seno maternal, como por causar su prematura o anticipada expulsión y muerte externa por carencia de condiciones de viabilidad; y ese ser concebido pero aún no nacido ha de tener vida *in fieri* dentro del órgano genital femenino, que se destruya en las formas dichas, causando su muerte, para que la infracción criminal se consume, y si no se alcanza el resultado letal, pero se emplearon medios abortivos objetivamente eficaces, intencionalmente para lograr esa malévola finalidad, aparecerá la forma ejecutiva imperfecta de la frustración, por practicarse todos los actos de ejecución necesarios y capaces

de producir el evento, sin la causación de éste por motivos ajenos a la voluntad del agente. (S. 3 febrero 1968.)

El estado de necesidad no puede en el aborto operar, ni como completo ni como incompleto, ni claro es como circunstancia análoga, al faltar su base en supuestos de aborto con móvil de situación simplemente precaria e incluso de miseria, ya que se trataría de un estado de subjetiva conveniencia por no existir un mal grave, inminente y efectivo, que permitiera sacrificar a un *nasciturus*, no teniendo además mayor o igual entidad los bienes en pugna, ya que están desproporcionados en favor de la vida concebida y esperada, como lo estimó la doctrina de esta Sala en SS. de 9 de noviembre y 9 de diciembre de 1949, aseverando que la concepción no es en realidad un mal, ni tampoco el aumento de la familia, que, de existir puede asistirse institucionalmente (S. 29 mayo 1968.)

La atenuante 4.^a del artículo 9.º del Código penal es inaplicable a los casos del último párrafo del artículo 411 (S. 6 mayo 1968.)

61. Artículo 415 (*Aborto*).—La agravante de precio es compatible con el tipo agravatorio del párrafo primero del artículo 415 (aborto cometido por facultativo) compatibilidad que también hay que admitir en el caso del segundo párrafo del mismo artículo (habitualidad) (S. 10 mayo 1968.)

62. Artículo 420 (*Lesiones graves*).—La pérdida de un testículo, órgano esencial de la generación de la vida humana, indudablemente integra la modalidad delictual tipificada en el número 2.º del artículo 420 del Código penal, sin que el tratarse de un órgano bilateral y la posibilidad de que el otro órgano pueda suplir su función —en este caso generatriz— degrade esta figura penal, pues lo que resulta innegable es que quien cuenta con los dos órganos tiene la posible defensa de no perder determinada capacidad corporal si en el futuro pierde uno de los órganos, posibilidad de la que queda rigurosamente privado quien ya perdió uno de dichos órganos y queda con la contingente posibilidad de verse en el devenir del tiempo privado de la total función del órgano reproductivo por la pérdida ulterior de otro testículo (S. 10 abril 1968.)

La doctrina de este Tribunal tiene establecido que *miembro principal* no son solamente las extremidades, sino cualquiera parte interior del cuerpo humano con funciones propias (S. de 28 abril 1952), como ocurre al ser el bazo una viscera ligada al funcionamiento del régimen vascular para la normal existencia, criterio éste recogido recientemente en la sentencia de 3 de julio de 1967, que considera también miembro principal el ovario de la mujer, aun siendo en este caso viscera doble, y no única como el bazo. (S. 24 enero 1968.)

En reiteradas sentencias ha reconocido esta Sala que la pérdida de un solo diente constituye deformidad (SS. 14 diciembre 1954, 10 febrero 1955, 13 junio 1955), deformidad más clara si se trata de una mujer, en la cual se acentúa la irregularidad, y aunque la pieza dental perdida pueda suplirse artificialmente. (S. 29 febrero 1968.)

63. Artículo 429, número 2 (*Violación*).—Los términos «razón» y «sentido» no se utilizan por la Ley Penal como expresivos de rigurosa sinonimia

conceptual, sino como representativos del posible razonar para discernir el bien o el mal, y como exteriorización de tener el sentido moral suficiente para decidir cognoscitivamente sobre la trascendencia de los actos deshonestos que en ella y con ella se realizaban. (S. 4 marzo 1968.)

Numerosas SS. de esta Sala —de 6 de febrero, 11 de junio y 2 de octubre de 1959 y de 11 de febrero y 18 y 29 de noviembre de 1963— expresan que la privación de razón o de sentido no se refieren a la locura completa o a la imbecilidad absoluta, sino a situaciones de inhibiciones volitivas bastantes para no conocer el alcance y la trascendencia de sus actos, si se trata de casos en que las condiciones de las víctimas de los delitos no les permitan discernimiento bastante para llegar a consentir con validez a los accesos carnales respectivos; lo que no sucede cuando la mujer ofendida, de más de 22 años de edad, era oligofrénica, con la consiguiente debilidad mental aunque en grado no muy acusado, mujer que además había cursado estudios de alguna importancia, y que accedió al acto carnal movida en primer lugar por los estímulos halagadores y placenteros que en ella sugirió dolosamente el procesado, estímulos a los que se unieron las circunstancias de su estado mental, circunstancias todas que no asimilan el presente caso a los de las sentencias citadas, porque la débil oligofrenia permitía a la interesada darse perfecta cuenta del acto carnal y de sus consecuencias posibles, discernimiento elemental para una mujer de sus condiciones de edad y de instrucción; pues esta Sala ha establecido en este aspecto que una mujer mayor de dieciocho años, con un desarrollo mental equiparable al de una niña de diez años, no puede desconocer lógicamente las consecuencias del acto carnal (S. de 4 marzo 1935). (S. 5 junio 1968).

64. Artículo 430 (*Abusos deshonestos*).—El artículo 430 del Código penal, configurador del delito de abusos deshonestos, protege la libertad sexual de las personas y su pudor individual creado por los principios morales contra los externos y materiales ataques libidinosos del delincuente, que, plenos de móvil lúbrico o lujurioso, impongan en su real manifestación la anulación del consentimiento del sujeto pasivo y el agravio de su cuerpo, con exclusión de la cohabitación en la mujer, de alguna de las maneras determinadas en el artículo 429 de igual cuerpo legal; y si con esa tendencia se emplea como medio dinámico de actuación la *vis física*, a la que se refiere el número 1.º de la norma últimamente citada, no es preciso exigir que la fuerza sea extrema, invencible o irresistible, sino la necesaria o eficaz, aunque tenga relativa entidad cuantitativa, para conseguir el fin deseado en la concreta ocasión en que se produzca, que en este delito por su mismo contenido significa la efectuación audaz, atrevida e in consentida de un acto material deshonesto, con finalidad ideal generalmente lograda por los tocamientos de cierta entidad, externos o internos, de partes recatadas del cuerpo de la persona ofendida, a cuyo fin ha de atenderse a la circunstanciabilidad de lo ocurrido para conocer con un criterio relativo el alcance de la acción, así como cuando hubo imposición impúdica o por fuerza sin consentimiento y ante la resistencia siempre exigible del ser de que se abusa, con voluntad expresa o tácita discrepante, que no legitime el ataque, pues si concurre su aquiescencia la actuación de fuerza no está protegida penalmente en este

tipo, quedando desprovista de la antijuridicidad en él exigible. (S. 11 junio 1968.)

En el delito de abusos deshonestos, por ser de mera actividad, formal o de atentado, que no precisa para existir resultado material de ninguna clase, son de difícil existencia las formas imperfectas de frustración y tentativa, establecidas en el artículo 3.º del Código penal, porque el comienzo de ejecución que supere mínimamente los meros actos internos, impunes en lo penal por pertenecer al ámbito de la conciencia, suponen ya la deshonestidad misma, con tal de que sean actos preparatorios de un deseo lascivo, y aunque la tendencia del agente fuera la de conseguir más altas satisfacciones sexuales que las inicialmente logradas, pues ha de estarse preferentemente a la protección del honor sexual e intimidad de la ofendida que al alcance total de los ilícitos propósitos lúbricos en agotamiento subjetivo del delincuente, por lo que, salvo casos excepcionales por su misma condición, siempre posibles en la variada e inagotable casuística de la vida humana con su cambiante y sorprendente *praxis*, este delito por lo común o normalmente se manifiesta en grado ejecutivo de consumación (S. 27 febrero 1968.)

Erradicadas de nuestros Códigos las desfasadas fórmulas siquiátricas que presuponían por entero la locura o imbecilidad o la plenitud mental, se ha abierto paso la más correcta fórmula de la «enajenación», que tanto en los ámbitos civiles como penales permite una adecuada graduación de posibilidades volitivas para reaccionar activa o pasivamente ante las coyunturas del diario y externo vivir. A valorar este grado de facultades volitivas para decidir, se necesita acudir, cuando se trata de responsabilizar a un acusado del que se aducen anomalías mentales, o una víctima en estos delitos contra la libertad sexual, cuando se precisa resolver si la «mujer se hallaba privada de razón» cuando se atacó su honestidad sin usar de fuerza o intimidación y hubiere pasado de los doce años, hasta cuya edad la Ley determina con presunción *iuris et de iure* que carece de facultad para decidir sobre el uso de su libertad sexual. El término «hallarse privada de razón» ni expresa un concepto radical ni puede entenderse de tal forma que implique una absoluta falta de razón; por el contrario significa «relatividad» en referencia con la capacidad necesaria para cada caso y decisión y así el más intenso oligofrénico como la víctima de estos hechos puede ser capaz para los actos más sencillos del diario vivir, y por el contrario rigurosamente incapaz para decidir sobre actos trascendentes, entre ellos los relativos a su libertad sexual. En este sentido, esta Sala ha formado un armonioso cuerpo de doctrina manteniendo: a) que las palabras «privado de razón o sentido» no deben interpretarse en el sentido de locura completa o imbecilidad absoluta, sino que también abarca a la inhibición en grado suficiente para no conocer el alcance y significación de sus propios actos y poder abstenerse o no de realizarlos; b) la constituye la oligofrenia en grado de imbecilidad, la epilepsia genuina, la oligofrenia con déficit mental muy acusado y con conocimiento de tal estado por parte del acusado. (S. 12 junio 1968.)

Es más hacedero trazar la frontera entre los delitos y faltas de los artículos 430 y 567 número 3.º del Código penal cuando se trata de menores

de doce años, número 3.º del artículo 429 base de referencia, porque es precisamente la poca edad protegida por la ley contra los ataques a la libertad sexual causa de mayor agravio a su pudor intacto, de modo que los actos ofensivos acreditan una mayor entidad para integrarse en delito, que descende a falta en cuanto a sujetos pasivos en mayor desarrollo físico y moral. (S. 22 enero 1968.)

Cfr. §§ 20 y 34.

65. Artículo 431 (*Escándalo público*).—El delito de escándalo público, definido en el párrafo 1.º del artículo 431 del Código penal, atendiendo al contenido valorativo público de los resultados de la conducta humana, más que dispensar protección punitiva contra los actos inmorales o deshonestos realizados por las personas y que afecten al pudor o a las buenas costumbres —siempre repudiables y rechazables en el orden ético de la íntima conciencia—, lo hace sólo en cuanto que los mismos hayan tenido trascendencia o publicidad, por su proyección social, lesionando los sentimientos de recato y morigeración de las personas de nivel medio de la comunidad, existentes en su constitución intrínseca e ideológica generalizada, y especialmente en su cultura y moralidad predominante, según las circunstancias temporales y locales, pues sobre el presupuesto objetivo de la deshonestidad priman en el tipo las dimensiones sociales alcanzadas por la difusión del acto inmoral, al ser el sujeto pasivo de esta infracción criminosa la sociedad misma, más o menos ampliamente representada, pues la ofensa se genera contra ella, como valor independiente y que sin embargo merece el respeto de todas las personas que la componen.

Cualquiera que sea la valoración ética y fundamentalmente jurídico-penal que pueda merecer el hecho de proteger la prostitución, e incluso de la facilitación de habitaciones para que se produzcan actos carnales entre personas de sexos diferentes, lo cierto es que su inmoralidad intrínseca, aun en caso de no ser objeto de persecución directa por la vía del artículo 452 bis del Código penal, puede sin embargo serlo por el mero conocimiento de su existencia o publicidad, cuando se hace industria habitual por remuneración de tan indigno tráfico, pues el elemento normativo de dicho tipo penal, de grave escándalo, existe, por lesionarse los sentimientos de pudor y honestidad de la sociedad, al salir de la esfera de la intimidad privada, produciendo el impacto social que lesiona la moral colectiva, ya que grave e importante es el escándalo causado, no sólo por el alcance del hecho en sí mismo, sino por la valoración humana general, al conocerse por los diversos vecinos de una casa que la procesada recibía en su domicilio sito en la misma con habitualidad parejas de diferente sexo, facilitándoles habitación por precio para cohabitar, ya que ello les produjo la consiguiente conmoción moral, o lo que es igual, lesión de sus sentimientos honestos de manera trascendente y grave, tal y como requiere el tipo, al suponer esa conducta la infracción del Decreto-ley de 3 de marzo de 1956, por hacer de la vivienda una casa de tolerancia o mancebía, en contra de la prohibición del artículo 3.º y con las consecuencias del 4.º, que remite al artículo 431, aplicado en su número 1.º, de igual manera que con harta reiteración en casos análogos lo hizo la doctrina de esta Sala, y de la que son

expresivos exponentes las SS. de 29 de octubre y 19 de noviembre de 1965, y las que en ellas se citan. (S. 30 mayo 1968.)

La figura delictiva de escándalo público definida en el artículo 431 del Código penal requiere que el sujeto activo haya ofendido de cualquier modo el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, y es criterio reiteradamente mantenido por esta Sala que tal delito presenta dos modalidades; una, cuando el hecho adquiera publicidad y sea conocido por una pluralidad de personas con ofensa de sus sentimientos, y otra al tener por sí la acción trascendencia bastante (S. de 27 junio y 21 diciembre 1966); esto es, el delito de escándalo público, a pesar de este calificativo, se define por cualquiera de los términos de la disyuntiva que contiene el precitado artículo, no sólo por el número de víctimas directas, generalmente muy reducido por la misma índole del hecho, sino por su grave trascendencia, o sea por lo profundamente que puede herir los sentimientos del pudor (S. 19 febrero 1966), y ya en concreto en lo que afecta a los actos de exhibicionismo se reputan delictivos aunque hayan sido presenciados solamente por una persona (SS. de 21 diciembre 1961 y 22 junio 1967), mayormente si se trata de una menor (SS. de 11 marzo 1963, 28 enero, 19 febrero y 27 junio 1966 y 16 marzo 1967). (S. 8 junio 1968.)

El «pudor y las buenas costumbres» son expresión legal de derechos que en la convivencia social deben ser respetados. Todos tienen derecho al pudor, pero muy prevalentemente los menores cuya contaminación por la inmoralidad debe preservarse a toda costa; de igual forma que la genérica observancia de las «buenas costumbres» propende y traduce a normas de buen vivir y honesto proceder. Estos son los valores morales que en la tipificación legal del artículo 431 del Código penal se protegen con la abstracta amenaza de sanciones punitivas a quien ilícitamente adecuara su proceder a aquellas conductas que el Código penaliza; y ésta fue la clara actuación que la resultancia probatoria de la sentencia impugnada destaca, precisando con singular claridad los actos de exhibicionismo y la práctica pública e inmoral del onanismo que intencionalmente estuvo verificando el acusado en la ocasión de autos. Estos actos moralmente recusables y francamente repulsivos tuvieron como destinatarios a niños en la difícil edad de la adolescencia, rozando o habiendo llegado a la pubertad, cuando tales exhibiciones lascivas implicaban mayor ofensa al pudor de los menores, a su formación moral en la que podía provocar la creación de una conciencia sexual por cauces aberrantes y desviados; hechos que por la sola circunstancia de ser realizados ante menores implican, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, el grave escándalo y la trascendencia que el precepto citado exige, siendo de tener muy en cuenta que el «escándalo» se da en sí, en la propia acción ejecutada subjetiva y objetivamente considerada, y que es «trascendente» en sí y por el conocimiento de los hechos por terceros, cuyo pudor, cuya moral y cuya concepción de buenas costumbres abiertamente se ofende, siendo por último de ponderar que la sentencia precisa que aparte de los niños destinatarios conocieron los hechos otras varias personas a las que produjeron lógica y natural repugnancia. (S. 23 enero 1968.)

Esta figura precisa para existir que el hecho que lo genere sea debido a la voluntad del agente, aunque no precisa esa voluntad abarcar el escándalo

en sí mismo, porque basta la trascendencia y significación esencial de aquél (S. 8 mayo 1968.)

Al disponer el párrafo 2.º del artículo 431 del Código penal que, cuando el ofendido fuere menor de veintinueve años se impondrá la pena de privación de libertad —arresto mayor— en su grado máximo, no establece una circunstancia especial de agravación que haya de conjugar con las demás circunstancias modificativas de responsabilidad, sino que crea una tipicidad especial dentro del tipo genérico del delito de escándalo público, habida cuenta de que en este caso concreto además del ultraje al cuerpo social, verdadero sujeto pasivo del delito de escándalo, hay una lesión del pudor de esos menores, que la Ley protege especialmente con esa pena agravada, y dentro de ella se han de aplicar las normas del artículo 61, que de otra manera no podrían entrar en juego; y de aquí que, teniendo que decidirse la pena señalada al delito que se sanciona —grado máximo del arresto mayor— en tres períodos como ordena el artículo 62 del Código penal, la que procede imponer en el caso que se contempla no podía ser el tope mínimo de ese grado máximo como ha hecho el Tribunal sentenciador, sino la resultante de dividir su extensión en tres períodos y tomar el máximo de esa división por concurrir además la circunstancia de agravación del artículo 11 del Código penal al ser los menores ofendidos hijos del procesado. (S. 18 enero 1978.)

66. Artículo 434 (*Estupro*).—Como tiene declarado esta Sala en SS. de 8 de noviembre de 1954, 7 de marzo de 1955 y 2 de febrero de 1961, la doncellez de una mujer soltera tiene el carácter de presunción *iuris tantum*. (S. 10 mayo 1968.)

67. Artículo 436 (*Estupro*).—La condición de doncellez no es indispensable en el estupro. (S. 16 marzo 1968.)

Como manifestación del derecho a la libertad sexual, toda mujer soltera, capaz de consentir, puede espontáneamente disponer de su intimidad carnal en el orden del derecho entregándose a varón, en conjunción de sexos, constitutiva de pura y simple fornicación, ajena a la esfera penal, pero el artículo 436 del Código Punitivo, cuando falta en ella libérrima decisión, estima como delito de estupro simple, en su párrafo 1.º, el yacimiento sin violencia con mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, interviniendo engaño, pues, de concurrir este elemento psicológico, espiritual o ideal, como ardid o superchería, que motive en adecuada relación causal la entrega, por captar sugestivamente el ánimo de la hembra, a medio de conducta artera, bastante, eficaz y previa, se vicia su voluntad, venciendo la capacidad de resistencia propia de la mujer prudente y pudorosa de moralidad media, el carecer por la alteración de la verdad de absoluta facultad de decisión electiva ante las peticiones del hombre que produce o aprovecha ese error, siempre acogido en su voluntad simuladora; y este indispensable engaño, como con reiteración suma ha venido estableciendo esta Sala, puede tener el carácter de promesa falsa y expresa del hombre, generalmente manifestada por la palabra de matrimonio futuro, o puede ser tácito o implícito, al resultar producido por el aprovechamiento de situaciones análogas o equivalentes al engaño, y que conocidas y creadas o aprovechadas por el varón, fueron ignoradas en su real dimensión por la hembra, que por su presencia exclusiva fue

seducida, asintiendo al acto carnal pedido, obedeciendo su racional creencia y su alterada voluntad condescendente al efecto que produjeron en su ánimo, habiéndose basado por lo común esta seducción presunta por engaño tácito en la existencia de relaciones de amoroso noviazgo entre jóvenes, desarrolladas constante y públicamente, normalmente consentidas por las familias, con fidelidad mutua, que presagiaran una fundada culminación en matrimonio. (S. 9 febrero 1968.)

El delito de estupro tipificado en el artículo 436 párrafo 3.º del Código penal no requiere para existir de la concurrencia del elemento psicológico del engaño que opera como condición modal en otros tipos, y si únicamente de los presupuestos objetivo-normativos, de la honestidad y de la edad entre doce y dieciséis años de la mujer, que se ha prestado con consentimiento voluntario al yacimiento ante la petición del varón seductor, pero al que la ley imperativamente no otorga efectos, por estimar que existe una falta de madurez físico-psíquica en esa temprana edad y de aptitud para un conocimiento pleno de la significación y trascendencia del acto carnal en sus consecuencias, y por lo mismo que carece de posibilidades de defensa ante los requerimientos libidinosos del hombre capaz, protegiendo la ingenuidad y el candor que en momento de la vida tan prematuro debe creerse existente, por lo que este estupro de prevalimiento se apoya en una presunción legal irrefragable de inocencia por corta edad y en la imposibilidad de prestación de un consentimiento válido por viciado a la faz del Derecho penal, con la imposición al hombre, en consecuencia y legalmente, de un deber absoluto de abstención carnal sobre tal mujer en ciernes; siendo doctrina tradicional de esta Sala la de que la condición personal de la honestidad en la mujer se presume siempre *iuris tantum*, de no contradecirse en juicio de valor directo en el hecho probado, o por la descripción de actos constitutivos de conducta contraria indudable, y aun más en tan temprana edad, en que, atendiendo al estado de conducta moral sexual actual de la mujer española, su honestidad ha de creerse existente, dadas sus costumbres y normas obstativas generalizadas de conducta social e individual, por lo que el silencio del juzgador en el relato de hecho sobre la honestidad debe interpretarse como prueba de su existencia en la joven seducida, a no producir, como se dijo declaración contraria directa o indirecta pero evidente. (S. 5 junio 1968.)

El esencial requisito del engaño concurre cumplidamente cuando el varón, para lograr la entrega carnal de la mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, en el curso de unas relaciones de noviazgo emite promesa de matrimonio, o incluso, sin solemnes expresos pronunciamientos en tal sentido, por la forma y modo de conducirse puede fundadamente suponer la mujer a tales relaciones una finalización lógica, normal y positiva, siendo preciso en cada caso concreto un minucioso análisis de las circunstancias todas concurrentes en los hechos para valorar adecuadamente la conducta de los dos sujetos interesados; en cuanto al motivo, porque en definitiva los sentimientos y propósitos impulsores de su proceder vendrán a determinar si concurre o no el dolo específico atinente a esta figura delictiva; y respecto del sujeto pasivo para llegar a advertir si fue realmente víctima de un engaño, matizando si se hallaba en condiciones de no acceder a las pretensiones contrarias, en posesión de unos normales resortes y apoyos mo-

rales, pese a lo cual permitió la consumación del acto carnal, o por contra éste fue logrado en medio y circunstancias de excepción favorecedoras de los designios del varón, engendradoras en la ofendida de una falsa idea acerca de los propósitos y finalidad perseguida por aquél. (S. 16 febrero 1968.)

Si bien en los casos corrientes entre solteros el medio usual de engaño es el del previo noviazgo y la promesa de ulterior matrimonio, cuando se empieza a engañar, no sólo en el nombre, sino también en el estado civil diciendo que se es soltero cuando se es casado, se obra tan torcida y dolosamente que no puede alegarse falta del engaño, aunque sea ajeno a la promesa matrimonial, engaño que, como estima la doctrina de esta Sala, puede apreciarse el juzgador penal usando de la facultad que le concede el artículo 436 del Código penal, según el prudente arbitrio judicial y atendiendo a las circunstancias de hecho que concurren en cada caso —S. de 7 de febrero de 1950—, entre las cuales es la más importante en este caso concreto el estado mental de la interesada, que fue el soporte sobre el cual el dolo engañoso del procesado montó el artificio que logró captar la voluntad de la mujer ofendida, sin el cual en otra mujer de otras condiciones más normales no hubiera podido lograr la realidad criminosa. (S. 5 junio 1968.)

No cabe considerar engaño las públicas relaciones de noviazgo que venía sosteniendo durante un año sin otras circunstancias, y que, si son camino para la legal unión y abren a ésta la esperanza, no sirven racionalmente de base para el convencimiento en la celebración de matrimonio ni para fundar en ese convencimiento la entrega carnal de una mujer que tenía veinte años de edad. (S. 3 abril 1968.)

Si bien el abuso de confianza es inherente al estupro cuando constituye el engaño, el prevalimiento o se refiere a la intimidad existente entre ofensor y ofendida porque el acto deshonesto está descrito en el artículo 436 del Código penal con este elemento descriptivo, y la relación entre autor y víctima se matiza por la deslealtad a la promesa de matrimonio o cualquier fraude capaz de menguar el normal conocimiento de los hechos, por superioridad o confianza nacida de la situación entre ellos, la cual impone un abuso que se condena por la inferioridad psicológica de la mujer dentro de unos límites de edad inmadura que protege la ley; pero la favorable situación en que se hallaba el inculpaado para penetrar en el domicilio de la menor, casa de sus tíos con quienes mantenía íntima amistad el procesado, es factor extraño al acto mismo, circunstancia ocasional concurrente y aprovechada, que configura la agravante genérica 9.ª del artículo 10, en el Código penal. (S. 13 enero 1968.)

Cfr. § 20.

68. Artículo 441 (*Rapto*).—El delito puede cometerse aunque exista consentimiento por parte de la mujer, pues la *ratio legis* del delito de rapto estriba en la ofensa a la autoridad de los padres, titulares de la patria potestad, y a los sentimientos de familia. (SS. 5 y 19 febrero 1968.)

69. Artículo 443 (*Delitos privados: acción penal*).—El defecto de legitimación de la madre de la agraviada por estupro cuando ésta ha cumplido ya

veintiún años se subsana al personarse la interesada en el proceso para una diligencia de careo y mantener la acusación. (S. 16 mayo 1968.)

70. Artículo 450 (*Adulterio*).—El adulterio resulta en virtud de lo dispuesto en el artículo 450 del Código penal un delito estrictamente privado que deja en libertad al marido para, atendiendo a los motivos que forjen su voluntad en defensa de los intereses familiares, facultativamente exigir la punición por la infidelidad y desorden que supone en la esposa, a medio de la formulación de la querrela que opere como condición objetiva de procedibilidad, dirigida contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, patrocinándose en esta exigencia de especial litis consorcio pasivo necesario una igualdad penal para el co-reo del adulterio, que se asienta en razones morales y humanas indudables, y que no puede interpretarse con criterio estricto, ante situaciones especiales no previstas por el legislador, sino de manera amplia, de no existir razones obvias que hicieran injusta la extensión, que no es contra el reo, al ser técnica y no procesal probatoria, y por defender intereses sociales y jurídicos superiores; por lo que este T. S. ha permitido el ejercicio de la acción para castigar el adulterio de la esposa cuando se desconozca el varón que yació con ella, para no dejar impune la afrenta y la ocultación alcanzada —SS. de 17 enero 1889 y de 24 octubre 1894—, y en el supuesto de que el hombre realice el ayuntamiento íntimo desconociendo la condición de casada de la mujer —S. de 31 diciembre 1913— así como en el de querrela contra uno solo de los adúlteros culpables si el otro falleció, porque el requisito de dirigirla contra los dos sólo procede «si uno y otro viviesen», y no es impune el delito por haber muerto la adúltera antes de querrellarse el marido, pues tal interpretación pugna con el artículo 112, número 1.º del Código penal, que limita al reo fallecido la extinción de su propia y exclusiva responsabilidad penal, S. de 16 de abril de 1948. En igual línea interpretativa, la añeja resolución de esta Sala de 16 de enero de 1875 estableció no poderse acoger la alegación de que la rebeldía del coautor de adulterio impedía la condena de la mujer casada infiel, confirmando la sanción impuesta a ésta, por ausencia procesal de aquél, siendo exacta esta doctrina y digna de continuar manteniéndose (S. 27 junio 1968).

En el artículo 450 del C. P. la acción por delito de adulterio se reserva al marido agraviado, y esta condición de procedibilidad confiere al menos procesalmente carácter privado a esta infracción que, si ofende a la moral social y buenas costumbres como todos los delitos contra la honestidad, ataca en forma directa a la institución familiar, fraguada en la fidelidad conyugal, en el cumplimiento de los deberes conyugales y paternos con el derecho de los hijos al buen nombre de la casa, y aparece el marido como sostén y defensor de estos valores con ánimo de restablecerlos o repararlos con la pena de la infractora; mas el abandono del hogar y su amancebamiento con otra mujer debilitan este privilegio al punto de que la separación voluntaria y dolosa del domicilio común, el apartamiento de sus deberes morales y civiles según el artículo 56 del Código penal, demuestran una dejación de las obligaciones de convivencia, socorro mutuo, incluido el débito matrimonial y la fidelidad debida que su ayuntamiento ilícito desdén, y esta prolongada permanencia alejado de sus deberes sin el cuidado

por su honor, que ahora repentinamente ejerce en su querrela sobre el fiel cumplimiento de su esposa, le sitúan en posición de tolerancia, de consentimiento tácito revelado por sus actos y pasividad, que le privan por el párrafo 2.º del artículo citado para proclamar su acción, pues si la moral común que informa estas figuras penales rechaza el adulterio tampoco acepta al marido consentidor o indiferente (S. 8 marzo 1968.)

La decisiva intervención reconocida por la Ley a la parte agraviada en la persecución y represión de los llamados delitos privados en su más estricto sentido, cuales son, juntamente con la calumnia y la injuria, el adulterio y el amancebamiento, como excepción al principio general del interés público en la actuación del *jus puniendi*, no supone que el Estado se desentienda de la tutela y vigilancia de tan preciados valores morales, no negociables ni susceptibles de cotización dineraria, cuya conculcación acarrea la enérgica reprobación social, traducida dentro de nuestro ordenamiento vigente en la correspondiente sanción penal, sino que tales condicionamientos en la incriminación de estas conductas y aun en la subsistencia del castigo impuesto, encuentran su explicación en el respeto debido a legítimas conveniencias personales o familiares de sigilo o recato, apreciables por el propio ofendido, o en íntimos sentimientos de prudencia o benevolencia del mismo, inconciliables a su juicio con el estrépito o con los rigores de la vindicta penal, recayente sobre los culpables, presupuesto siempre al efecto el disenso del cónyuge agraviado respecto de las situaciones de adulterio o de amancebamiento que habrán de quedar impunes de mediar la aquiescencia o sobrevenir la indulgencia, expresa o tácita, de dicho cónyuge; pero sin que ello signifique que la Autoridad pública y en consecuencia los Tribunales de Justicia abduquen deberes que les son esenciales ni resignen en los particulares sus indeclinables funciones dirigidas a remediar desviaciones eventuales de la auténtica finalidad jurídico-moral de estos discrecionales institutos —querrela, desistimiento y perdón— que no pueden degenerar en meros medios de compulsión, útiles en la realidad para forzar el signo de concurrentes negociaciones de fondo exclusiva o predominantemente económico, atinentes a intereses atendibles por otros cauces jurídicos, toda vez que sólo debe entenderse que pervive con su propia razón de ser la pretensión punitiva en tanto perdure el sentimiento que le da vida y que, una vez aplacado —siquiera sea en contemplación de expectativas económicas— y evidenciado de modo inequívoco este apaciguamiento, subsumible, como perdón más expreso que tácito, en el supuesto final del 2.º párrafo del artículo 450, en relación con el último del 452 del C. penal, habrá de tenerse por decaído asimismo el interés punitivo del ofendido y con él el del Estado, cualquiera que fuere la suerte ulterior de los logros pecuniarios proyectados, calificables a lo sumo como motivos, mas no como objeto, causa o *conditio sine qua non*, jurídicamente trascendente, de aquél benigno sentimiento anterior, claramente revelado en su momento y no reversible después por decepcionantes contingencias, exclusivamente materiales y crematísticas. (S. 11 marzo 1968.)

71. Artículo 452 (*Amancebamiento*).—Dada una mera separación de hecho, no puede afirmarse que el domicilio donde el matrimonio había con-

vivido dejara de ser legalmente el domicilio conyugal por la simple ausencia de la esposa. (S. 20 abril 1968.)

72. Artículo 452 bis a (*Delitos relativos a la prostitución*).—No es cierto que este precepto, apartado 1.º, castigue tan sólo la iniciación corruptora para dedicarse a la prostitución, sino también el favorecer y facilitar medios para mantener en el tráfico sexual a quien ya corrompido anteriormente se dedique habitualmente a este ilícito comercio carnal por precio, siendo ello cosa enteramente distinta al mero favorecimiento de relaciones sexuales extramatrimoniales por mujeres no prostitutas, ya que este proceder saldría de estas tipificaciones penales sancionadoras de la prostitución, y sólo podría generar, de llegar a trascender, un delito de escándalo público. (S. 11 marzo 1968.)

73. Artículo 452 bis b) (*Delitos relativos a la prostitución*).—La entrega de una mujer a varios varones implica siempre el ánimo de lucrarse con ese inmoral tráfico. (S. 25 enero 1968.)

Basta con facilitar los medios, sin que sea necesario que se lleguen a satisfacer los propósitos deshonestos de los sujetos activos del acto carnal o impúdico. (S. 5 marzo 1968.)

74. (*Corrupción de menores*).—La corrupción tanto puede ser de hembras como de varones (S. 17 mayo 1965). Este delito tanto se comete si se corrompe al menor para satisfacer deseos libidinosos propios como de un tercero, pues en definitiva lo que se castiga son los actos de corrupción del menor, cuya moralidad sexual trata la ley de proteger. (S. 1 marzo 1968.)

Constituye este delito, y no el de escándalo público, el hecho de ofrecer en la vía pública a los transeúntes a una joven menor de veintitres años para que yacieran con ella. (S. 3 abril 1968.)

Es indiferente que la menor se dedique o no habitualmente a tan innoble oficio. (S. 5 marzo 1968.)

Este delito puede cometerse por imprudencia, al no tratar de averiguar la edad de la menor. (S. 28 marzo 1968.)

75. Artículo 457 (*Injurias*).—El *animus iniuriandi*, elemento subjetivo del injusto, que obligatoriamente debe existir y operar en la antijuridicidad tipificada del delito de injurias definido en el artículo 457 del Código penal, se presume *ius tantum*, siempre que se manifiesten objetivamente y revisitan en sí trascendencia difamatoria expresiones o acciones proferidas o ejecutadas en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, correspondiendo probar al agente que las produjo su desplazamiento por otro ánimo excluyente del injusto típico, pues en la coexistencia de diversas intenciones finalistas posibles es indispensable demostrar la exclusividad o fuerte preponderancia en la inteligencia y voluntad del mismo de aquel ánimo que no resulte antijurídico sobre el difamatorio, que por su anulación se difumina o volatiliza, en comprobación de lo que habrá de operarse con criterio axiológico, que permita confrontar valorativamente el alcance y dimensión de los diversos ánimos, de acuerdo con los elementos de tiempo, lugar ocasión, modo y personas que concurran en cada supuesto concreto, para realizar una ponderación judicial siempre circunstancial y plena de relati-

vismo; y cuando se oponga el ánimo difamatorio, que objetivamente aflore del hecho o dicho, el *animus narrandi*, que pretende relatar o describir conductas ajenas, ha de estimarse que éste por regla general no es bastante para eludir o excluir la ofensa, por existir ciertamente y por no poderse consentir la difamación sin causa suficiente y excepcional, que sólo se producirá cuando concurra la que los penalistas clásicos denominaban *necessitas agendi*, o sea, la necesidad de obrar, por tener que cumplir un estricto y vinculatorio deber de narración, que impongan las autoridades, exigiendo el testimonio y la obligación de ser veraces y no mendaces, pero aun en tal supuesto, al tener que describirse conductas deshonorantes, deben evitarse valoraciones subjetivas innecesarias y peyorativas para que al amparo de la causa de exención número 11 del artículo 8.º del Código penal opere con su beneficio. (S. 24 junio 1968.)

El «ánimo de crítica», por entero diferente al ánimo ilícito de injuriar, han de sufrirlo los dueños de establecimientos públicos que indebidamente consienten, sin la oportuna reacción impeditiva, la realización de actos inmorales ofensivos a las buenas costumbres y a los sentimientos de honestidad de las personas que acuden, no a un espectáculo que pudiera estar tildado previamente de escandaloso, sino a un lugar de normal y honesto esparcimiento. No se ha infringido el número 2.º del artículo 458 porque no se imputa a la empresa un vicio o falta de moralidad personal, sino el consentir las faltas de moralidad de algunos clientes, incumpliendo el deber que le incumbía de impedir en el local comportamientos deshonestos (S. 13 febrero 1968.)

Cr. § 15.

76. Artículo 459 (*Injurias*).—La Prensa tiene el derecho, que al propio tiempo merece calificarse de deber honroso, de hacer la respetuosa y considerada crítica de la actuación pública de las personas que se dedican a la política y a recoger, estimular o contrarrestar razonadamente el sentir popular, con cuya razonada crítica, favorable o adversa a las ideas de los líderes, pueden llegar a crear corrientes de opinión, siempre dentro de los principios fundamentales del orden y de la organización jurídica y política de la Patria, que los animen y estimulen para persistir en sus orientaciones o que les descubran sus errores haciéndoles desistir de sus propósitos a la comunidad o cambiar el rumbo y orientación de las mismas, contribuyendo así todos a una ordenada concurrencia de criterios por los que navegue con pasión impulsiva pero con sosiego constructor la nave del Estado hacia el progreso en todos los órdenes, en general apetecido y a veces malogrado, por falta de serenidad, celo y adecuada comprensión de los medios para recorrer las etapas del camino, espinoso pero superable con el esfuerzo adecuado a cada momento y etapa.

La crítica general que se hace en la Prensa por los hombres que la componen o por los que en la misma escriben, periodistas o no, o a través de otros medios informativos y publicitarios está limitada en su breve amplitud por razones que imponen las buenas maneras y formas literarias y las de la propia educación y las que se derivan de la convivencia social, que ha de ser ordenada, y tienen su sople inspirador y su asiento en los

principios de derecho natural y de la moral, impresos en general en las leyes con barreras y con protecciones penales sancionadoras para quien las traspasa limpiamente y sin miramientos o valiéndose de eufemismos con los que pretenden encubrirlos; y estas limitaciones, entre otras, pues esta enumeración aunque extensa, no pretende ser exhaustiva, son: las que conciernen al orden público, convenientes para todos, pero que deben contenerse dentro de circunferencias no agobiadoras; las que atienden a la protección de la organización política y estatal que es continuidad progresiva de principios fundamentales para la existencia de la Nación; las que tienen su base en el respeto debido a la dignidad del hombre y a su vida privada y familiar, que en su íntimo aislamiento merece rodearse de muros infranqueables.

Tampoco el derecho a la discrepanda, en el que tiene su fundamento el de crítica y el supuesto prevalecimiento del interés comunitario priva de su ilicitud a cualquier ataque que sea dirigido a los hombres públicos, que pueden ser combatidos en su ideario y en su conducta política, destacar sus errores o aciertos, censurándolos o apoyándolos, lo que es natural que se aprecie, según el punto de vista político de cada cual, pero la crítica, como se ha dicho, puede hacerse con toda la pasión que se quiera poner, pero con el respeto debido a los valores de la dignidad humana, que deben ser preservados de todo ataque, sin ninguna clase de excepciones. (S. 24 junio 1968.)

77. Artículo 487 (*Abandono de familia*).—De las dos modalidades del delito de abandono de familia tipificadas en el artículo 487 del Código penal, aparte otros matices que las individualizan, la primera de ellas, que exige el abandono malicioso del domicilio familiar, puede reputarse como de instantánea consumación, cometida mediante voluntario o inmotivado apartamiento del común hogar, mientras que la segunda, en la que se requiere un abandono de deberes legales de asistencia causados por la desordenada conducta del sujeto, es delito de tracto sucesivo y carácter permanente, y, como tal, caracterizado porque la acción sigue ininterrumpidamente su curso, perdurando el efecto antijurídico dilatado voluntariamente, con posibilidad del cese de aquellos efectos por propia voluntad del agente. Cuanto queda expuesto es de interés en orden a dilucidar la posibilidad de someter a un plural y sucesivo enjuiciamiento penal conductas de una misma persona, acusada de la comisión del delito de abandono de familia, por hechos siempre referidos a los mismos sujetos activo y pasivo, cometidos en el transcurso de cierto periodo de tiempo, con producción en determinada fecha intermedia de sentencia penal cuya trascendencia y eficacia en el ulterior o ulteriores procesos se cuestiona, sobre cuyo particular conviene destacar que el criterio de esta Sala, cristalizado entre otras en sus SS. de 5 de octubre de 1960, 2 de julio de 1962, 27 de abril y 18 de junio de 1963 y 15 de marzo de 1965, no es otro que el de estimar admisible tal posibilidad de ulterior enjuiciamiento, y en su caso de nueva condena, bien que exigiendo siempre la concurrencia de nuevos elementos fácticos para no violar el principio *non bis in idem* y para no privar a la nueva sentencia del elemento de hecho necesario que ha de sustentarla. (S. 11 marzo 1968.)

Requiriéndose por tal norma sustantiva que el abandono del domicilio

familiar lo sea *maliciosamente*, tiene con reiteración declarado esta Sala que de tal ha de calificarse todo abandono carente de una justificación racionalmente admisible o aceptable, y ciertamente no cabe admitir como justa la razón de la creencia que asistía a la esposa de que los ingresos de la casa eran insuficientes, pudiéndose desenvolver mejor separada de ella, no ya por la proliferación de separaciones familiares que podrían producirse caso de estimar lícito tal pretexto de abandono del común domicilio, sino porque los dictados de la moral y los propios de la Ley Penal denotan la insuficiencia de aquella justificación como amparadora de un quebranto de evidentes deberes de convivencia y asistencia cuyo conocimiento alcanza a mentes escasamente cultivadas y a las conciencias menos exigentes. (S. 26 enero 1968.)

No constituye abandono malicioso ni conducta desordenada por parte de la mujer su negativa a volver al domicilio del cual salió depositada para entablar demanda de divorcio (S. 24 febrero 1958), sobre lo cual hay que hacer constar que otras Sentencias de esta Sala, como las de 13 de junio y 16 de noviembre de 1944, 6 de junio de 1955, 15 de febrero de 1957, 23 de abril y 26 de septiembre de 1960, que contemplan supuestos del tipo del presente, expresan que el abandono del hogar sin motivo alguno puede estimarse malicioso, porque los deberes del matrimonio no están limitados al orden económico, sino a los morales de mutuo auxilio y vida en común de los cónyuges, pero hay que matizar en cada caso los extremos *de facto* el mismo para poder llegar a una conclusión respecto al origen y desarrollo del abandono, y resolver en consecuencia. (S. 27 mayo 1968.)

78. Artículo 490 (*Allanamiento de morada*).—Como uno de los derechos ínsitos en la personalidad humana, y garantizado por las leyes fundamentales de los países cultos, como sucede en el artículo 15 del Fuero de los Españoles, en su manifestación especial de derecho a la libertad, el de inviolabilidad del domicilio es protegido por el artículo 490 del Código penal, estimando su lesión como delito, defendiendo de esta manera, a la par que un derecho individual a la intimidad personal sin ajenas intromisiones no consentidas, un valor moral y social de indudable y necesario relieve, sin el cual la paz de los nombres en comunidad no sería posible, al no respetarse la libertad indispensable del morador, por lo que, establecido un derecho al uso exclusivo y excluyente, es la propia voluntad de aquél la que a medio de autorización expresa o tácita determinará el acceso de las personas extrañas al domicilio propio, salvo los supuestos reglados, como excepciones a las garantías públicas, del ejercicio de derechos superiores en adecuada valoración y de estado de necesidad; y para la debida apreciación técnica de dicho delito ha de atenderse muy especialmente al elemento culpabilista, y dentro de él a la naturaleza del dolo, para conocer el criterio diferencial, en los casos en que la acción pueda consistir en un allanamiento de morada y además en otra infracción delictiva, para aplicar el régimen de concurso o el de subsunción de uno por otro, a cuyo fin ha de atenderse a la presencia del dolo específico, encaminado a la finalidad de violar estrictamente el domicilio ajeno, o más amplios deseos ulteriores, ajenos totalmente a la violación de la morada, que también se efectúa como medio para lograrlos,

es decir, al dolo insito en la acción misma, con el ánimo concreto de vulnerar o no el círculo de habitabilidad exclusiva, pues el dolo genérico por sí no es criterio aceptable por regla general, al desconocer la finalidad subsiguiente buscada con la violación del domicilio, y al ser prevalente la voluntad e intención del hombre en toda su extensión en la dogmática penal, que debe decidir cuándo el delincuente quiso sólo vulnerar el bien ideal de la morada misma, o cometer otra infracción distinta, por tener presentes en la mente objetivos diferentes y más extensos, pues en este último supuesto la lesión de la santidad del hogar operaría como mero accidente material absorbido por aquél, aunque sea de precisar que, cuando el delito-fin ulterior no haya sido justificado debidamente o no se hubiera cometido ni siquiera en fase imperfecta, y conste en cambio la vulneración intentada o lograda de la morada, entonces ha de estarse a esta real infracción, por ausencia del conocimiento del dolo finalista distinto al del allanamiento, operando éste por su material y objetiva presencia.

El remolque vivienda es morada protegida en el tipo del artículo 490 del Código penal, por constituir un espacio cerrado de personas que habitan en él, para realizar sus necesidades personales, con eliminación de la concurrencia de las demás, a su voluntad. (S. 27 mayo 1968.)

El bien jurídico protegido por el artículo 490 del Código penal no es la propiedad, sino el domicilio familiar, la intimidad del hogar, en el que nadie puede entrar contra la voluntad de su morador. (S. 13 febrero 1968.)

79. Artículo 493 (*Amenazas*).—El derecho al sosiego o tranquilidad personal, que se disfruta actuando con libertad y seguridad en el concierto de las relaciones interindividuales humanas, se lesiona e infringe cuando se obliga a una persona contra su voluntad a actuar determinadamente, a medio del anuncio de un mal por otro sujeto, de condición real, verosímil o posible, futuro y suficiente, a la vez que necesariamente injusto, que le pueda conminar o intimidar en su ánimo, y que opere sobre el mismo, su honra o propiedad, apareciendo en tal caso el delito de amenazas, que repudia esta anómala y desleal conducta y protege aquellos esenciales intereses humanos; delito que, según se regula en los artículos 493 y 494 del Código penal, requiere por su estructura esencial normativa la presencia de un mal, que puede ser constitutivo o no de infracción penal, y condicional o incondicional, lo que influye complementariamente en el alcance de la penalidad, pero que siempre ha de manifestar carácter de antijurídico, por ser contrario al derecho, y que dentro de su concepto relativo, negativo y acaso circunstancial, signifique en su más amplio sentido la privación de cualquier bien personal o real que el hombre pueda disfrutar personal o socialmente (S. 19 enero 1968.)

Si bien toda persona tiene derecho a denunciar los delitos públicos, aunque ello represente un mal para el denunciado, siendo conforme a derecho la actividad delatadora, e incluso puede exigir dinero por no hacerlo, siempre que éste se pida por el perjudicado en concepto de restitución, reparación e indemnización debida, por resultar válidas las transacciones y arreglos extrajudiciales en esta materia que conduzcan a la amistosa satisfacción de las obligaciones privadas, sobre las que los sujetos pueden disponer libremente,

por ser legal el tráfico de pretensiones judiciales entre ofendidos y culpables, sin embargo no es equitativo ni lícito admitir la exigencia de cantidades no debidas, o superiores a las que realmente lo fueren, o a favor de personas no perjudicadas, para no denunciar hechos criminales, porque entonces se pretende un enriquecimiento injusto, aprovechándose de una situación extraeconómica para lucrarse, y del estado de temor creado con la conminación condicional, por lo que, a diferencia del primer caso, en que la atipicidad resulta de la permisón por la ley de la conducta con que se amenaza, en este último el delito de amenazas se genera porque el mal es claramente injusto, antijurídico o contrario a derecho, al querer obtener un beneficio, por el silencio, no autorizado moral ni legalmente, dándose así aplicación a la justa teoría del pensamiento en relación, patrocinada por la mejor doctrina científica, para discriminar ambas situaciones radicalmente diferentes en su contenido y consecuencias. (S. 19 enero 1968.)

80. Artículo 494 (*Amenazas*).—El derecho al sosiego y tranquilidad personal, que se disfruta actuando con libertad y seguridad en el concierto de las relaciones interindividuales humanas, se lesiona o infringe cuando el agente obligue a medio del anuncio de un mal a otra persona a actuar determinadamente, sin permitirle decidir libérrimamente o por propia decisión en el proceso constitutivo de la voluntad, debiendo ser tal mal de condición real, verosímil o posible y además suficiente, a la vez que necesariamente injusto, para que comine, intimide o presione el ánimo, por el temor de recibirlo él mismo o su familia en las personas, honra o propiedad, apareciendo en dicho caso el delito de amenaza, que requiere en su estructura esencial normativa la presencia de un mal que puede o no ser constitutivo de infracción penal, y condicional o incondicional, lo que influye complementariamente en el alcance de la penalidad, pero que siempre ha de manifestar carácter antijurídico, por ser contrario a derecho, y que en el caso del artículo 494 representa una amenaza condicional lucrativa de un mal que no es delito, y que se puede manifestar ordinariamente bajo la forma del *chantaje*, de exigir un provecho económico para no revelar un secreto cuya publicidad puede causar molestias más o menos graves aunque se trate de hechos ciertos. (S. 13 marzo 1968.)

81. Artículo 496 (*Coacciones*).—Para determinar el alcance de la coacción o presión moral, compeliendo a una persona a realizar lo que la Ley no prohíbe, pero forzando su voluntad a ejecutarlo, es preciso valorar en primer término la cultura, educación y ambiente social en que se desenvuelvan los sujetos activo y pasivo intervinientes. (S. 6 abril 1968.)

El matiz diferencial entre el delito de coacciones previsto en el artículo 496 del Código penal y la falta contra las personas tipificada en el número 5.º del artículo 585 del mismo ordenamiento suele situarse en una variada serie de factores consistentes de ordinario en la gravedad del medio utilizado por el culpable para obligar a la víctima a hacer o a omitir, la intensidad de la violencia ejercida por un sujeto sobre otro, la índole y naturaleza en el modo de operar, así como la entidad, alcance, significación y repercusión tanto de hecho como en su caso jurídica del objetivo per-

seguido por el acusado, esto es, la trascendencia del acto o de la omisión al ofendido imputada. (S. 6 febrero 1968.)

82. Artículo 500 (*Delitos contra la propiedad*).— En líneas generales los delitos contra la propiedad tienen en nuestro Derecho una base extrapenal representada por la necesaria asignación del dominio o la posesión a título de dueño a persona distinta del acusado, que viene a ser el sujeto pasivo destinatario del delito. Este inexcusable presupuesto de ser «de ajena pertenencia» la cosa o bienes afectados por la realización del delito es de ordinario de fácil acreditación pues el imputado no suele negar el dominio de la víctima, y para entender cumplida esta exigencia probatoria basta acreditar la preexistencia en el patrimonio del perjudicado de las cosas en cuestión, justificación muchas veces formularia, porque, no discutida la relación dominical y cuando menos implícitamente reconocido, no se reputa usualmente necesarias mayores probanzas.

En contrario sentido, a veces ocurre que el acusado no sólo no reconoce el ajeno dominio sino que expresamente lo impugna, pretendiéndose único de los bienes sobre los que gravitó su actuación dispositiva que según la posición acusatoria era animada de un claro y doloso propósito defraudatorio. En estos casos, cuando no existe en favor de la supuesta víctima un título fehaciente e indiscutible que eficazmente justifique la propiedad discutida o que por lo menos enerve el alegado por el reo, el acusador que pretende imputar y lograr condena ha de probar cumplidamente la realidad y certeza de su dominio, bien por aparecer fundado en un título auténtico o en actos indubitados de posesión (art. 6.º de la L. E. Crim.), en cuyos casos es posible que el Tribunal Penal decida la cuestión dominical, fundamental y básicamente prejudicial «al sólo efecto de la represión»; o puede acaecer que no exista la autenticidad documental o los actos posesorios indubitados, en cuyo caso dada la contraposición es menester que las partes acudan directamente, o que incluso el Tribunal de Instancia tome por sí y de oficio la iniciativa, de provocar la pertinente cuestión prejudicial remitible al Tribunal Civil competente, con la apertura consiguiente de una crisis suspensiva del curso del proceso penal hasta la definitiva resolución de la cuestión prejudicial que se hubiera planteado. (S. 6 mayo 1968.)

83. (*Robo*).—La utilización por el sustractor de la cosa de que se apoderó con ánimo de lucro implica la consumación delictiva, de conformidad con la doctrina de esta Sala, entre otras en sus SS. de 20 de abril de 1953, 15 de marzo de 1957 y 21 de junio y 16 de diciembre de 1965, pues para la estimación de ese grado de ejecución es suficiente que tenga el reo a su disposición y por algún tiempo lo sustraído, y el procesado lo tuvo por cuanto que utilizó en su propio beneficio la ropa que arrebató a su víctima, no obstante ser detenido momentos después y hallado en su poder el fruto de su punible acción. (S. 18 junio 1968.)

84. Artículo 501 (*Robo con lesiones*).—El delito de robo con lesiones y los efectos que produce cuando es cometido por un consorcio criminal, en el que se produce una auténtica comunicación de responsabilidades a todos los intervinientes previa o simultáneamente concertados, se trata de un delito

complejo con dos gérmenes causales de criminalidad en su producción, lesiones y robos, por cuyo íntimo enlace de medio a fin constituyen una sola figura delictual indivisible, representando un supuesto de plena coautoría para todos los que concurren al robo, aunque no tomen parte en las lesiones o no intervinieren en la causación de todas ellas, creándose esta vinculación, aunque lo previamente convenido fuera sólo la realización de un robo, si llegaran a producirse por cualquiera de los concurrentes muerte o lesiones sin que los demás presentes trataran activamente de impedirlo, pues tal pasividad produce la convertibilidad del concierto de robo en un concierto tácito y simultáneo de robo y homicidio o robo con lesiones. (S. 24 febrero 1968.)

85. Artículo 504 (*Robo con fuerza en las cosas*).—El escalamiento existe cuando el delincuente utiliza una vía distinta de la normal para penetrar en el lugar, siendo indiferente la mayor o menor altura que tenga que salvar para ello. (S. 26 marzo 1968.)

Apoderarse de cosas en el interior de un coche, rompiendo la capota del mismo, constituye robo, pues, aunque se entienda que el techo del número 2 del artículo 504 del Código penal se refiere precisamente al de un edificio, lo que es una interpretación restrictiva que no figura en el texto legal, sería en último término aplicable el número 3 del mismo precepto, que se refiere a la fractura de toda clase de muebles u objetos cerrados. (S. 1 marzo 1968.)

El artículo 504, número 4, del Código penal asimila a robo con fuerza en las cosas la conducta de ejecutar el apoderamiento de bienes ajenos, usando de llaves falsas, gonzúas u otros instrumentos semejantes, por quebrantarse la defensa de la propiedad, que resulta la cerradura, que ampara el derecho de posesión exclusiva de las cosas, a medio de acto de autoridad propia prohibida, que ilícitamente produce desposesión por actividad aprehensiva, y el artículo 510 del propio Cuerpo legal, al lado de las llaves propiamente falsas de los números 1.º y 3.º, asimila a ellas por extensión legal las legítimas cuando hayan sido sustraídas al propietario o titular de la disponibilidad, por atender para determinar la ilegitimidad a la manera en que la adquisición se produjo por el agente; y en el término sustraer se deben incluir, por su misma generalidad semántica abstracta, todos los medios que hagan posible la dolosa adquisición ilegal, y sin la voluntad expresa o presunta del propietario o encargado legítimo de las llaves, manifestada ostensiblemente, y su posible uso diferente al establecido, y por tanto encaja en él, tanto la toma subrepticia y el hallazgo, como el quitarlas y arrebatarlas con violencia, como por fin la adquisición engañosa de las mismas, pues dicha sustracción acoge el hurto, el robo y la estafa de la llave, porque en todas estas formas de actuación la desposesión sustractora es evidente, contrariando la voluntad real, y la ilícita adquisición, notoria. (S. 25 marzo 1968.)

86. Artículo 506 (*Casa habitada*).—El artículo 506, número 2.º del Código penal estima como agravante específica del delito de robo el cometerlo en casa habitada, siendo la *ratio legis* de este aumento de penalidad, de un lado, la más perversa voluntad del agente que acepta las posibles consecuencias de enfrentamiento defensivo lícito de los moradores, y de otro, el superior

peligro que la acción supone para éstos, a pesar de estar amparados por la protección de la inviolabilidad del hogar a que tienen derecho, todo ello en unión del allanamiento de la casa ajena que la conducta representa, que se subsume en el robo, pero que le otorga mayor gravedad; y el artículo 508 del propio cuerpo legal estima que tal casa habitada es la que constituye la morada de una o más personas, aunque se encuentren accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviera lugar, y como dicha morada ha de tenerse indudablemente la habitación de un hotel que sirve para alojar y dormir al huésped, por ser lugar de acogimiento privado, autónomo y reservado, o de estancia de persona en individual uso, que representa un derecho de exclusión indudable, tan digno de respeto como la propia casa, a pesar de la coexistencia de otros huéspedes con derecho al disfrute de otras habitaciones individualizadas y concurrencia en él de elementos comunes, pues los intereses protegidos anteriormente expuestos también aquí concurren de manera indudable. (S. 25 marzo 1968.)

87. Artículo 512 (*Robo con violencia en las personas; consumación*).—Al determinar clara y expresamente el artículo 512 del Código penal que 'a consumación del complejo se origina al producirse el resultado «lesivo para la vida o integridad física de las personas», aunque haya imperfección en lo patrimonial, no hay duda que requiere gramatical y normativamente un acto agresivo, que al menos dañosamente lesione o hiera el cuerpo humano en su salud física o en su integridad corporal, con un resultado material cierto y mensurable cuantitativamente en lo objetivo, según los artículos 420, 422, 582 y 583, número 1.º del mismo cuerpo punitivo, quedando al margen de su dicción y espíritu las violencias, malos tratos, forcejeos e intimidaciones consumadas, que, aun significando *per se* atentados personales, no contienen resultados lesivos de ninguna clase para la integridad física del sujeto, que queda intocada, pues no son por su contenido material ni por su condición técnica lesiones en sentido estricto, según deriva de lo dispuesto en los artículos 585, número 1.º y 496 del Código penal, y no es posible ampliar extensivamente ni por la vía de la analogía en perjuicio del reo y del humanitarismo interpretativo la situación prevista, haciéndola abarcar supuestos que su dicción precisa excluye negativamente, al exigir lesión de la integridad física, por lo que en dichos casos de violencia sin efectos lesivos ha de regirse el hecho por las normas ordinarias sobre formas delictuales imperfectas de frustración o tentativa, dejando a un lado el artículo 512 citado, que, como se dijo, acoge únicamente el robo violento con resultados personales evidentemente lesivos. (S. 16 marzo 1968.)

88. Artículo 514 (*Hurto*).—Para matizar dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal los delitos no violentos contra propiedad mueble hay que atender a la existencia o no de un negocio jurídico en virtud del cual la cosa ingrese en el patrimonio del culpable; pues cuando media un negocio de esa índole, aunque sea ficticio o ilegítimo, y hay por tanto un concurso de voluntades para el desplazamiento patrimonial, el delito de hurto, dado el texto literal del artículo 514 del Código penal, no puede cometerse, al contemplar ese precepto un acto unilateral del infractor, puesto de manifiesto con el verbo «tomar» que utiliza, y cuyo significado gramatical de

coger o asir una cosa no cabe identificar con el de recibir de significado opuesto, que el Código emplea para tipificar el delito de apropiación indebida, en el que median siempre dos voluntades, la del que hace la entrega y la del que recibe la cosa. (S. 28 marzo 1968.)

Comete este delito el que toma dinero que por error le entrega otra persona, y, consciente del error, lo retiene para sí, según tiene declarado la S. de 26 de febrero de 1945. (S. 23 marzo 1968.)

Reiteradamente tiene declarado este Tribunal que en el delito de hurto no es preciso que el lucro propuesto por el culpable llegue a obtenerse efectivamente, es decir, que el agente reporte el provecho, la ventaja o satisfacción que aspiraba a obtener, bastando el ánimo de lograrlo. (S. 21 mayo 1968.)

En el delito de hurto es necesario que la cosa mueble que hace tránsito del sujeto pasivo al activo tenga una estimación efectiva y valuable, incluso susceptible de algún modo de determinarse económica o dinerariamente, no ya por demandarlo las normas contenidas en el artículo 515 del Código penal, que establecen la penalidad graduándola precisamente en función del valor de la cosa hurtada, sino porque el mismo Código se refiere en el artículo que precede al citado a la intención y al ánimo de lucro que debe asistir al reo, ordinariamente coincidente aunque de signo contrario con el perjuicio o empobrecimiento patrimonial a experimentar por el ofendido. (S. 21 mayo 1968.)

89. Artículo 516, número 2 (*Hurto con abuso de confianza*).—El delito de hurto se pena con notoria mayor extensión cuando concurre la circunstancia agravante específica de abuso de confianza, establecida en el número 2.º del artículo 516 del Código penal, ya que por su misma condición subjetiva y estructura ética requiere para forjarse que el agente posea un «plus» de dolo o superior perversidad y peligro, al romper relaciones basadas en la amistad, fidelidad o vínculos contractuales, personales o sociales que mantuviera con la persona perjudicada por la sustracción, la que por estimarse segura de un proceder leal y ajeno a toda sospecha por parte de aquél cree y espera de buena fe que será fiel a su cometido, relación u obligación por derivarse así del normal desenvolvimiento de los vínculos anteriores entre ellos existentes, y que sin embargo sorprendentemente quiebran ante el ataque lesivo del irrespetuoso delincuente, que se aprovecha indudablemente de las mayores facilidades que la situación ventajosa le proporciona y de la ausencia o disminución de defensas para realizar su propósito criminal de provecho económico, infringiendo a la vez las obligaciones, ya jurídicas, ya morales o ya sociales, de indeclinable acatamiento en la vida de coexistencia armónica humana; y dentro de este general contenido, es indudable que el vínculo social de simple amistad, cuando por su misma dimensión y esencia signifique entrega y confianza, que se quiebra para aprovecharse de la fe y afecto que se concede liberalmente por quien no la merece, y es la causa inmediata que facilita el apoderamiento, encaja indudablemente en esta forma de agravación, que protege, contra la persona que no es leal ni acreedor a continuar siendo depositario de la *fidelitas*, al poner la amistad al servicio de la acción criminal, que destruye unilateral y provechosamente, por preferir los valores utilitarios, que le permite in-

debidamente e ilegalmente alcanzar, sobre los espirituales de donación y comprensión personal recíproca. (S. 8 abril 1968.)

Cfr. § 98.

90. Artículo 516 número 3 (*Hurto agravado por la reincidencia*).—Lo decisivo es que el autor haya sido condenado anteriormente en firme por hechos considerados delitos en el momento de su comisión y castigo, aun cuando, en virtud de posteriores reformas de la ley penal relativas a cuantías, tales hechos ya no serían castigados como delitos en el momento de apreciación de la agravante de reincidencia. (S. 4 enero 1968.)

91. Artículo 519 (*Alzamiento de bienes*).—La figura delictiva de alzamiento de bienes precisa para su nacimiento la existencia de acreedor o acreedores que ostenten créditos exigibles, y la de deudor que con el propósito doloso de eludir el compromiso de obligaciones contraídas haga desaparecer sus bienes, o en virtud de un acto de enajenación o por cualquier otro procedimiento tendente a hacer completamente ineficaz la acción de aquéllos. (S. 27 enero 1968.)

92. Artículo 520 (*Quiebra*).—La declaración de quiebra hecha por los Tribunales civiles produce efectos puramente mercantiles, y si es requisito esencial de procedibilidad en lo penal, no vincula a la jurisdicción de este orden, que puede juzgar libremente la conducta del quebrado en su aspecto criminal para concluir afirmando o no la existencia de delito, pues que en otro caso sólo le correspondería imponer las penas, quedando privada de lo más esencial de su función, que es hacer la calificación jurídico-penal de los hechos cometidos sin prescripción legal al respecto.

El hecho de que el quebrado no llevara los libros de comercio que como necesarios prescribe el artículo 33 del respectivo Código, dando lugar con la omisión a que su quiebra fuera declarada fraudulenta, no es bastante para atraer sobre sí la sanción del artículo 520 del Código penal, si no se prueba que obedeciera la falta al propósito de defraudar a la masa de acreedores, pues ni el incumplimiento voluntario de tal obligación origina la aplicación de este precepto ni tampoco que por él causara determinados perjuicios; y como el no llevar esos libros obedeció a que creyó que podía prescindir de ellos por la escasa importancia económica de su negocio, el ánimo defraudatorio o dolo específico del delito del precitado artículo no se advierte. (S. 29 marzo 1968.)

93. Artículo 528 (*Estafa*).—Para que exista el delito de estafa ha de producirse por el agente una conducta dinámica, formal y culpabilista, constitutiva de engaño, que, plena de ánimo de lucro, genere en el sujeto pasivo con su inautenticidad un error esencial en la voluntad, que le determine a disponer de bienes patrimoniales con detrimento económico o perjuicio material, por lo que la existencia de la infracción requiere que el artificio, falacia, simulación o maquinación insidiosa que es el engaño en esencia opere como causa ideal del final desplazamiento patrimonial, que ciertamente defraude o perjudique, estando integrado este último elemento objetivo y real que consuma el delito por una sensible disminución del patrimonio del mismo engañado o de otra persona en cualquiera de aquellos

valores económicos que son reconocidos en amplísima gama por el Derecho como integrantes del fondo de valores personal, y que necesitan determinarse numéricamente, por emplearse en el artículo 528 del Código penal, para la penalidad de la estafa un sistema de escala de valores en relación a la cuantía del perjuicio que se haya padecido indudablemente. (S. 6 mayo 1968.)

94. Artículo 529 (*Estafa*).—La concepción más simple y admitida de la estafa, como conducta humana engañosa, plena de ánimo de lucro, que opere en función de medio, forjando en otro un error que produzca finalísticamente una defraudación por acto de disposición perjudicial, revela que aquel elemento psicológico e ideal, artificioso y falso en su mendacidad, ha de ser determinante de este requisito objetivo o real a la vez que externo del perjuicio, con la disminución ostensible del patrimonio del mismo engañado o de un tercero, unidos ambos en adecuada relación de causalidad; pero por tal vinculación indisoluble entre ambos presupuestos poco importa que exista un engaño, siempre censurable en el orden moral, si no obra como causa de un indudable perjuicio material patrimonial, ya que entonces no puede surgir tal figura delictiva, al faltarle el elemento esencial material de la defraudación, como ha dicho con harta reiteración la doctrina tradicional de esta Sala, que exige su presencia conocida, cierta, tangible y valorada económicamente, por ser la medida para la regulación de la cuantía de la penalidad según el artículo 528 del Código penal, llegando incluso en el mero supuesto de imprecisión de su alcance a otorgar la absolución, por resultar posible la inexistencia de real detrimento patrimonial y deberse aplicar el humanitario principio «pro reo» en situación de duda procesal. (S. 11 junio 1968.)

En este tema de la valoración de los medios engañosos puestos en juego por los culpables, para colegir si son o no suficientes o adecuados al fin propuesto, lejos de ser admisible un patrón o tipo único, es elemento esencial y eminentemente variable lo relativo al grado de formación intelectual del sujeto pasivo, y consecuentemente su mejor o peor disposición en orden a la receptibilidad de las capciosas sugerencias de que es objeto. (S. 1 abril 1968.)

La falta de pago requiere, para entrar en el campo penal, que exista el engaño en el momento de prestar el consentimiento y sea suficiente para mover la voluntad del perjudicado. (S. 29 marzo 1968.)

Es doctrina constante de esta Sala que la utilización de servicios onerosos careciendo de medios para satisfacerlos constituye el delito de estafa del número 1.º del artículo 529 del Código penal porque la petición del servicio lleva implícita la presunción de que se dispone de numerario suficiente para retribuirlo, siempre que las apariencias o circunstancias del solicitante no revelen lo contrario, y bajo aquella presunción se prestan en la creencia racional de que serán satisfechos; y esto, que ocurre en los contratos de hospedaje, transportes y otros similares, acaece también en el moderno contrato de alquiler de automóviles sin chófer, en que el arrendador facilita el vehículo en la confianza que inspira el solicitante, aunque se preste alguna fianza en garantía de desperfectos o por otro concepto, que, al ser inferior al valor del vehículo, deja éste bajo la salvaguardia de la buena fe; buena fe que no existe cuando se solicita el uso del coche a

sabiendas de que no se tiene medios económicos para pagar y se aparenta lo contrario. (S. 20 junio 1968.)

En hechos ejecutados por el mismo procesado con idéntico mecanismo defraudatorio, sólo diferenciados en cuanto a los protagonistas pasivos, cuantía de las cantidades apropiadas, fechas y lugares, pueblos de la misma provincia, ha establecido esta Sala, en SS. 10 y 27 junio 1967 la doctrina que sintetizada dice: que constituyen un solo delito los hechos realizados en cada pueblo pues los aglomera y ayunta el haberse producido en un acto único con unidad de pensamiento creador del engaño, que fue dirigido a una colectividad, que, si bien circunstancial y esporádica, estaba agrupada en aquellos momentos por la misma cándida buena fe, fortalecida por la necesidad común a todos, que contribuía a que con facilidad se creyesen el embaucador y bien preparado engaño, que les llevaba a desprenderse de su dinero en mayor cuantía del valor de lo que recibían, en espera de que llegase lo que se les prometía, con base en la incierta ayuda gubernamental, que sólo era una argucia del agente; por lo que no se está en presencia de infracciones plurales, las de cada población, sino de tres delitos de fraude colectivo, uno en cada pueblo. (S. 31 mayo 1968.)

Para subsumir determinada conducta en los tipos delictivos de estafa configurados en el párrafo inicial del artículo 528 y número 1.º del 529 del Código penal, es preciso que mediante aquella actividad del sujeto se produzca o intente una defraudación precisamente a través de alguno de los medios concretos que las normas taxativamente enumeran, esto es, perjudicando la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que deban entregarse en virtud de un título obligatorio, usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, bien que *in fine* el segundo de los párrafos al comienzo aludidos contenga una de las aisladas aplicaciones de la analogía en nuestra Ley penal, haciendo extensivo el precepto sancionador a quienes se valgan de cualquier otro engaño semejante, que no sea de los expresados en los casos siguientes, mas este supuesto de la aplicación analógica es incuestionable que no puede comprender una inacabable e indeterminada serie de conductas, sino que por contra es preciso que exista la posibilidad de establecer un parangón entre los actos cometidos y alguna de las modalidades comisivas expresamente previstas en el texto legal, esto es, que tratándose de una conducta que pese a no responder con exactitud a las que la norma enumera guarde con alguna de ellas una similitud que permita afirmar con base cierta que entraña un engaño semejante al esencial de una de las modalidades específicamente aludidas por el legislador. (S. 21 junio 1968.)

Es compatible este delito con el de falsedad, como ha defendido el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de febrero de 1956, 23 de abril, 8 de mayo, 17 y 19 de junio, 4 y 30 de octubre y 17 de diciembre de 1957, entre otras muchas posteriores a éstas. (S. 3 enero 1968) (Análoga doctrina en S. 9 febrero 1968.)

Los delitos de falsedad y estafa son de posible interdependencia en formas concursales, resolubles por los principios de absorción, consuntivo o alternatividad. (S. 15 abril 1968.)

Las vacilaciones doctrinales surgidas acerca de cual debe ser el adecuado tratamiento penal de los delitos de falsedad documental y de estafa en los supuestos de comisión por el mismo sujeto mediante hechos en los que sea influyente en la figura delictiva patrimonial la previamente operada de la falsedad documental con posibilidad de punición separada o independiente, de admisión del concurso ideal o de estimarse la existencia de un único delito, con bifurcación en este último supuesto en el sentido de que deban calificarse los hechos sólo como falsedad o exclusivamente como estafa, se han exteriorizado preferentemente cuando el documento considerado lo era de índole privada, y ello en razón a que el Código penal, en su artículo 306, requiere para la existencia del delito de falsedad en documento privado, como uno de sus esenciales requisitos, la producción de perjuicio de tercero o la existencia de ánimo de causarlo, elemento coincidente al menos parcialmente o en algún aspecto con el similarmente demandado en la tipificación del delito de estafa en cuanto mediante ella se produce o se pretende producir un quebranto patrimonial al sujeto pasivo de la infracción. Ausente en la descripción del delito de falsedad en documento público u oficial el requisito antes referido se simplifican notoriamente los problemas apuntados, y la autonomía de una y otra infracción criminal —falsedad y estafa— adquiere más acusado relieve, siendo patente la posibilidad de una total consumación de un delito tras otro, por concurrencia en cada una de las actividades de todos y cada uno de los elementos requeridos por el tipo respectivo. con lesiones en cada caso de un bien jurídico separado, y que a lo sumo podrá pretenderse que originen el supuesto de concurso ideal, con aplicación de las normas del artículo 71 del Código penal si la falsedad es medio necesario para cometer la estafa (S. 1 abri. 1968.)

Cfr. § 99.

95. Artículo 531 (*Defraudaciones*).—La conducta tipificada en el artículo 531, párrafo 2.º del Código penal significa, en su dinámica y consecuencias, una defraudación real, que requiere, de un lado el engaño *in rebus*, por simularse la libertad de una cosa mueble o inmueble que no lo está jurídicamente, por pesar sobre ella una carga, limitación o gravamen que se oculta, y de otro, como resultado del ardid, un perjuicio patrimonial ajeno, conseguido a medio del correlativo propósito lucrativo, pues, creyendo adquirir un bien libre y pleno del cúmulo de facultades que componen el dominio en superposición integradora y complementaria, faltan algunas de éstas, por pertenecer a terceros, con limitación que representa en definitiva una carga impuesta de condición real que generalmente garantiza el cumplimiento efectivo de una obligación; por lo que el precepto protege penalmente un especial saneamiento contra gravámenes ocultos, con base en la ausencia de buena fe y en la presencia del *dolus malus* del propietario disponente del bien gravado, que se traslada jurídica y económicamente como si estuviere liberado de todo peso o carga y con detrimento efectivo patrimonial del burlado adquirente. (S. 24 enero 1968.)

96. Artículo 533 (*Engaños*).—No pagar lo debido no presupone por sí sólo una actuación delictiva, ni el conseguir con promesas después incumplidas que no se accionara cambiariamente, ni el negar la firma ni incluso

querrellarse falsamente —hecho que podría generar un delito de calumnia o de acusación falsa— pueden en manera alguna encuadrarse en las tipificaciones penales referidas de estafa, pues, aunque haya existido un impago de deuda, falta el inicial engaño fraudulento que es el elemento básico esencial e inexcusable para generar cualquier tipo del delito de estafa, sin que el dolo *subsequens*, sólo admisible con extremada cautela, haya servido en la ocasión de autos para obtener el desplazamiento patrimonial que logrado engañosamente daría vida a la estafa. (S. 4 abril 1968.)

97. Artículo 534 (*Defraudación de la propiedad industrial*).—El delito del párrafo 2.º del artículo 534 del Código penal es una norma en blanco, integrada con los preceptos atinentes de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, que, cuando se nutre de lo dispuesto en el artículo 134 de la misma, requiere para existir la especial infracción de usurpación de patentes, el elemento dinámico objetivo de atentar a los derechos de su legítimo poseedor, fabricando, ejecutando, transmitiendo o usando con fines industriales, sin el consentimiento expreso o tácito de aquél, copias dolosas o fraudulentas del objeto de la patente, y del requisito subjetivo-culpabilista del conocimiento de la antijuridicidad del acto, que no deriva exclusivamente de la mera inscripción registral de la patente con su publicidad y atribución de la titularidad porque, de estimarse así, se podría llegar a la configuración de un dolo *in re ipsa* o culpabilidad objetiva a proscribir en el Derecho penal, sino que es indispensable la presencia además en la inteligencia y voluntad del agente de la indudable malicia que se genere por el exacto conocimiento de la pertenencia ajena y ausencia de derecho propio a la utilización e indudable deseo de causar mal sin derecho, aunque para forjar la convicción de presencia de este elemento ciertamente contribuya la indicada inscripción con su atribución de ajena titularidad, pero no de manera exclusiva y determinante. (S. 6 abril 1968.)

Es imposible incriminar a quien vende y fabrica bajo la protección de un modelo de utilidad registrado mientras tal inscripción no sea anulada en forma contradictoria y en proceso en que fuera parte el titular de la inscripción. (S. 26 enero 1968.)

Sobre el problema de si debe protegerse penalmente una marca aunque no hubiera sido previamente inscrita en el Registro de la Propiedad Industrial, la doctrina mantiene en esta difícil cuestión posiciones antitéticas, pues de una parte se sostiene que sólo los inventos o las creaciones de formas que han sido patentadas y registradas han llegado a ser un bien jurídicamente protegido, y que por consiguiente la protección penal no se dispensa si el invento, forma o signo no han sido patentados o registrados, por entender que el registro es aquí *constitutivo* del derecho protegido; mientras que por otro sector se mantiene que la defraudación en sí o apropiación de una obra ajena y su consciente explotación en propio provecho no puede tener tan angostos límites formalistas, y que el descuido o la imprevisión de un propietario no puede justificar su despojo; añadiéndose que, aunque la Ley de 1902 subordinaba el *reconocimiento* del derecho de la propiedad industrial a que se hayan cumplido las condiciones que la misma impone, es dudoso que estos trámites de forzosa exigibilidad en el ámbito civil y

administrativo lo sean con igual rigor en el penal, porque además la realidad es que este artículo 1.º lo que hace es *reconocer* el derecho, pero no puede afirmarse, como anteriormente se ha mantenido que nuestro Registro de la Propiedad Industrial sea *constitutivo*, sino *meramente declarativo*, limitándose a reconocer lo ya preexistente en la vida comercial o industrial, siendo destacable que ni el artículo 534 del C. penal, figura penal en blanco, ni el 138 de la Ley de 1902, al que se remite, contienen la exigencia de la previa inscripción registral y, si bien a efectos probatorios favorece y simplifica la cuestión probatoria la previa inscripción, no puede admitirse, en términos absolutos, que, tipificado el delito sin requerir la exigencia de la previa inscripción registral de la marca, deba tutelarse la conducta de quien voluntaria y maliciosamente, con dolo claro y ostensible, imita con propósito ilícito una marca de largo tiempo utilizada, con el propósito logrado o intentado de perjudicar los derechos del usuario de la marca, ni estimar que siempre y en todo caso la no inscripción de tal marca repercuta como verdadera exención de responsabilidad en favor del doloso y consciente imitador. Esta doctrina ha sido ya sustancialmente mantenida en la reciente sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1968. (S. 13 mayo 1968.)

La patente inscrita tardíamente no puede perjudicar derechos anteriores ni revalidar actos de usurpación, ni obsta el artículo 115, pues la patente no ha sido anulada, ni es obligado que para perseguir un delito de usurpación de patente, el previamente protegido haya de solicitar en vía extrapenal la nulidad de la patente usurpadora, puesto que es prevalente la persecución de los delitos al ejercicio de las acciones meramente civiles o administrativas, ni nada tiene que ver en el presente caso el artículo 273, meramente cautelar, que no precisa la clase de los Tribunales que podrán y deberán resolver la controversia, que en este caso por ser de índole delictiva, son los de la Jurisdicción Criminal. (S. 25 mayo 1968.)

98. Artículo 535 (*Apropiación indebida*).—La apropiación indebida, que tan sólo modernamente ha cobrado sustantividad normativa propia frente al cúmulo de modalidades de la estafa, en que aparecía expresamente catalogada, no figura dentro de aquella categoría de delitos denominados «propios» o «de propia mano», que, por razón de una expresa tipificación en el sujeto activo, no admite participación de extraños, que, en todo caso, y con escisión de la unidad técnica del delito, habrían de resultar remitidos a figuras más genéricas, en el grado y medida que a su intervención personal en el hecho pudiera corresponder, sino que sin inconveniente alguno se atiene al régimen general del concurso de delincuentes por más que sólo uno o varios de entre ellos estuviese previamente en posesión de la cosa indebidamente apropiada después a virtud de la común actividad criminal de todos ellos. En la aplicación de las normas generales contenidas en el artículo 14 del Código sobre determinación de las personas responsables criminalmente de los delitos en concepto de autores, nada se opone a que pueda y deba hacerse en el delito de apropiación indebida, admitiendo como tales no sólo a quienes toman parte directa en la ejecución del hecho, sino igualmente a los inductores y cooperadores. El delito de apropiación in-

debida no se consuma a la recepción de la cosa mueble, ya que es perfectamente admisible que inicialmente ningún propósito delictivo anime al receptor, sino que posteriormente, en posesión ya del objeto, resuelva darle un destino irregular, o mejor, ilícito, con posible conocimiento y esencial y activa colaboración de otra persona. Si está probado que hubo previo concierto para disponer ilícitamente de la cosa, recurriendo ambas voluntades de modo coincidente y total en toda su extensión el *iter criminis* desde su inicio a la consumación, agotando incluso sus últimos efectos o consecuencias, no parece arbitrario someter a ambos sujetos al mismo tratamiento penal, pese a la distribución que por propia conveniencia hicieran de determinados actos concretos a realizar por cada uno de ellos. No se trata de extender a terceras personas, en su perjuicio, circunstancias derivadas de relaciones particulares surgidas en contratos, convenciones o acuerdos a los que fue ajeno el sujeto considerado, lo que se halla prescrito en el artículo 60 del Código penal, según cuya norma no se comunican de uno a otro sujeto, en pro ni en contra, circunstancias consistentes en la disposición moral del delincuente, sus relaciones particulares con el ofendido u otra causa personal, puesto que ni agravación genérica ni tampoco específica es lo previsto en el artículo 535 del mismo Código, sino simple tipificación de una figura delictiva, en la que, requiriéndose la entrega de una cosa a virtud de cierto título, nada autoriza a eliminar la posible intervención de otras personas en el quebrantamiento del deber restitutorio, punible bajo algún supuesto (S. 27 mayo 1968.)

La *Comisión* ha de entenderse en sentido tan amplio como sea preciso para comprender dentro de él no sólo el contrato mercantil de tal contenido, sino los civiles de mandato y representación, e incluso los meros o simples encargos de actuación por otro, *nomine proprio* o *alieno*, que impongan al gestor, por confiárselo el comitente, un determinado servicio de realizar o hacer personal, dentro de cuyo contenido encaja la entrega de dinero para su transferencia a distinta persona, y también para realizar adquisiciones de cosas determinadas, cuyo incumplimiento sin causa, con el adueñamiento antijurídico referido, integra indudablemente el delito de apropiación indebida. (S. 3 abril 1968.)

En la operación mercantil bancaria de crédito pasiva denominada depósito irregular de cuenta corriente, el particular entrega al Banco dinero propio en suma individualizada que le transfiere para que disponga de él, a la vez que en trueque recibe el oportuno servicio de Caja para nuevos ingresos y pagos efectuados éstos a medio de cheques, y el derecho de que le sea restituído parcial o totalmente, en cualquier momento, otro tanto de la misma especie y calidad, por lo que en este contrato complejo, por tratarse de cosa fungible y a diferencia de lo que sucede en el depósito normal, el depositario adquiere la propiedad del dinero, pudiendo consumirlo disponiendo de las sumas, mientras que correlativamente al depositante se le concede un simple derecho de crédito, al transferir su dominio, que sólo le faculta a que el Banco tenga a su disposición igual suma que la recibida; y si ésta es la naturaleza y esencia de dicho negocio, según la unánime ciencia mercantil, el problema que constituye la determinación del sujeto pasivo en el delito de estafa cometido por la expedición de

cheques falsos contra la cuenta corriente debida a depósito irregular, en relación a la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 564 del Código penal, se ha de resolver atendiendo al elemento normativo-mercantil, de conformidad con lo que representen los respectivos derechos de las partes contratantes lesionados, y como el Banco es por lo dicho el exclusivo propietario de las cantidades de dinero depositadas en la cuenta, y el fraude a medio del engaño se consuma contra él, por pagar los cheques indebidamente sus empleados, al obrar con descuido, negligencia o falta de atención para conocer las firmas falsas que mendazmente los autorizaban como si se tratase de las del titular de la cuenta, es evidente que él es el sujeto pasivo único de la infracción criminal, tal y como con idéntica doctrina expusieron las sentencias de esta Sala de 6 de abril de 1954 y 14 de mayo de 1963, sin que su culpa pueda trascender al cuentacorrentista, poseedor de un simple derecho de crédito no ejercitado, ya que el único propietario y perjudicado por la estafa es el Banco, porque a su costa se lucró el agente y no a la de aquél, teniendo que soportar las consecuencias dañosas patrimoniales, sin poder cargar a su cliente el importe de lo que descuidadamente satisfizo. (S. 24 febrero 1968.)

Como expresa la sentencia de 5 de marzo de 1953, para que el incumplimiento de una obligación penetre en el ámbito penal es preciso que además de darse los elementos del tipo delictivo, concorra un propósito doloso inspirador, constituido por el abuso de confianza, cuando ésta haya sido la causa del traslado patrimonial, pues sólo sobre tal deslealtad puede erigirse esta modalidad del fraude punible. (S. 21 febrero 1968.)

El comportamiento del culpable excede de la conducta propia de unos vínculos obligacionales de naturaleza civil por la presencia del abuso de confianza. En este delito, contrariamente a lo que acaece en otros delitos contra la propiedad, no es necesario que el dolo aparezca inicialmente, sino que es bastante que surja subsiguientemente, en momento posterior. (S. 28 febrero 1968.)

El difícil deslinde conceptual y práctico, generador de importantes consecuencias por su diferente penalidad, entre el delito de hurto con abuso de confianza de los artículos 514 y 516, número 2.º y el de apropiación indebida del 535 del Código penal, desde época reciente viene siendo realizado por esta Sala cohibiendo en lo posible el alcance exclusivo de conceptos puramente civiles, para cohonestarlos más bien con los de posesión penal y los derivados del elemento culpabilista, impidiendo así extender el hurto en detrimento de la otra figura penal más beneficiosa en general para el reo, y atendiendo principalmente a tal fin a la distinción jurídica y puramente gramatical de los verbos «tomar» y «recibir» que los tipos emplean para matizar la esencia de cada uno de dichos delitos, a cuyo efecto y en definitiva debe ponerse la atención en el título por el que se hizo la entrega de la cosa al agente, así como en la misma cualidad de su tenencia, de acuerdo a su alcance material más que jurídico privado, estimando que tal clase de hurto surge: cuando la cosa se recibe en mera tenencia accidental y precaria, conservando el dueño la posesión, que es atacada en su raíz e incluso en el derecho dominical, a medio de la desposesión que supone el apoderamiento antijurídico por parte del sujeto

activo, sin la voluntad del propietario que nunca consintió en el desplazamiento; y por el contrario, se comete la apropiación indebida cuando el dueño otorga con ánimo de propia desposesión un efectivo desplazamiento posesorio en favor de otra persona, traducido en la tenencia más o menos dilatada de la cosa mueble en depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, y como la posesión temporal trasladada debe cesar o cancelarse entonces, si al llegar tal momento no se reintegra lo recibido por retención arbitraria, esto es, si cuando sin necesidad de desposeer al propietario se genera al adueñamiento, es el instante en que por acto de autoridad propia prohibida se quebranta el título generador de la relación jurídica y se comete el delito, al hacer suya el agente la cosa mueble o dinero que poseía por la confianza que inspiraba al que se le había entregado y que deslealmente quebrantó.

Al no poder exigirse en el delito de apropiación indebida un desplazamiento posesorio con facultad de disposición de la cosa o dinero, por no resultar del artículo 535, cuyo contenido debe respetarse evitando extensivas interpretaciones, es evidente que el concepto de «comisión» que en tal figura se emplea no ha de entenderse en su acepción estrictamente mercantil, sino, según el general conocimiento del hombre medio, en otra más amplia, que venga a acoger tanto la pura representación como el mandato *proprio o aliento nomine*, como por fin los meros encargos o gestiones, pues en todos ellos se tralada la posesión con facultades superiores a la de simple entrega y con cometido ejecutivo de alguna complejidad; y por tanto, el cobrador de letras de un Banco en los domicilios de los librados, que recibe a su cargo los efectos, gestiona su presentación y cobro, percibe éste y luego rinde cuentas opera no como un administrador pues se desconoce pueda hacer pagos, pero sí como un comisionista, en el sentido de gestor y encargado, que rebasa en su función el cometido simplemente laboral y sin propia iniciativa pues lo efectúa a medio de un título jurídico o razón de entrega que le convierte en poseedor legítimo siquiera sea transitorio de los efectos cuyo cargo aceptó, y cuyo recibo dinerario firma liberatoriamente obligando al Banco, y no es simple tenedor porque la devolución de éstas requiere otro acto del comitente, cual es el de la liquidación de cuentas. (S. 24 febrero 1968). (Análoga doctrina en SS. 11 marzo y 8 junio 1968.)

99. Artículo 535 bis (*Cheque en descubierto*).—El cheque, incluido dentro de los documentos mercantiles que como medios sustitutivos del pago de deudas en dinero autoriza el artículo 1.170 del Código civil, tiene determinada esa función dinámica por su misma naturaleza en los artículos 534 y siguientes del Código de comercio, de medio o instrumento análogo, aunque no idéntico, al pago directo en numerario, pero con los efectos de éste, cancelando deudas ya nacidas o preexistentes, que se solventan solutoriamente si la orden de abono que contiene en favor del tenedor y a cargo del librado se realiza por la existencia de la previa provisión de fondos y su material abono; y el artículo 535 bis, párrafo 1.º del Código penal trata de proteger la fuerza objetiva del cheque permitiendo su fluida y eficaz circulación, y de salvaguardar la confianza que debe inspirar en el

tráfico cambiario, haciendo que se emplee seria y debidamente como medio eficaz de pago cuasi-monetario, castigando las conductas contrarias a estos fines y que lo desnaturalizan, exigiendo la presencia de dos requisitos para que constituya tal delito su falaz expedición: uno, atinente a la subjetiva culpabilidad, de entregarlo el librado a sabiendas, o con dolo engañoso, de inexistencia de provisión de fondos suficiente para hacerlo efectivo en el momento de presentarlo al cobro; y otro objetivo, que actúa como elemento único de tipicidad formal, de darse «en pago», o sea, con fines solutorios o extintivos del cumplimiento de una obligación, por traer causa de prestación del tomador, cuya contraprestación representa en función bilateral onerosa, produciendo esta exigencia, de un lado, la consecuencia de eliminar de su ámbito y resultar atípicas las funciones de libramiento que se dirijan a diferentes fines que al de pago, ya sean crediticias, de fianza o de otorgamiento constitutivo contractual incluso —préstamos, depósitos, etc.—, y de otra significa una *datio in solutum* de efectividad de obligación y su prestación debida por el deudor, que debe interpretarse en el más amplio sentido dentro de su peculiar y genérico contenido, para permitir liberarse por el cheque del cumplimiento de tan citada prestación recíproca pecuniaria, cualquiera que sea la causa antecedente. (S. 20 junio 1968.)

El delito del artículo 535 bis del Código penal incrimina la conducta del que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente, a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión suficiente de fondos para hacerlo efectivo, por lo que, siendo este delito de condición enteramente formal, no debe interpretarse extensivamente su contenido sustancial, sino más bien restringir su ámbito, lo que sucede con el hecho de oposición al pago que el «bloqueo» de la cuenta supone, por ordenar el librador al Banco, una vez expedido el cheque, que no lo pague al tenedor, figura que, aunque suponga una revocabilidad que ampare en muchos casos la mala fe y desarticule la seguridad del tráfico mercantil, sin embargo es penalmente atípica, porque en su manifestación no puede asegurarse que falte la provisión de fondos, que existe aunque retenida e inoperante, revelándose la ausencia de un requisito objetivo y esencial del tipo penal, que conduce a la imposible inclusión dentro del mismo, pues la consagración dogmática del legalismo que representa la tipicidad, con la previsión abstracta del delito, no puede permitir que, aun llegándose a la misma consecuencia práctica que con la expedición del cheque en descubierto, se amplíe la abstracta formulación positiva a supuestos no acogidos directamente en ella, como no está acogido el bloqueo de fondos. No puede ignorarse, sin embargo, que tal actuación, si produce el incumplimiento del pago, con la consecuencia de quebrantar el patrimonio del acreedor, a medio de indudable mala fe, que dé vida al elemento culpabilista del engaño, puede estar incurso en el delito de estafa del artículo 529, número 1.º del Código penal, sin que sea preciso a tal fin interpretar estrictamente la cronología del engaño con preferencia a la entrega de la cosa, al sustentarse tal delito en el deseo de defraudar, siendo suficiente sólo que preceda al efectivo desplazamiento patrimonial que resulta el contenido material y típico del delito de estafa, por lo que basta para su

existencia que el ardid engañoso sea en el tiempo anterior a la defraudación lograda, con independencia de la entrega primaria de los objetos materiales, pues tal interpretación tiene su apoyo en la mejor doctrina científica, en la unidad conjunta del dolo tan necesario y en la doctrina de las sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 1958 y 10 de febrero de 1964, que se apoyan en la estructura ideológica de la estafa y su tipificación sobre la base del «que defraudare a otro» y en que la defraudación requiere un proceso de actividades que se perfeccionan y consuman al burlar el crédito, no al obtener materialmente la cosa. (S. 22 febrero 1968.)

En el aspecto estrictamente penal, lo que demanda el artículo 535 bis del Código es que no haya fondos en el momento de ser presentado al cobro, y ni siquiera en el limitado campo civil o mercantil cabe aducir que es bastante que en cualquiera de los cinco días previstos en el artículo 531 del Código de comercio existan fondos en la cuenta corriente de la entidad librada, ya que tal norma no puede coartar al tenedor en su pretensión de efectividad en cualquier instante, sino que únicamente altera el contenido de los recíprocos derechos y obligaciones entre los sujetos interesados, si el tenedor deja transcurrir el repetido plazo de cinco días sin gestionar el cobro. (S. 6 abril 1968.)

La redacción del artículo 535 bis del Código penal no permite concluir que todo cheque antedatado quede fuera del ámbito penal, y que sólo sea punible cuando se entregue en pago de mercancías adquiridas por compra, porque al hablar la ley de dar «en pago» la amplitud del concepto abarca la liberación de cualquier deuda sea cual fuese la naturaleza u origen de la misma, y al decir que se da a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá provisión de fondos, esa frase «en el momento» seguida del verbo haber en futuro imperfecto da a entender que comprende no sólo el momento de la expedición sino el fijado para su efectividad, cuando el librador sepa que en ese instante no tendrá hecha provisión de fondos, y entregue el documento con plena conciencia de que no podrá ser hecho efectivo; por lo que es preciso discriminar en cada caso el concepto en que se hace la entrega, para excluir del área del delito los que se den como promesa o pacto de un pago aplazado, y matizar el conocimiento que tenga el librador de su posibilidad de tener numerario suficiente en la fecha convenida para el pago. (S. 15 junio 1968.)

No impide la existencia del delito el hecho de que el cheque se emitiera sin consignar en letra la fecha de expedición y sin indicar si era emitido al portador, a la orden o a favor de persona determinada. (S. 16 enero 1968.)

La circunstancia de que una cuenta corriente tenga gran movimiento de fondos con alternativas de saldos acreedores y deudores no obsta a la comisión de la peculiar figura delictiva prevista en el párrafo 2.º del artículo 535 bis del Código penal, que, después de tipificar en el párrafo 1.º una modalidad penalmente dolosa, con anómala sistemática encuadra en el 2.º un delito culposo que representa también: a) el dar en pago un cheque o talón de cuenta corriente; b) que en el acto de ser presentado al cobro no hubiera provisión de fondos para hacerlo efectivo, y c) que ello ocurra sin conciencia plena de que no existirían fondos en el momento de ser presentado el talón, sino por la negligencia del librador consistente en no

comprobar si por el curso y giro de la cuenta estaría oportunamente dispuesta la necesaria provisión de fondos; y como es la expresada responsabilidad culposa de contenido negativo al no comprobar el saldo y las oscilaciones de la cuenta la base y esencia del delito incriminado, es también indudable que la actuación negligente del acusado es coincidente con la conducta que el precepto citado describe. (S. 14 mayo 1968.)

100. Artículo 536 (*Defraudación de fluido eléctrico*).—La expresión del artículo 536 del Código penal de «cometerse defraudación utilizando ilícitamente la energía eléctrica» no se refiere al destino finalístico que se le otorgue a la misma, para determinar la antijuridicidad de la conducta sólo cuando resulta su empleo ilícito, sino que se refiere a la manera prohibida de lograrla subrepticamente, con ánimo doloso y perjuicio evidente del defraudado, no consentida por causa contractual o legal que legitime o justifique la conducta de la toma indebida del fluido, fijando por tanto el elemento de la antijuridicidad de la acción como juicio objetivo de desvalor o reprochabilidad objetiva de lo que es en concreto injusto, por lo que resulta irrelevante ese destino dado a la corriente sustraída, al tener la condición de ilícita por la acción de toma ilegal y no por su destino; siendo de exponer que, si bien el número 1.º de dicha norma penal castiga una actividad de mero riesgo y la del 2.º sanciona el resultado de la conducta, por comprender aquélla la simple instalación de mecanismos para utilizar energía ilícitamente y acoger ésta la utilización de los mismos, es evidente que el segundo tipo absorbe y embebe al anterior del que es una progresión material y ampliativa. (S. 17 enero 1968.)

101. Artículo 546 bis a) (*Receptación*).—Los elementos que integran el delito incriminado en el artículo 546 bis a), párrafo 1.º del Código penal son: a) el elemento cognoscitivo normativo de tener conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes; b) el elemento comisivo de aprovecharse para sí de los efectos del mismo con manifiesto ánimo de lucro; c) el elemento de accesoriadad, por la conexión evidente entre la apropiación indebida y la receptación provechosa, y d) el elemento negativo de la no participación en la apropiación indebida principal de la que es accesoriamente conexa la receptación. (S. 20 febrero 1968.)

Constituyendo el delito de receptación o encubrimiento autónomo con ánimo de lucro, el aprovechamiento personal de los efectos de una infracción criminal ajena, requiere para manifestarse, además de este requisito objetivo y dinámico, el típicamente subjetivo o cognoscitivo normativo de que el receptor tenga conocimiento de la infracción cometida contra la propiedad, del que depende en función accesoria la receptación, que al producirse favorece la realización de aquél, atacando a su vez el dominio del perjudicado; y teniendo su base sustantiva en el ánimo de lucro, característica final de la culpabilidad que lo nutre, o lo que es igual, en el «aprovechamiento para sí» de que habla el art. 546 bis a) del Código penal en el tipo básico, es preciso determinar si la consumación del acto receptatorio se produce con la simple adquisición de los efectos por el receptor, o requiere el posterior aprovechamiento efectivo de los mismos por actos

de disposición beneficiosos, lo que influirá en la posibilidad de la más o menos amplia admisión de las formas imperfectas de dicho delito; y atendiendo al sentido de la doctrina de esta Sala, expuesta de manera implícita pero clara en SS. de 20 de mayo de 1959 y 14 de noviembre de 1961, al decir que el aprovechamiento se logra desde el momento en que los objetos quedan a la libre disposición del adquirente, y que no es necesario enajenarlos, por ser suficiente la adquisición del receptor para consumir la receptación, es evidente que no puede aceptarse la posición que mantiene ser preciso para ello un enriquecimiento con efectivo aprovechamiento de la cosa receptada por resultado real y por lo mismo con disponibilidad posterior provechosa del receptor hacia terceros, sino que es bastante, por resultar más conforme a la naturaleza del delito, y ser equivalentes los conceptos de aprovechamiento y adquisición, la mera posibilidad de goce conseguida por el potencial aprovechamiento de los efectos, una vez adquiridos por el receptor, con consumación anticipada y objetiva, por el indudable desplazamiento del señorío dominical en su favor realizado, pues tiene en su poder abstractas posibilidades de utilizarlos o disponer de los mismos, lo que de lograrse significaría el agotamiento y consumación real subjetiva, por alcanzarse el total fin buscado, pero el hecho trascendente de la adquisición ya implica un auténtico dominio sobre los efectos, con el correspondiente subjetivo o personal provecho que puede o no ampliarse con la reventa o simplemente consumirse y retenerse, mas en cualquier supuesto la consumación operó, pues el verbo reflexivo de aprovecharse, empleado en el tipo, aunque indica lucro, lo admite en la posibilidad de goce dominical propio o para sí —dolo finalístico—, por lo que en definitiva se trata de un delito de aprovechamiento, que se produce consumativamente al adquirir los efectos del delito, con deseo de beneficio económico y posibilidades abstractas o potenciales de disponibilidad, lléguense éstas o no a alcanzar, como entiende la mejor y más amplia doctrina de los penalistas españoles. (S. 5 abril 1968.)

102. Artículo 565 (*Imprudencia*).—La distinción entre la culpa civil y penal radica en que la culpa civil dimana de todo acto que pueda dar lugar a responsabilidades y la culpa penal requiere las notas de la tipicidad y la punibilidad además. (S. 14 junio 1968.)

Nuestro Código penal, que de ordinario en su parte especial relata conductas humanas que de llevarse a cabo configuran ilícitos penales punibles, excepcionalmente en el artículo 565 y en algún otro no configura en hechos quién incide en imprudencia punible en cualquiera de sus grados, y como la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado una y otra vez el carácter autónomo de los delitos culposos con relación a los correlativos dolosos de etiología y desenvolvimiento enteramente distintos, es preciso, ante la omisión enunciativa de este artículo, sin duda justificada por la gran pluralidad de hechos que pueden traducir la existencia de imprudencias punibles, buscar en preceptos reglamentarios índices de conductas infractoras que cualitativamente ponderados puedan representar graves acciones u omisiones culposas, simples imprudencias conjuntadas con infracciones reglamentarias, o simples imprudencias, mínimos descuidos, sin correlativas desobedien-

cias a preceptos reglamentarios, sin olvidar por último la posibilidad de que ciertas infracciones reglamentarias por su mínima gravedad, por su escasa entidad y carencia de resultados no supongan imprudencia de clase alguna, y deban ser sólo sancionadas en la esfera administrativa, y todo ello bajo el índice y denominador común de la mayor o menor «reprochabilidad social» de los actos imprudentes, que es la más clara justificación de la punición de los actos culposos que consiguientemente no son ni intencional ni maliciosamente queridos. (S. 1 marzo 1968.)

El artículo 565, a diferencia de la mayoría de los restantes preceptos de la parte especial del Código penal, no tipifica como delictivas concretas acciones u omisiones que vienen a ser punibles para quien hiciera u omitiera lo mismo que el precepto describe; sino que por el contrario, al hablar de imprudencia temeraria en el párrafo 1.º; de simple imprudencia o negligencia conjuntada con infracción de reglamento en el número 2.º, de simple imprudencia o negligencia sin infracción reglamentaria en el artículo 586-3.º en cuanto a males causados a las personas; y también de «imprudencia o negligencia simples», sin infracciones reglamentarias productoras de daños en las cosas en el artículo 600, todos del Código penal, excepcionalmente no describen conductas ilícitas sino «conceptos consecuencia» puesto que por determinados actos, que de mediar malicia darían lugar a delitos dolosos, llegan a merecer, según la intensidad cualificadora de la culpa o negligencia que en estos delitos y faltas sustituye al dolo, figuras penales en que el «reproche social» que justifica su punición es más intenso como representativo de un máximo descuido, negligencia o actuar imprudente; c de simples descuidos, actuaciones negligentes en cuanto omisiones, o imprudentes por acción, que si se conjunta con infracciones reglamentarias se incardinan en el número 2.º del artículo 565 como delictuales; o faltando las infracciones reglamentarias en el número 3.º del artículo 586 o en el 600 como faltas penales, según produzcan daños a personas o cosas.

La falta de descripción legal de los actos u omisiones que integren por sí la imprudencia temeraria y la simple imprudencia o negligencia obliga en la materia de delitos con ocasión de la circulación viaria al seguimiento de un doble criterio valorativo, de una parte al examen de la actuación fáctica positiva por acción o negativa por omisión del correlativo delito doloso, que es el único nexo de estas figuras delictivas culposas autónomas e independientes con los tipos delictuales de carácter intencional, y al examen en cada caso de los preceptos del Código de la Circulación, pues unos son de tal trascendencia que su violación acusa temeridad en el conducir, otros indican una falta de cuidado y atención que significan negligencias o imprudencias simples, y otros simples infracciones reglamentarias, que de ordinario por falta de resultados dañosos no tienen repercusiones penales, sin que pueda tampoco negarse que ciertos preceptos del propio Código de la Circulación según la intensidad tanto cuantitativa pero preferentemente cualitativa de los actos infractores pueden desembocar en una conceptualización como imprudencia temeraria incluso gravemente calificada por la profesionalidad, o en simple imprudencia, siendo también innegable que hay ciertos leves descuidos, desatención y negligencias o

actuaciones imprudentes, que sin llegar a infringir una norma reglamentaria expresa deban representar la leve y simple imprudencia tipificada en los citados artículos 586-3.º y 600 del Código penal. (S. 22 marzo 1968.)

La gravedad de la imprudencia y su consiguiente calificación penal se mide por la entidad del peligro creado y que se afronta con la acción u omisión voluntaria, del grado de conocimiento y voluntad del agente que tiene el deber de no perturbar la seguridad de los demás o causar daños que está en su mano evitar; desde el menosprecio y olvido de las más elementales cautelas a la mínima negligencia, al descuido leve, falta nimia de atención que pone el hombre escrupuloso, cuando se causa resultado nocivo desciende por esta consideración cuantitativa la cualificable de la imprudencia. (S. 11 marzo 1968.)

Toda imprudencia, aun la más leve, tiene necesariamente que apoyarse en actos concretos de ejecución verificados sin el cuidado y atención exigidos por las circunstancias del momento en relación con la naturaleza misma del hecho de que se trate, no pudiéndose obtener la imprudencia del resultado producido, sino de los requisitos mismos del hacer humano. (S. 24 enero 1968.)

En la imprudencia temeraria el daño o evento que no se ha deseado ocasionar se produce porque, habiendo sido objeto de previsión en la mente del sujeto, se confía en que no se genere y no se acepta, o porque no previó lo que era previsible en su probabilismo, operando como causa del resultado su conducta humana, que omitió espiritualmente, por irreflexión o ligereza, las más rudimentarias cautelas, que ninguna persona en igual situación hubiere dejado de guardar en la vida de relación, y que, de adoptarse, permitirían eludir el daño para personas o cosas, pues la desatención, impericia, ímpetu desconsiderado, atrevimiento, descuido o negligencia, que enmarcaron la acción omitida exigible, condujeron a la posterior mutación del mundo exterior, en adecuada relación de causalidad. (S. 3 junio 1968.)

La conducta del procesado fue bien calificada como constitutiva de un delito de imprudencia temeraria, previsto y penado en el artículo 565, párrafo 1.º del Código penal, toda vez que el mismo cometió un error fácilmente vencible, y tuvo la posibilidad de prever el resultado con emplear la más mínima diligencia, y por fin dejó de cumplir el deber objetivo de cuidado que le resultaba exigido social y circunstancialmente, y sin embargo actuó con notorio error de cálculo, por ausencia de atención y por su confianza en el azar protector, no exigió a su inteligencia el mínimo esfuerzo de previsión de los acontecimientos, que de su aventurada conducta se podían derivar, ni puso en práctica el cumplimiento de la obligación específica de actuar adecuadamente ante la situación que se le presentaba, reduciendo la marcha y acomodándola a las circunstancias para evitar el choque con el vehículo que le precedía, que para que no fuera total impuso la final y posterior maniobra de emergencia, plena de riesgo, de ocupar la parte de la calzada que no veía, reservada para los vehículos que caminaban en contraria dirección, a uno de los que interceptó surgiendo el evento; no pudiendo por ello aceptar la tesis que alega la existencia de la eximente del caso fortuito del número 8.º del artículo 8.º del Código penal, por ser lo culposo eliminador del *casus*, al conformarse éste como suceso

o acaecimiento extraño a la voluntad del hombre, no existir ni por asomo el error invencible que lo justificare, ni la imposible previsión, ni por fin la ausencia de racionalmente deber poner a cargo del agente el deber de diligencia, ya que la culpa ha existido indudablemente en su condición de grave por sus proporciones, y se ha dado causalidad moral entre la voluntad consciente y libre y el evento, por la presencia de un contenido psicológico y hasta jurídico adecuado que lo une, que conduce finalmente al reproche judicial determinante de la culpabilidad, después del oportuno juicio de valor sobre la defectuosa e imprudente conducta. (S. 23 diciembre 1967.)

La agravación específica de «impericia o negligencia profesional» no es procedente por la sola circunstancia de la condición profesional de la conducción del acusado, que daría lugar, de generalizarse la tesis, a estimar que todas las imprudencias punibles cometidas por profesionales estarían incurso en esta agravación específica, mientras que las más graves imprudencias cometidas por los conductores no profesionales gozarían de un trato de favor legal. No es ésta indudablemente la voluntad de la ley ni tampoco la interpretación que viene dando esta Sala, que exige y requiere, a más de la «profesionalidad», que la acción u omisión pertenezcan a la serie de actos que habitualmente practiquen los conductores en el desempeño de su oficio; que se trate en la «culpa profesional» de una imprudencia calificada por el incumplimiento de aquellos deberes que en relación con la pericia o diligencia son especialmente exigibles a los que tienen por profesión la de conducir vehículos de motor, incumplimiento que se traduce en una mayor reprochabilidad personal y una más grave responsabilidad, siendo necesario que se den modalidades de la imprudencia que pongan al descubierto una conducta imperita o negligente incompatible con la profesión de chófer. (S. 8 febrero 1968.)

Cfr. § 1.

103. Artículo 585 (*Falta de coacciones*).—Cfr. § 81.

104. Artículo 586 (*Imprudencia*).—El número 3.º del artículo 586 del Código penal autoriza la sanción, como autor de una falta contra las personas, de quien por simple imprudencia o por negligencia sin cometer infracción de los reglamentos causare un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría delito o falta, precepto que requiere por modo inexcusable que en la conducta del sujeto activo se aprecie una acción u omisión inadecuada a la situación de que se trate, desatadora de un olvido de medidas de cautela aconsejables por la prudencia, que sin ser de carácter esencial, rudimentario, y exigibles a cualquiera, ni implicar tampoco violación de concreto precepto reglamentario, sean razonablemente imponibles en eventos frente a los cuales un sujeto medianamente cuidadoso debe prever la posibilidad de originar un resultado lesivo para terceros. (S. 29 enero 1968.)

105. Artículo 587 (*Falta de hurto*).—Ante la modificación operada en el artículo 515 del Código penal por la Ley de 8 de abril de 1967, el artículo 24 del mismo Código y el principio *in dubio pro reo*, son de calificar los

hechos como integrantes de la falta de hurto del artículo 587, número 1.º del citado ordenamiento punitivo, pues, imprecisada la cantidad sustraída, que se dice superior a 500 pesetas sin pasar de 10.000, no procede estimarla, inacatando el citado principio, mayor de la que forma línea divisoria de la falta y delito, aun cuando se advierta que en el fallo se concede indemnización por 7.500 vejetas, ya que no se argumenta sobre la razón de fijación de esta cifra, que, de corresponder a la realmente sustraída, pudo y debió indicarse en la relación fáctica, quitando de ella toda incertidumbre y eliminando la duda sobre si su determinación entre los pronunciamientos de la sentencia obedece a otras consideraciones; y como, por otra parte, la condena por estafa que sufrió el procesado el 28 de agosto de 1959 no sirve para calificar la sustracción de delito con arreglo al número 4.º del referido artículo 515, porque al no consignarse la cuantía ni la pena impuesta cabe la posibilidad de que por no exceder de 2.500 pesetas tenga en la actualidad el carácter de falta, es por lo que se concluye afirmando la infracción penal de hurto de menor entidad. (S. 29 febrero 1968.)

LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 (PROPIEDAD INDUSTRIAL)

106. Cfr. § 97.

LEY DE 1 DE MARZO DE 1940 (MASONERIA Y COMUNISMO)

107. Cfr. § 47.

LEY DE 9 DE MAYO DE 1950 (AUTOMOVILES)

108. Artículo 5.º (*Omisión de socorro*).—Se comete el delito cuando no se presta auxilio a la persona atropellada, aunque el conductor del vehículo no fuera culpable del atropello; basta con que fuera causa física del mismo. (S. 17 enero 1968.)

Cfr. § 112.

LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962 (VEHICULOS DE MOTOR)

109. Artículo 2.º (*Conducir con temeridad manifiesta*).—Las palabras que califican y destacan al delito, «conducir con temeridad manifiesta», tienen un significado tan propio y un contorno tan a la perfección delineado que sólo con expresar su significado queda delimitado el ámbito de la conducta antijurídica incurso en sanción penal; y así vemos que por temerario se conoce al que con impetu desconsiderado se arroja a los riesgos y peligros que cabe prever y que no medita ni somete a examen, en el ejercicio de una actividad lícita cualquiera, sin adoptar precaución alguna de las aconsejables en su pericia; y «manifiesta» tanto quiere decir como que está al descubierto, que sea patente y clara; en resumen que la visión de una conducta no ofrezca duda para su calificación temeraria. (S. 10 febrero 1968.)

110. Artículo 3.º (*Culpa con infracción de reglamentos*).—En la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 diciembre 1962 se sanciona el delito de conducción culposa con infracción reglamentaria en el apartado c) de su artículo 3.º, con las penas de multa de 5.000 a 25.000 pesetas y privación del permiso de conducir de dos meses a dos años, o solamente privación del permiso por el mismo tiempo, según la naturaleza de la lesión causada, con lo cual la imposición conjunta de ambas penas —multa y privación del permiso—, o como única la más leve de ambas, viene condicionada por la naturaleza de las lesiones, concepto éste que por su carácter genérico e indeterminado obliga a los Tribunales a discriminar los diversos supuestos que pueden ofrecerse a su consideración para concluir pronunciándose por una de las dos posibilidades que el texto legal ofrece, misión que en último término queda atribuida a esta Sala, puesto que no se trata en puridad de materia discrecional o que pueda resolverse con un libre arbitrio decretando pena única o conjunta según el parecer de cada órgano jurisdiccional, ya que tal elección depende por mandato legal de la naturaleza de las lesiones producidas.

Para la adecuada resolución de este problema, es forzoso atenerse al tratamiento legal que las lesiones merecen en el mismo ordenamiento en que se halla inserto el precepto discutido, y también en el Código penal, en cuanto a este último no sólo porque según la disposición final 1.ª de la misma Ley tiene el carácter de supletorio sino porque tratándose de materia de este orden criminal nada parece más adecuado que acudir al Código sustantivo básico que incluye entre sus normas las tipificadoras del delito de lesiones, estableciendo en sus artículos 420 y siguientes una clasificación atendiendo precisamente a la entidad y alcance del quebranto físico sufrido por la víctima, esto es, en consideración a la naturaleza de la lesión causada

Delimitada así la cuestión suscitada y las disposiciones legales en que debe basarse su resolución, cabe ante todo afirmar que quedan fuera del marco del apartado c) del artículo 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 los supuestos de producción de lesiones determinantes de incapacidad permanente, por hallarse el mismo contemplado en el apartado b) del mismo artículo, supuestos de incapacidad permanente equiparables en este orden a los previstos en los números 1.º y 2.º del artículo 420 del Código penal; y, descendiendo un escalón más en la gravedad de las lesiones, esto es, penetrando ya en las que son propias del apartado c) de la Ley de 1962, debe también admitirse que la aplicación de las dos penas conjuntas —multa y privación de permiso— procederá desde luego en cuanto se hayan ocasionado lesiones que penalmente se hallen situadas inmediatamente a seguidas de aquellas a que acabamos de referirnos, esto es, deberán imponerse tales penas conjuntas si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días, que es lo literalmente descrito en el número 3.º del artículo 420 del Código penal. (S. 12 febrero 1968.)

La conducción descuidada que sanciona el artículo 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 como delito cuando va acompañada de infracción

reglamentaria, es aquella que se verifica sin prestar la debida atención y sin observar las medidas de prudencia aconsejadas por las circunstancias, que aunque no hagan incidir en temeridad revelan sin embargo que el conductor no se muestra con la diligencia adecuada para prevenir accidentes ni en situaciones de peligro maniobra para soslayarlo. (S. 6 febrero 1968.)

En este delito, la culpa queda reducida a un simple descuido en la atención debida a la conducción de vehículos de motor; descuido en sí mismo menos grave que la actuación temeraria y manifiesta, y por eso la ley lo degrada en varias vertientes distintas; en primer lugar, no sancionándolo en virtud de su sola y propia presencia, sino que exige resultados dañosos en personas y bienes; y además de éstos, reclama que la culpa actuante del agente vaya unida inseparablemente a una infracción de las reglas de la circulación; y asimismo en segundo lugar degrada la penalidad, en cuanto ante iguales resultados dañosos en los bienes o en las personas la punición es más benigna. (S. 10 febrero 1968.)

111. Artículo 6.º (*Conducción sin habilitación legal*).—El delito de conducción ilegal de vehículos de motor que tipifica el artículo 6.º de dicha Ley de 1962 es un delito típicamente doloso y formal o de mera actividad, pues en la acción misma del sujeto activo va embebido el resultado jurídico, sin mutación externa alguna, y por tanto sin resultado tangible y sin relación alguna de causalidad material, ya que su *ratio essendi* se encuentra en la desobediencia a obtener el título habilitante, luego de demostrar los requisitos de conocimiento que el Estado exige para permitir y garantizar el ejercicio de la delicada actividad de conducir vehículos de motor, por lo que declara antijurídico penalmente el hecho de gobernarlo sin el correspondiente permiso de conducir. (S. 11 marzo 1968.)

112. Artículo 7.º (*Omisión de socorro*).—El delito de omisión de socorro, ni siquiera en la agravada modalidad prevista en el segundo párrafo del artículo 7.º de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962, en la que incurre el conductor que pudiendo hacerlo no socorriese a víctima por él causada con ocasión de la circulación, requiere que en el previo accidente productor de las lesiones o de la muerte del ofendido quepa atribuir al sujeto activo responsabilidad alguna de índole criminal, esto es, para cometer el delito de omisión de socorro no es preciso que la falta de auxilio sea subsiguiente a una conducta culposa del conductor, puesto que el deber de prestación de socorro es también exigible tras accidentes fortuitos, por tratarse de un delito intencional y malicioso, sancionador de la perversidad de su autor exteriorizada por su indiferencia ante el mal ajeno, obligando a paliarlo en la medida de sus posibilidades, con absoluta independencia de que sea o no responsable del hecho causante de aquel mal. (S. 22 mayo 1968.)

113. Artículo 11 (*Reincidencia*).—El precepto contemplado con racional fundamentación teleológica configura específicamente la reincidencia, no por el artificioso criterio expuesto a error de figurar el delito en trance de sanción por razones de sistemática en el mismo título que el anterior-

mente inculpativo en fallo ejecutorio, sino por la persistencia maliciosa en realizar el mismo tipo de infracción penal, y a ello responde la exigencia de la «igualdad de naturaleza» del delito por el que al delinquir por segunda o posterior vez estuviera ejecutoriamente condenado el agente, y que este mismo tipo delictual y de idéntica naturaleza esté típicamente previsto en la citada Ley de 1962, habiendo entre una y otra actuación criminosas plena tangencia y homogeneidad, que es la razón filosófica de agravar la sanción punitiva por la mayor inclinación al delito de quien una y otra vez se manifiesta con peligrosidad polarizada en tipos delictivos iguales o de gran similitud. Es cierto que a este artículo 11 le falta, quizá por error de transcripción, la contracción «al» que expresara que el otro delito habría de ser de igual «naturaleza al previsto en esta Ley», pero, siendo indiferente que se hubiera cometido bajo el imperio de la Ley anterior, durante la vigencia de la citada Ley de 1962 o en la presente comprendido en el artículo 516, pues basta que en las tres normaciones se sancione la misma conducta anti-jurídica-penal para que la repetición de estos actos y la condena ejecutoria por los mismos bajo el régimen de las mismas o distintas leyes engendren la consiguiente agravación por reincidencia; siendo por último de notar que tanto en el Código penal vigente como en los precedentes se configuró la reincidencia en términos idénticos o muy análogos terminando con la fórmula «comprendidos en el mismo título de este Código» enteramente similar al «previsto en esta Ley», y nunca se mantuvo en la jurisprudencia de esta Sala que sólo pudiera apreciarse cuando se tratase de delitos cometidos bajo la vigencia de la misma Ley Penal, exigiéndose tan sólo la identidad de naturaleza o la inclusión en el mismo título que en principio presume la igualdad, analogía o similitud de delitos. (S. 11 junio 1968.)

114. Artículo 12 (*Pluralidad de delitos*).—El párrafo 2.º, inciso 1.º, del artículo 12 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 de uso y circulación de vehículos de motor, precisa que, cuando sean varios los resultados delictivos, se estimará únicamente la existencia del delito más grave, refiriéndose por tanto su expresa dicción a los tipos de causación o delitos de resultado o lesión, que produzcan una efectiva mutación del mundo exterior, y a los que aplica el conocido principio penal de la consunción, por virtud del que el resultado más grave consume o absorbe todos los demás, que a efectos de la penalidad desaparecen, al tomar sólo en cuenta el que posea mayor trascendencia valorativa criminal, por lo que su efectividad ha de condicionarse con exclusividad a los delitos de resultado y nunca a los que carecen de él, como los formales, y siempre que aquéllos se hallen constituidos por una sola acción delictiva del que deriven dos o más plurales eventos materiales, tratándose de un supuesto, no de concurso de normas, cual el regido por el artículo 68 del Código penal, sino de un concurso de resultados, que tendría su encaje en el artículo 71 del mismo, de no existir este especial precepto que lo impide. (S. 11 marzo 1968.)

La norma contenida en el segundo párrafo del artículo 12 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor, según la cual cuando sean varios los resultados delictivos se estimará únicamente la existencia del delito más grave, prima, cuando se trate de la determina-

ción de la penalidad asignada a los delitos tipificados en la Ley especial, sobre el precepto del artículo 71 del Código penal atinente en el concurso ideal a la punición de un hecho cuando el mismo sea constitutivo de dos o más delitos, y tiende también a evitar que un solo hecho dé lugar a la imposición de una pluralidad de penas, pero es de toda evidencia que, al ser el contenido material de un delito, aquello en que consista su actividad positiva o negativa, integrante necesario de otro u otros, es cuando se estará en presencia del supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 12 de la invocada Ley, situación que no se ofrece al cometer los delitos de conducción culposa y de conducción sin permiso de vehículo de motor previstos respectivamente en los artículos 3.º y 6.º de aquella Ley, delitos cuya posible coexistencia con carácter de absoluta independencia tiene reiteradamente proclamada esta Sala. (S. 18 marzo 1968.)

La asunción que en este precepto se hace de los diferentes resultados delictivos para sancionar solamente el delito más grave no tiene aplicación cuando se trata de infracciones formales o de tipo distinto de las de resultado, que se producen con entera independencia de éstas, porque entonces no se contemplan infracciones homogéneas sino de naturaleza diversa que no pueden sancionarse con una sola penalidad aunque se persigan en un solo procedimiento; que es lo que ocurre con el delito de conducir sin permiso —infracción de tipo formal— y el de imprudencia en la conducción, que se pueden producir con entera independencia sin conexión entre ellas, procediendo por tanto penarlos separadamente. (S. 25 enero 1968.)

115. Artículo 13 (*Rehabilitación*).—Cfr. § 45.

116. Artículo 40 (*Responsabilidad civil*).—En los delitos referentes a la circulación de vehículos de motor mecánico, se introdujo, con rango de Ley, un sistema aseguratorio de las responsabilidades civiles en que, de conformidad con los artículos 21 c) y d), 39 y 40 de la Ley de 1962, y artículo 29 del Reglamento de 19 de noviembre de 1964 se previene que el seguro obligatorio y compatiblemente también el seguro voluntario pactado suplementariamente cubren directamente la responsabilidad civil en que hubiera podido incurrir el condenado penalmente. De estos preceptos aparece con diáfana claridad que en estos delitos de circulación viaria, hasta el límite del seguro obligatorio y también del seguro voluntario suplementariamente concertado, responde directamente la empresa aseguradora, tanto si el mandato de pago correspondiente emana de una sentencia penal como, en su defecto, de un proceso civil, no entrando en juego la aplicación de los artículos 21 y 22 del Código penal más que cuando la indemnización civil impuesta sobrepase los límites del seguro obligatorio y en su caso del voluntario. (S. 18 mayo 1968.)

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Tercer cuatrimestre de 1968

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. PARTE GENERAL: 1. Sujetos del Proceso: Organismo jurisdiccional: A. Delimitación con la Jurisdicción militar. B. Competencia territorial: Sentido de la expresión «lugar de comisión». C. Cuestiones de competencia: Audiencia previa del Fiscal. D. Recusación: a) Escrito sin firma de letrado. b) Denegación de pruebas. 2. Partes: Principio de la audiencia obligatoria del responsable civil subsidiario. 3. Objeto del proceso: Acción penal: Extinción por muerte del presunto culpable. 4. El proceso penal: A. Instrucción preliminar: a) Denuncia de vicios en el sumario. b) Inspección ocular: Procedencia. c) Pieza de responsabilidad civil. B. Fase de juicio: a) Artículos del previo pronunciamiento: Declinatoria de jurisdicción. b) Prueba pericial defectuosamente propuesta. c) Pertinencia de las pruebas. d) Juicio oral: a') Principio de publicidad: Extensión. b') Conformidad del procesado. C. Terminación del proceso: Sentencia: Contenido: a) Relación de hechos probados. b) Cuestiones sobre responsabilidad civil. c) Pronunciamiento sobre costas. 5. Impugnación del Proceso: A. Fundamento de los recursos. B. Recurso de casación: a) Legitimación para recurrir. b) Motivación: Casación por infracción de Ley: a') Al amparo del núm. 1.º del art. 849; a'') Respeto a los hechos probados. b'') Invocación de preceptos del Código de la Circulación. b') Al amparo del núm. 2.º del art. 849: Error de hecho y documento auténtico. c) Casación por quebrantamiento de forma. a') Tratamiento previo de los motivos de quebrantamiento de forma. b') Al amparo del núm. 1.º del art. 850: Ambito del precepto. c') Al amparo del núm. 2.º del art. 850: Falta de citación. d') Al amparo del núm. 1.º del art. 851. a'') Ambito del precepto. b'') Falta de claridad de los hechos probados. c'') Contradicción entre los hechos probados. d'') Predefinición del fallo. e') Al amparo del núm. 2.º del art. 851. Falta de declaración de hechos probados. f') Al amparo del núm. 3.º del art. 851: No resolución de todos los puntos objeto de debate: g') Al amparo del núm. 4.º del art. 851: Punición por un delito más grave. d) Requisitos formales. a') Formalidades en la interposición. b') Omisión del breve extracto del motivo. c') Cita del artículo amparador del motivo. e) Petición de conmutación de pena.—II. PARTE ESPECIAL: A. Procedimiento de urgencia: a) Aportación extemporánea de documentos; b) Cuestión sobre responsabilidad civil. B. Procedimiento de extradición: Petición precedente.

I. PARTE GENERAL

1. SUJETOS DEL PROCESO: ORGANO JURISDICCIONAL:

A) *Delimitación con la Jurisdicción militar*: Si bien en principio la calidad de militar haría atribuible, por razón de la persona, el conocimiento de los autos origen de este conflicto competencial a la Jurisdicción Castrense, el principio general cede en este caso por el desafuero producido por la deserción acaecida el 18 septiembre 1967 y que continuaba el 8 octubre del mismo año, fecha de la sustracción de la moto y del subsiguiente accidente de circulación en la carretera de Madrid a Toledo, pues el art. 16 del vigente Código de Justicia Militar, en su núm. 9.º, plasma el desafuero, y consiguiente pérdida del fuero militar, para los delitos comunes cometidos durante la deserción, sin que pueda dudarse de que el hecho objeto de incriminación ocurrió durante tal deserción, y sin que produzca la recobración del fuero militar la circunstancia accidental y ajena al precepto rector del desafuero contemplado, de que en el procedimiento por deserción haya recaído auto de sobreseimiento y orden de internamiento en establecimiento psiquiátrico, pues lo que rige a efectos competenciales es la situación en que el agente se encontraba en el momento de cometer el delito común, y no las consecuencias procesales o penales que hayan podido producirse en el proceso militar por deserción en razón del estado mental del inculpado. (S. 7 noviembre 1968.)

El artículo 16 núm. 2.º del Código de Justicia Militar establece que causan desafuero, y por tanto debe conocer la Jurisdicción ordinaria, las contravenciones de los reglamentos de Policía y buen Gobierno y las faltas comunes no penadas especialmente en el Código militar ni en otras leyes o reglamentos militares, es decir, que si esas contravenciones o faltas están previstas militarmente, no pueden ser conocidas por la forma ordinaria, a no ser que se produzca el caso del núm. 2.º del artículo 7.º del Código castrense, de que las autoridades militares estimen que no afectan al decoro o al buen régimen de los Ejércitos, declaración o estimación previa que en este caso se ha producido expresamente al reclamar las actuaciones la Autoridad militar jurisdiccional, dirigiendo a la ordinaria requerimiento de inhibición. (Auto 19 diciembre 1968.)

B) *Competencia territorial: Sentido de la expresión «lugar de comisión»*: Más que atender excluyentemente para determinar cuando se comete un delito, al lugar donde desarrolla su actividad criminal el delincuente, o por el contrario, al momento donde se realiza el resultado externo de la actividad dinámica de la infracción criminal, ha de entenderse, que la correcta interpretación de la expresión «comisión» que emplea el artículo 14 núm. 2.º de la L. E. Crim., permite creerlo efectuado, en cualquiera de los lugares en que se manifiesten algunos de los actos o resultados exigidos en el tipo de que se trate, por no poderse seguir un criterio uniforme y teóricamente vinculante. en atención a la circunstanciabilidad cambiante de la «praxis» y a la diversidad de requisitos de cada delito, por lo que ha de valorarse supuesto a supuesto, la condición típica de cada uno de éstos, bien en sus estructuras jurídicas, bien en las dinámicas, según el matiz expresivo y singular del supuesto discutido, que debe calificarse, por lo general, con

criterio de relatividad absoluta. En el delito de cheque en descubierto del artículo 535 bis del C. P., del caso contemplado, al parecer encajado en su primer párrafo, bien se acuda a los criterios prevalentes, del lugar de la actividad o al del resultado, la competencia corresponde indudablemente al Juzgado de Sagunto, porque el pueblo de Masamagrell, fue el lugar donde se emitieron los cheques, siendo el momento de la emisión el trascendente para determinar la culpabilidad, y el sitio donde debían presentarse al cobro, al radicar allí la sucursal del Banco, donde tenía la cuenta corriente el librador, donde debía existir oportuna provisión de fondos, y no puede derogar esta decisión ni perjudicarla, el hecho no esencial al delito de enviar por correo a los tomadores, al pueblo de Rubí, del partido judicial de Tarrasa, tales documentos mercantiles, pues el mismo está cometido, con la expedición de los títulos-valores en sus estructuras básicas, aunque se agotara posteriormente en sus efectos últimos, también en el mismo punto geográficos, ya que incluso la expresión del precepto penal aludido «el que diera en pago cheque...» no puede interpretarse con servilismo gramatical, entendiéndose pone el acento el tipo, en el acto material de la entrega, haciéndolo prevalente, en la comisión de la infracción penal, pues el verbo dar, se usa para determinar no la entrega, sino el pago, o sea, la función finalísticamente pretendida con la emisión, y antes de que así suceda, el delito tenía vida propia, por la extensión material del efecto mercantil con ánimo doloso de defraudar, por lo que no tiene significación, para decidir la competencia del caso de autos ese estado intermedio, de envío de los cheques por correo y su recepción, sino el momento anterior de la emisión, complementado por el subsiguiente de la presentación al cobro; por ser ambos los realmente importantes y decisivos; razones que abonan de conformidad con los tres sucesivos dictámenes del M.º Fiscal, a decidir la competencia negativa, vinculando al Juzgado de Instrucción de Sagunto a su conocimiento. (A. 7 noviembre 1968.)

Apareciendo concretado a los efectos de la competencia negativa entablada entre los Juzgados de Instrucción, de Barcelona y de Málaga, que el talón bancario origen de la misma, aunque resultó impagado en Málaga, se le puso fecha y fue entregado en la ciudad de Barcelona, de conformidad con lo dispuesto en la regla 2.ª del artículo 14 de la L. E. Crim., procede declarar competente para conocer de la instrucción sumarial al Juzgado de Barcelona, en cuya población se cometió el delito, aunque se agotara posteriormente en Málaga. (Auto 8 noviembre 1968.)

Es clave para atribuir preferentemente la competencia, la determinación del lugar donde se cometió el delito, si de las actuaciones resultare, de libramiento de cheques sin provisión de fondos, el lugar de su consumación, para lo cual ha de examinarse la estructura del delito, sus elementos y la dinámica de ejecución: su estructura es de mera actividad, por el hecho del libramiento con la conciencia de la falta de fondos en su cuenta, de la negligencia en conocerla o el medio engañoso para defraudar si se probare alguno de ellos, como elemento subjetivo y los objetivos de la dación en pago y extensión del cheque descritos en el tipo, restantes los actos posteriores ejecutivos como elementos para el agotamiento del delito, según significan los Autos de esta Sala de 7 y 8 de noviembre del año en curso. El deudor

hizo pago de la deuda contraída con la emisión y entrega del talón en Alicante, perfeccionó allí el delito aunque se datase en Madrid el documento, porque en aquel lugar estableció la relación base de la bancaria entre librador y tomador quien presentó el cheque en Avila para ser descontado en la cuenta del deudor en la Sucursal del Banco de Vizcaya en Madrid, como librador, actividades posteriores a la consumación y en manos ajenas para operar en la presentación y protesto como condición objetiva de penalidad; procede decretar la competencia a favor del Juzgado de Alicante. (Auto 13 diciembre 1968.)

C) *Cuestiones de competencia: Audiencia previa del Fical*: Como tiene establecido esta Sala, entre otras, en los autos de 27 enero de 1948 y 8 octubre del corriente año, es obligada en las cuestiones de competencia la Audiencia previa del M.º Fiscal según prescriben los artículos 27 y 34 de la L. E. Crim. para los Juzgados Municipales y Tribunales de lo Criminal respectivamente, sin que el silencio del artículo 22 sobre el expresado trámite pueda interpretarse lógicamente como permisivo de su omisión cuando se trata de Juzgados de Instrucción, máxime cuando las cuestiones de competencia, atañen al orden público por lo que resulta aplicable el artículo 2, núm. 2, del Estatuto del M.º Fiscal. (Auto 13 diciembre 1968.)

El Juez de Instrucción de Medicina del Campo dictó auto rechazando el conocimiento de hechos relacionados en el testimonio que le envió el de igual clase de Tarancón, deducido de diligencias preparatorias, por entender que la competencia radica en el Juzgado remitente, y como tal hizo sin dar audiencia previa al M.º Fiscal, ya que su dictamen era obligado en la cuestión referida como hizo constar esta Sala en auto de 27 enero 1948, atenta a lo prescrito para los Juzgados Municipales y los Tribunales de lo Criminal en los artículos 27 y 34 de la L. E. Crim., respectivamente, sin que el silencio del artículo 22 sobre el expresado trámite pueda interpretarse lógicamente como permiso de su omisión cuando de Juzgados de Instrucción se trate, es por lo que procede declarar mal formada la cuestión de competencia, sin que, por tanto, haya lugar a decidirla. (Auto 8 octubre 1968.)

D) *Recusación*: a) *Escrito sin firma de letrado*: La recusación del Magistrado no fue intentada en forma al no llevar el escrito la firma del Letrado exigida de manera imperativa en el artículo 57 de la L. E. Crim., defecto que ya fue acusado por el Secretario del Tribunal al extenderse la diligencia de presentación: careciendo de toda consistencia el argumento expuesto en el acto de la vista referente a que por firma hay que entender el nombre del Letrado —puesto a máquina al final del escrito—, porque siendo la firma según el diccionario de la Real Academia Española el nombre y apellido de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento para darle autenticidad, no puede atribuirse tal carácter a lo que no está puesto con la propia mano de la persona a quien se atribuye la firma ya que de otro modo no sería posible darle autenticidad y podría atribuirse la intervención a cualquier persona aunque no supiese firmar con tal de mecanografiar su nombre al final del documento; y aunque la firma sea ilegible o un garabato como dijo el Letrado recurrente en el acto de la vista, con tal que estén puestos con la propia mano de la persona de que se trate y sea la que usual-

mente utilice, sevirá siempre para legitimar lo que allí se escribió y acreditará la intervención de tal persona, propiedades que no pueden atribuirse al nombre estampado por cualquier procedimiento mecánico sin signo alguno de autenticidad; concluyéndose de lo expuesto que al no haberse intentado en forma procesal la recusación, el auto denegatorio estuvo ajustado a dicho artículo 57, y la intervención de dicho Magistrado en la sentencia fue correcta sin haber incidido aquélla en el defecto que se le atribuye. (S. 14 diciembre 1968.)

b) *Denegación de pruebas*: Según el artículo 66 de la L. E. Crim. contra los autos de las Audiencias o del Tribunal Supremo admitiendo o denegando la prueba en los incidentes de recusación no se dará ulterior recurso. (S. 27 noviembre 1968.)

2. PARTES: *Principio de la audiencia obligatoria del responsable civil subsidiario*: Así como en el aspecto penal nuestro Ordenamiento es esencialmente acusatorio, de tal forma que sin formal pretesión de condena y sin constituir previamente al imputado en parte material y formal no hay posibilidades legales de inculparle; también en el aspecto de la responsabilidad civil bien directa o subsidiaria por la predominante influencia del principio dispositivo y de rogación que se da en la pretensión reparatoria o indemnizatoria, que por motivos de conexión y economía procesal se injerta en el proceso penal, es imprescindible que los presuntos responsables civiles subsidiarios hayan sido oportunamente constituidos en partes, provistos del correspondiente dispositivo de postulación y defensa de tal forma que tengan posibilidades de actuar y contradictoriamente defenderse pues de otra forma pudieran resultar condenados sin audiencia. (S. 25 noviembre 1968.)

3. OBJETO DEL PROCESO: *Acción penal: Extinción por muerte del presunto culpable*: Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la L. E. Crim. la acción penal se extingue por la muerte del presunto culpable, sin perjuicio de que subsista la civil contra sus herederos, como previene el inciso segundo del mismo artículo en armonía con lo dispuesto en el 105, párrafo 1.º del C. P., cuya acción civil sólo puede ejercitarse ante los Tribunales competentes de orden civil. Extinguido el recurso por una causa independiente de la voluntad de los recurrentes no comprendida en el artículo 884 de la Ley Procesal Penal se está en el caso de devolver el depósito constituido y declara las costas de oficio. (Auto 20 diciembre 1968.)

4. EL PROCESO PENAL: A) *Instrucción preliminar*: a) *Denuncia de vicios en el sumario*: Siendo los recursos de casación tanto de fondo como de forma de motivaciones taxativas y legalmente predeterminadas, bajo el sistema de «*numerus clausus*» que rechaza la posibilidad de motivaciones analógicas o ampliatorias; inútil será buscar ni en la enumeración del artículo 850, ni en el 851, y concretamente en el núm. 3.º de este último precepto, el posible encuadre a las supuestas infracciones que remitidas al trámite sumarial se denuncian, pues de la simple lectura de los preceptos citados claramente se infiere que todas las faltas procesales de carácter formal que se prevén, son estrictamente las que pudieran haberse cometido en el plenario, nunca en la fase, meramente preparatoria, que la instrucción supone; y muy concreta-

mente en atinencia al núm. 3.º del artículo 851, que por la parte recurrente se alega, detalla y precisa la Ley que la infracción podrá cometerse al no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la «acusación y defensa», normativa que se conecta con la ritualidad dogmática que rige en el artículo 142 de la propia Ley sobre la redacción de las sentencias, de cuyas reglas segunda y tercera, en cuanto resultandos, y de la cuarta en cuanto considerandos, se refiere que se pronuncian y desenvuelven en cuanto a las conclusiones propiamente dichas de acusación y defensa, no siendo el estadio final sentenciador de la instancia, lugar adecuados para corregir infracciones formales que se pretendan cometidas en la esfera sumarial, lo cual es lógico, pues medios procesales aptos confiere la Ley por el juego de los remedios y recursos, para que las resoluciones instructorias y en general todas las actuaciones del sumario si incidieren en falta esencial puedan ser corregidas, siendo de notar que en la presente causa no hubo recursos de clase alguna ni reclamación de faltas, ni protesta formal durante toda la etapa sumarial; y que limitarse a llamar la atención del Tribunal sentenciador en las conclusiones provisionales sobre estas supuestas faltas, fue ya inoportuno y procesalmente extemporáneo, puesto que abierto el juicio oral no podía retrocederse de nuevo a la esfera sumarial, y porque en todo caso se habían dejado de utilizar en tiempo y forma los oportunos recursos. (Auto 28 octubre 1968.)

b) *Inspección ocular: Procedencia*: El artículo 326 de la L. E. Crim., manda la realización de la diligencia de inspección ocular, cuando el delito que se persigue deje huellas, vestigios o pruebas materiales de su perpetración, a fin de describir lo que se relacione con la existencia y naturaleza del hecho, y el 327, deja a la facultativa discreción del Juez, el levantamiento del plano del lugar, siendo evidente por la propia expresión legal, que aquella disposición se refiere sólo, al supuesto de observancia cierta y directa de demostraciones visuales, materiales u objetivas del acaecimiento, más no a los demás supuestos en los que así no ocurre, por no existir pruebas materiales de perpetración, y en tal caso y en el facultativo del croquis, se habrá de poner en relación la petición improcedente por su contenido y tardía por el tiempo en que se haga, con lo dispuesto en el artículo 659, que sólo autoriza la admisión de pruebas pertinentes, y no las demás por irrelevantes o inútiles, lo que siempre sucederá con las extemporáneas que se dirijan a aclarar extremos que no resulten de interés para la investigación delictual o que no puedan constatarse eficazmente. (S. 16 diciembre 1968.)

c) *Pieza de responsabilidad civil*: Tanto el Ordenamiento procesal-penal ordinario —artículos 615 a 621— como en el reformado procedimiento de urgencia —artículos 790 y 793— la provisorio declaración de responsabilidad civil subsidiaria que constituye en parte al tercero si el plenario llega a abrirse, tiene que ser hecha en la etapa sumarial y si no se concediera, solicitando de la Audiencia que ordene al instructor formar la correspondiente pieza de responsabilidad civil subsidiaria, pero todo ello antes de finalizar la etapa preparatoria del juicio oral, y debiéndose tener que pretenderlo en primer término del Instructor y sólo subsidiariamente de la Sala, no siendo oportuno, sino plenamente extemporáneo, solicitar esta declaración provisio-

nal ni al amparo del artículo reformado 790 ni del 793 en la calificación provisional, pues esta pretensión debió formularse, bien en el sumario donde estuvieron personados e inactivos los perjudicados, o en la Audiencia por vía de recurso, necesariamente antes del trance calificadorio en el que determinadas ya las partes no era posible hacer presuntas declaraciones de responsabilidad civil el dueño del coche no era posible responsabilizarse en este proceso, sin perjuicio de que la posible responsabilidad civil subsidiaria pueda ser discutida ante la jurisdicción civil. (S. 25 noviembre 1968.)

B) *Fase de juicio*: a) *Artículos de previo pronunciamiento*: *Declinatoria de jurisdicción*: La excepción de declinatoria de jurisdicción es otorgada por el núm. 1 del artículo 666 de la L. E. Crim. para que el Tribunal incompetente se aparte del conocimiento de una causa en favor de otro del mismo grado jurisdiccional en quien radique la competencia, no siendo procedente la excepción cuando se trate de órganos de jurisdicciones diversas por la preferencia que tiene la represiva entre todas las del Estado por razones de orden público, según declaró esta Sala en S. de 20 octubre 1962, y como lo que pretende el recurrente en base de resolución dictada en pleito civil es que se declare la inexistencia de acción u omisión voluntarias que sean constitutivas de delito, que es tanto como pedir que sea resuelto el fondo de la causa sin previo juicio y que la declinatoria produzca efectos impropios, es visto que la demanda es inatendible. (S. 15 noviembre 1968.)

b) *Prueba pericial defectuosamente propuesta*: Se falta al terminante mandato del artículo 656, si los peritos fueron designados únicamente por sus apellidos, omitiéndose los nombres y sus domicilios o residencia. (S. 5 octubre 1968.)

c) *Pertinencia de las pruebas*: En torno a la facultad discrecional, concedida a los Tribunales de instancia en el artículo 659 de la L. E. Crim. y revisable por el núm. 1.º del 850, existen unos principios aceptados que la condicionan: la amplia generosidad para admitir las pruebas propuestas por las partes dentro del marco razonable de su eficacia, de su utilidad y pertinencia para comprobar la realidad de los hechos y formación de la conciencia del juzgador, así como evitar radicalmente la indefensión del reo. (S. 5 diciembre 1968.)

En el particular referente a la denegación de la prueba documental, aunque no fuera admisible en los términos estrictos en que fue solicitada, cual era la aportación de los expedientes administrativos instruidos por el Servicio de Orientación Bibliográfica con motivo de la presentación a consulta previa y depósito para la difusión de la obra «Alrededor de un día de abril» que no puede incorporarse a una causa criminal fuera de los casos en que sean materia de delito, debió admitirse para reclamar los particulares pertinentes a las solicitudes hechas por el procesado y resoluciones recaídas, acogiendo la prueba con amplio criterio de benignidad para no limitar la defensa del procesado dado el posible reflejo que pudieran tener dichos documentos con el hecho enjuiciado, aunque «prima facie» no guardaran estrecha relación con el mismo. (S. 14 diciembre 1968.)

d) *Juicio oral*: a') *Principio de publicidad, Extensión*: La tesis sustentada por la defensa de solicitar la lectura para conocimiento del M.º Fiscal,

Sala, defensa y asistentes al acto, no tiene consistencia, el M.^o Fiscal y las defensas las conocían perfectamente, habiéndose impuesto de ellas durante el periodo de instrucción, la Sala tenía los autos a su disposición para dictar sentencia y respecto a los asistentes la publicidad establecida en el artículo 680 de la L. E. Crim. se refiere a cuantas manifestaciones se viertan en la vista del juicio, nunca a las declaraciones y demás diligencias practicadas en el sumario, estando además la denegación efectuada por la Sala, apoyada en preceptos legales, el artículo 714 de la Ley citada sólo autoriza la lectura de las declaraciones cuando haya disconformidad sustancial entre las prestadas en el sumario con las del juicio, lo que no ha sucedido en el presente caso y el artículo 730 se refiere a las diligencias practicadas en el sumario que no pueden ser reproducidas en la vista del juicio; lo que evidencia no se ha producido la menor indefensión para los procesados. (S. 13 noviembre 1968.)

b') *Conformidad del procesado*: Si no consta en el acta del juicio oral que se preguntare al procesado sobre su conformidad con las conclusiones del actor, de indudable mayor gravedad que las del Fiscal, según preceptúan los artículos 688 y 689, es patente que la sentencia de instancia dejó sin resolver en su totalidad las cuestiones planteadas. (S. 21 octubre 1970.)

c) *Terminación del proceso: Sentencia: Contenido*: a) *Relación de hechos probados*: Al ser presupuesto fundamental de la sentencia penal, la expresión clara y terminante de los hechos declarados probados por la convicción psicológica del órgano jurisdiccional, derivada de la apreciación subjetiva de las pruebas practicadas, por mandato imperativo de los artículos 142, núm. 2.º, 741 y 851, núm. 1.º de la L. E. Crim., que lo establecen a consecuencia de la necesaria y básica constancia descriptiva de la conducta humana juzgada, que ha de calificarse en su tipicidad o atipicidad, para alcanzar el definitivo juicio de valor, de culpabilidad reprobatorio; o en su caso de absolución, es evidente que esa indispensable claridad, debe exigirse con rigor tal, que eluda los relatos incomprensibles, oscuros, imprecisos, incoherentes, inexpresivos, ambiguos o ilógicos, so pena de casar y anular la resolución que los contenga, pues estos defectos hacen racionalmente imposible conocer lo acaecido humanamente, impidiendo su adecuada valoración técnico-jurídica y el fallo racional y justo, que es el fin esencial de toda resolución judicial, y que ha de apoyarse en narración lógica e inteligible. (S. 16 diciembre 1968.)

Obliga el artículo 142 de la L. E. Crim. a relatar en resultados numerados los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo; hechos materiales y físicos, desde luego, pero también los psíquicos cuando en el núcleo del tipo se exija un determinado ánimo, expresado en términos no estrictamente jurídicos, y aquellos actos internos que determinan la acción externa completada racionalmente, naturalmente en su finalidad, fuera de toda valoración de derecho, propia de los fundamentos doctrinales y legales; por eso la Orden de 5 abril 1932 sobre redacción de las sentencias incluía entre los hechos el móvil que por sí mismo separa y distingue los hechos delictivos, objeto de examen legal en los considerandos; así expresados los hechos, descrita la realidad externa e interna, puede predeterminar el fallo, mas no

constituye el defecto procesal impugnabile por el núm. 1 en el artículo 851 de la Ley procesal penal; como acaece en la sentencia recurrida que delata los manejos de los procesados para ampliar sus ventas, cobijados en otro nombre y otra marca y señala este propósito, pero no califica y si pudo utilizar más escrupulosamente otras palabras no emplea las del artículo 534 del C. P. y sólo en esencia coincide el conjunto con el artículo 131 de la Ley de 16 marzo 1902, pero acompañadas de actos significativos por sí mismos del delito acusado. (S. 20 diciembre 1968.)

En su estructuración formal la sentencia penal, por tratarse de una declaración de voluntad orgánica, que contiene un juicio racional trascendente, al representar la condena punitiva o absolución de un hombre, que el fallo determina finalísticamente, ha de contener necesariamente, la premisa mayor, que describa precisa, clara, expresa y terminantemente los hechos, que el Tribunal, estime como justificados para su conciencia, por la convicción psicológica de certeza que en él hayan producido las pruebas existentes en la investigación sumarial y las desarrolladas en el juicio oral, ya que así muy específicamente lo dispone el núm. 2.º del artículo 142 de la L. E. Crim., estableciendo un principio cardinal en materia procesal-penal, pues de esa básica declaración fáctica, ha de realizarse la calificación jurídica de tipicidad o antitipicidad de los hechos y deducirse la consecuencia punitiva o absolutoria definitiva, por lo que su falta deja sin base primaria al silogismo de la sentencia, y hace que el proceso racional y lógico que la constituye fáctica y jurídicamente, no sea completo.

A esta ausencia de declaración de hechos probados, equivale la práctica viciosa, que esta Sala debe desterrar, como fiel guardiana de la pureza del procedimiento, que tiene carácter de orden público y que se manifiesta, en la copia de los escritos de la acusación pública o privada, en los hechos probados aseverando a su final que no se han demostrado, pues la exigencia del artículo 142, núm. 2.º de la ordenanza procesal, no se cumple, como lo demuestra la clara repulsa del núm. 2.º del artículo 851 de la misma, cuando se hace una declaración negativa de los hechos imputados al procesado, ya que exige como indispensable, una manifestación positiva o afirmación, del estado de conciencia obtenido por el Tribunal al trasluz de las pruebas, relativas a las cuestiones objeto del «dubio», pues obrando de aquella manera, quedaría la decisión absolutoria, carente de los fundamentos indispensables de hecho, que constituyan su lógico y antecedente fundamento. (S. 23 noviembre 1968.)

b) *Cuestiones sobre responsabilidad civil*: El precepto contenido en el artículo 360 de la L. E. Civ., y los concordantes que lo desarrollan, sobre posibilidad de relegar para el trámite de ejecución de sentencia la fijación en cantidad líquida del importe de las condenas al abono de frutos, intereses, daños o perjuicios, sabido es que no tienen paralelo dentro de nuestro ordenamiento procesal penal, en el que rige la norma del artículo 142 de la Ley de enjuiciar expresiva de que se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio, norma de la que ha sido temporal y ya caducada excepción la posibilidad aceptada en el artículo 31 de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos

de Motor, de 24 diciembre 1962 de practicarse en trámite de ejecución de sentencia la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil, en los casos en que no pueda hacerse en el fallo, bien que fijando en éste las bases a que deba acomodarse. (S. 22 octubre 1968.)

c) *Pronunciamiento sobre costas*: Entre los artículos 109 del C. P. y el 240 de la L. E. Crim. se enmarca la carga económico procesal de las costas, como consecuencia de la responsabilidad criminal contraída; no pueden imponerse las costas al procesado absuelto; pero los recurrentes no fueron absueltos del delito de falsedad, no hay tal pronunciamiento en el fallo, y si en el tercer considerando la Audiencia razonó la absorción del delito de falsedad en el de estafa, no se ahorraron por ello los gastos procesales, porque en realidad los acusadores calificaban un mismo hecho, según distintas figuras que no fueron materia de investigaciones diferentes, de gastos especiales o de fallo que absolviese, cuando condena por un hecho sólo y reparte discrecionalmente las costas por mitad a los autores del delito. (S. 9 octubre 1968.)

5. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A) *Fundamento de los recursos*: Los recursos se conceden para que los condenados o perjudicados puedan mejorar su situación, no para empeorarla. (S. 5 noviembre 1968.)

B) *Recurso de casación*: a) *Legitimación para recurrir*: Es notoria la falta de legitimación del responsable civil subsidiario para discutir en casación la responsabilidad penal de carácter principal del acusado, pues según doctrina muy reiterada de esta Sala que uniformemente mantiene que el responsable civil subsidiario no puede discutir la responsabilidad penal del acusado, cuya defensa privativa corresponde exclusiva y excluyentemente al encausado. (S. 21 noviembre 1968.)

b) *Motivación: Casación por infracción de Ley*: a') *Al amparo del núm. 1.º del artículo 849*: a'') *Respeto a los hechos probados*: Con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley Enjuiciamiento Procesal, se manifiesta el deplorable vicio o corruptela, de no respetar por las partes recurrentes los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, ya que más que modificándolos radicalmente en su integridad, alteran su contenido parcialmente, lo condicionan, o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolan frases, o expresan intenciones inexistentes, o deducen consecuencias, que de consumo tratan de desvirtuar la premisa mayor y fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad, y que necesita de la indudable y categórica sumisión de las partes, utilizando un juego leal y no arbitrario y personal, para que la seriedad de la declaración del derecho, y el acto lógico y trascendente de decidir, no se resienta de informalidad y se produzca el riesgo cierto de que pueda conducir a injusticia; apoyándose este criterio con los efectos de máximo rigor, la causa de inadmisión a trámite del motivo de casación irrespetuoso con los hechos probados, que establece el núm. 3.º del artículo 884 de la propia ley procesal, que al llegar al

presente momento de la resolución casacional, por justa doctrina de esta Sala, se convierte en causa de desestimación. (S. 13 diciembre 1968.)

b") *Invocación de preceptos del Código de la Circulación*: Se incide en la causa de inadmisión primera del artículo 884 de la misma ley, por no citarse en ellos precepto penal alguno de carácter sustantivo que haya sido infrigido por la sentencia recurrida, limitándose el recurrente en uno y otro a invocar la infracción de artículo del C. Circ. Código que al ser la ordenación administrativa del tráfico viario, su infracción cuando no va acompañada de otra de carácter penal a la que le sirva de plus o complemento, no puede acarrear más que sanciones de aquel tipo; y desligada de esos preceptos penales que aquí no se invocan no puede dar contenido a un recurso de casación de la naturaleza del interpuesto. (Auto 13 noviembre 1968.)

b") *Al amparo del núm. 2.º del artículo 849: Error de hecho y documento auténtico*: A los efectos del núm. 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., son documentos auténticos, las pruebas preconstituidas públicas y privadas, que hagan perenne una realidad de hecho, existente e indudable, como expresión de una verdad acaecida y que se fija hacia la posteridad, para su valoración y efectividad, teniendo que, para alcanzar esta privilegiada condición, contener en su constitución, la forma y elementos intrínsecos adecuados, que les haga proceder de las personas legitimadas para dar fe de sus actos, y con el cumplimiento de los necesarios requisitos de observancia, y además, el contenido intrínseco preciso, para entender evidentes y ciertas las realidades que proclaman, de manera que decreten una acomodación entre lo acaecido y lo expresado, sin la más ligera sombra de duda. (S. 16 diciembre 1968.)

Quando se invoquen diligencias de reconocimiento judicial o notarial como documentos auténticos, tendrán la estimación de tales, al proceder de funcionarios legitimados dentro del círculo de sus atribuciones para realizar tales diligencias constataativas, sólo cuando expresen en ellas datos realmente objetivos que se cuenten, midan o pesen en apreciación simplemente material, pero no en cuanto además, expresen juicio de valor, deducciones, opiniones críticas o apreciaciones, ya que entonces, el discurso subjetivo del funcionario, establece un juicio de valor, que puede resultar no exacto, dando o pudiendo dar al traste con la realidad contemplada, por un posible exceso interpretativo, que al poder no contener con exactitud la realidad reconocible, sino superarla con apreciaciones deductivas, es fallible, y puede carecer de la verdad incontrovertible y real que requiere el documento para ser auténtico, e imponerse, a la voluntad del juzgador de instancia; lo que sucede, cuando tales autoridades realicen actuaciones de simple apreciación visual comparativa entre objetos, para determinar su identidad, parecido o semejanza en su función mecánica, por ser susceptible de error tan elemental procedimiento, y de depender de un criterio estimativo personal, no siempre igual, ni estable, entre diversas personas, máxime siendo imperitas en la materia examinada. (S. 6 diciembre 1968.)

La declaración del procesado en el acto del juicio oral carece de autenticidad casacional, por ser diligencia a apreciar por el Tribunal según sus facultades. (S. 18 octubre 1968.)

Se toma por base la diligencia de reconstitución de los hechos, llevada a

efecto por el Juez de Instrucción el mismo día en que éstos se produjeron; y no puede prosperar, porque si bien el documento señalado es auténtico en su aspecto formal como obra de la autoridad judicial con intervención del fedatario, no lo es el contenido del mismo (que para la casación se señala, pues se pretende poner de manifiesto y reformar la relación fáctica del Tribunal sentenciador en cuanto a la forma y causa del suceso por apreciaciones no objetivas del Juez —que no presenció como el mismo se produjo— sino a virtud de deducciones o presunciones de dicha autoridad, sin que se exprese, por otra parte, la razón de su adopción o acogimiento, aun cuando pueda con fundamento pensarse que las originarán las manifestaciones del procesado y testigos que concurrieron a la diligencia, y cuyos testimonios no pueden merecer la condición de indubitados, así como el del Instructor tampoco en aquello que no vio y deduce por lo que otros declaran o por esto y por los datos, señales u objetos que descubre o advierte, ya que en otro caso, le sería de reconocer la facultad de fijar los hechos acaecidos, y ésta sólo al Tribunal sentenciador incumbe por lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 741 de la mentada Ley. (S. 2 octubre 1968.)

La certificación del Registro Central de Penados y Rebeldes, acredita de modo indubitado que en la causa por conducción ilegal y uso ilícito de vehículo de motor ajeno, se dictó sentencia condenándole a la pena de multa de cinco mil pesetas, por lo que, al aparecer condenado a una sola pena, ha de estimarse que corresponda a un solo delito, y queda evidenciado el error de hecho en la apreciación de la prueba, en que ha incurrido el Tribunal, pues el citado documento no está desvirtuado por ninguna otra prueba de las practicadas. (S. 16 noviembre 1968.)

Cuando el documento invocado como auténtico no contradiga claramente los hechos declarados probados por la Sala de instancia, ni siquiera los amplíe complementariamente, con efectos trascendentes y beneficiosos en la valoración sustantiva, su eficacia resulta nula, debiendo inatender la alegación que que sobre él se apoyare, por su condición de irrelevante, pues sólo los hechos preteridos y debidos proclamar en la premisa fáctica de la resolución penal, por su veracidad objetiva documental, que desfiguren en su calificación adecuada, material y jurídicamente, los declarados probados a medio de la convicción psicológica de la Audiencia, son los que han de apreciarse, desechando los que no participen de este carácter, por su esterilidad intrínseca, para conseguir la casación beneficiosa. (S. 29 noviembre 1968.)

c) *Casación por quebrantamiento de forma*: a') *Tratamiento previo de las materias de quebrantamiento de forma*: Es buena práctica articular cuando se utilicen los dos tipos del recurso de casación, por forma y fondo, los de carácter formal, por la obvia razón de que estimándose el quebrantamiento de ritualidades procesales esenciales la relación jurídica procesal compleja que todo proceso representa no sería válida y no sería factible por consiguiente adentrarse a resolver un motivo de fondo, pues los vicios formales impiden, decidir un recurso material cuando el proceso está viciado y no se produjo la decisión final sobre un juicio eficaz sino anulable por virtud de la denuncia recurrente. (S. 20 noviembre 1968.)

b') *Al amparo del núm. 1.º del artículo 850: Ambito del precepto: Prote-*

ge el artículo 850, núm. 1.º, de la L. E. Crim. la pureza del procedimiento en el período probatorio para esclarecer los hechos, formar conciencia en el Juzgador y fundar las acciones de acusación y defensa; pero esta facultad está limitada por la pertinencia que impide la proliferación de diligencias no útiles, y a ello acude el arbitrio del Tribunal, que no es indiscriminada negativa, aun dentro del juicio oral donde puede negar la suspensión por estar suficientemente enterado y siempre que el inculpado no quede indefenso. (S. 30 octubre 1968.)

c') *Al amparo del núm. 2.º del artículo 850: Falta de citación:* La incomparencia de un testigo no es susceptible de casación en motivo amparado por el núm. 2.º del artículo 850. (S. 19 octubre 1968.)

No habiendo declarado responsable civil subsidiario, no había por qué citarlo. (S. 25 noviembre 1968.)

d') *Al amparo del núm. 1.º del artículo 851: a'') Ambito del precepto:* Realmente dentro del núm. 1.º del artículo 851 de la Ley citada se prevé una triple e independiente motivación impugnatoria; falta de suficiencia y claridad en los hechos que se estiman probados; contradicciones esenciales entre los propios hechos probados y consignación como tales hechos probados de conceptos exclusivamente jurídicos que necesaria y obligadamente prejuzguen, sin posible discusión, un fallo condenatorio. (S. 20 noviembre 1968.)

b'') *Falta de claridad de los hechos probados:* El recurso de casación por quebrantamiento de forma del núm. 1.º, inciso 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., está constituido según la dicción normativa, no por expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, siendo la «ratio legis» que lo permite, la ausencia de la ineludible necesidad, de que la premisa fáctica de la resolución jurídico-penal, que sirva de base al desarrollo lógico jurídico que ha de nutrirla, contenga una indudable, directa y categórica expresión de la voluntad jurisdiccional, nacida de la convicción psicológica del Tribunal de instancia, al trasluz de la interpretación soberana y en consecuencia de las pruebas, a medio de un llano relato descriptivo, inteligible en sus expresiones gramaticales y en su discurso lógico, y por lo mismo asequible en su comprensión, a cualquier interpretación común u ordinaria de todo hombre medio, sin oscuridades, inconexiones, dudas irresolubles y ambigüedades insalvables que de existir, darán lugar a la apreciación de esta infracción; y siendo este el alcance procesal de tal motivo, no hay duda que esta vía que tiende finalmente a la reconstrucción de la sentencia por quien tan desacertadamente la dictó, no puede autorizar la modificación o complementación de los hechos probados, ya que según la técnica de la casación, únicamente tal efecto puede lograrse, por el recurso de infracción de Ley del núm. 2.º del artículo 849 de la ordenanza procesal citada, pues la función de cada motivo es enteramente autónoma o independiente, y dirigida a su misión específica, sin involucraciones de unos con los otros. (S. 13 diciembre 1968.)

Imputándose al inculpado la utilización de un cheque de un talonario sustraído para pagar el alquiler de un automóvil, y otro a distinta persona en pago de una cantidad recibida, no se dice quien fuera el propietario del automóvil ni el importe del servicio, como tampoco el de la deuda que

pretendió pagar con el otro talón, ni la cuantía por la que extendió uno y otro documento, quedando también sin determinar el importe de las mercancías que se llevó sin pagar del establecimiento, como igualmente sin precisar la clase de delitos y penas impuestas en las sentencias que se citan, lo que ha motivado otro recurso de casación. (S. 2 diciembre 1968.)

Se denuncia falta de claridad al no expresar la sentencia, de acuerdo con la baja histórico-penal, que las dos sentencias por delito de estafa fueron dictadas contra el procesado el mismo día, lo cual no es oscuridad de redacción, sino omisión de dato que el recurrente considera esencial y cuya adición pudo pedir por el cauce del núm. 2.º del artículo 849, no por el utilizado, que es ineficaz a tal fin. (S. 28 octubre 1968.)

Si en todo caso y en cuanto humanamente posible es imprescindible una determinación cronológica lo más exacta que en las actuaciones permitan, de cuando tuvieron lugar los hechos que se imputen al acusado, puesto que ello puede trascender incluso en la prescripción de la acción penal, en el concreto caso contemplado esta determinación cronológica era aún más ineludible y rigurosamente inexcusable, pues entre la formulación legal del artículo 321 en el C. P. de 1944 y la actual obrada por la Ley de Bases de 23 diciembre 1961, articulada por D. de 24 enero 1963, existen y se dan tan sensibles diferencias que los mismos hechos que el Tribunal provincial declara probados, si cometidos antes de la modificación legislativa no serían delictivos, si lo fueron posteriormente se encuadran en el reformado artículo 321 que ya no requiere la atribución de la calidad fingida de profesor, bastando en la actual vigencia el ejercicio de actos de una profesión que requiera la tenencia de título oficial y el cumplimiento de otros requisitos. Lo anteexpuesto evidencia que era esencial determinar si los hechos imputados eran anteriores o posteriores a la variación legal, puesto que incluso la acusación fiscal aunque tampoco precisara en demasía, daba por lo menos una base al expresar «que desde hace varios años el procesado viene realizando actividades» de intrusismo, mientras que la Sala de instancia omite toda base de fijación temporal, pues establecer que las actividades se realizaron después de fallecer el odontólogo al que anteriormente prestaba sus servicios sin señalar tan siquiera el momento y fecha de su muerte, y decir con total ambigüedad que actuó «durante cierto tiempo» equivale a dejar totalmente imprecisados en el tiempo los acaecimientos delictivos que se incriminan. (S. 2 octubre 1968.)

El motivo demanda la casación de la sentencia impugnada por falta de claridad en los hechos que se declaran probados, que no se expresan clara y terminantemente, infracción que resulta de la frase «no guardándose todas las precauciones, singularmente la vigilancia sobre una persona tan poco práctica», el relatar que ello fue la causa que motivó el accidente que consigna sobre la caída del perjudicado, causa por resultas de la cual falleció éste, sin especificar en modo alguno ni aludir siquiera a cuáles fueran las precauciones que debiera haber tomado el inculpado para evitar dicha caída origen de los hechos motivadores de la causa en cuestión, lo que silencia también el considerando primero, que se refiere genéricamente a las disposiciones reglamentarias del trabajo, que no cita ni enumera en modo alguno; argumen-

tación que debe ser recogida, porque siendo la infracción reglamentaria un requisito constitutivo de la figura delictiva sancionada, debe ser puesto de relieve, sin que pueda dar lugar a género alguno de duda o vacilación, lo que aquí se omite, señalándose vagamente una omisión de vigilancia de la actuación del trabajador, al no ser de condición calificada; obligación que no parece desprenderse completa al patrono, ni según el Regl. de Seguridad del Trabajo de 1952, ni tampoco de la regulación general del contrato de trabajo; por lo cual se ignora en realidad la obligación supuestamente omitida, y por consecuencia la infracción reglamentaria que haya podido ser cometida, por lo que procede dar lugar a este motivo de recurso, sin necesidad de entrar en el de fondo alegado. (S. 16 diciembre 1968.)

c") *Contradicción entre los hechos probados*: No bastan hechos antitéticos e incompatibles entre sí como los significados para que la casación proceda por tal causa, sino que, como expresa la sentencia de 16 mayo 1962, es además necesario que la oposición sea relevante porque verse sobre extremos esenciales para la decisión de la cuestión en litigio, no cuando sea inocua porque su objeto carezca de importancia o trascendencia en el caso concreto por no influir en la determinación del delito ni en la responsabilidad de sus sujetos activos; caso éste, el del recurso, en el que la forma de la colisión carece de relevancia si ésta acaeció, como da a conocer el relato fáctico, porque el camión del procesado cerró por completo el paso al vehículo ligero en el que viajaban las personas que resultaron lesionadas, pues ya colisionara el camión con su parte lateral derecha o de frente, la causa del suceso no fue otra que la obstrucción y resulta indiferente cómo el encuentro tuvo lugar por ser sólo éste consecuencia de aquélla. (S. 23 septiembre 1968.)

d") *Predeterminación del fallo*: El indudable defecto procesal, de emplear en la narración de la conducta humana que se juzga en la sentencia, y que constituye los hechos probados, en lugar de palabras, oraciones y descripciones, vulgares corrientes y llanas, propias del lenguaje común y de la comprensión de todos los hombres de conocimientos culturales medios, a quien por lo general van dirigidos, por el contrario, expresiones que emplea el legislador en la definición del tipo legal, que sean exclusivamente técnico-jurídicas, que individualicen o singularicen el «nomen» del delito, o su esencia o núcleo constitutivo, y que sólo sean aprehensible en su significación semántica por los especialistas del derecho, da lugar a que se incurra en el quebrantamiento de forma del artículo 851, núm. 1.º de la L. E. Crim., porque estos conceptos jurídicos anticipan, y anacrónicamente determinan el fallo, sin constituirse, por faltar realmente la premisa mayor y fáctica de la resolución, el silogismo que toda sentencia tiene que contener estructural y lógicamente; pero si las palabras o conceptos sustantivos y de estricta juridicidad empleados, con indudable vicio adjetivo o formal, pueden ser suprimidos del relato, dejando subsistente en los acontecimientos narrados, datos que perfilen todavía los elementos fácticos necesarios para constituir la infracción delictiva castigada, es evidente que por economía procesal, y por manifestarse irrelevante y sin resultados prácticos el defecto, debe prescindirse de su denuncia, desestimándola. (S. 20 diciembre 1968.)

Para que se dé la infracción que se denuncia, los términos tienen que ser

«exclusivamente jurídicos» y no de dual contenido, por cuanto aparte tener un carácter jurídico son expresiones de uso corriente y acostumbrado, siendo de notar que realmente los hechos, no los imprecisos conceptos jurídicos, predeterminan el fallo necesariamente según sean o no posiblemente subsumidos en la descripción legal, y lo único que la Ley rituaría prohíbe es que en tal resultancia se constataran expresiones exclusivamente jurídicas que ya en el inicio de la sentencia penal prejuzgaran el fallo sin permitir posible el juicio lógico y crítico que debe contenerse en los considerandos, para realizar o no la apuntada subsunción. (S. 9 octubre 1968.)

Una y otra vez ha reiterado esta Sala que los conceptos jurídicos que deben ser excluidos del relato histórico son aquellos que tengan un contenido exclusivamente jurídico, y que vengan a suponer una forzosa subsunción en determinados preceptos tipificadores de infracciones delictivas, puesto que la Ley quiere bien que en este primer resultando se concreten exclusivamente actuaciones meramente fácticas, que no impongan previamente el encuadramiento en figuras delictivas, lo cual significaría prejuzgar ya en el comienzo de la sentencia el fallo condenatorio, sin dejar libre el juicio lógico para adecuar o no los hechos realizados en las conductas tipificadas como delictuales y punibles. No es este el caso de autos, en el que los términos utilizados no son estrictamente jurídicos sino de uso común y expresión acostumbrada para expresar la idea de apoderamiento, no habiendo coincidencia incluso entre decir que se «había apoderado de una llave», con la expresión, «sustraídas al propietario» que el artículo 510 utiliza; ni la hay tampoco en expresar que para lucrarse «sustrajo» las botellas, cuando en el artículo 500 se habla de «apoderamiento de cosas muebles». No fueron pues utilizados conceptos jurídicos, sino expresiones vulgares a las que forzosamente los Tribunales tienen que acudir para expresar claramente la idea de que alguien se apoderó de cosas muebles que no le pertenecían y que lo hizo con la finalidad de lucrarse. (S. 11 octubre 1968.)

La frase «...entidad que pretende la mutación por la fuerza del vigente Estado Español...» que señala el recurrente como predeterminante del fallo, no merece este calificativo, pues es el modo de relatar con claridad y precisión lo ocurrido y aunque sea de parecido significado del párrafo 3.º del núm. 1.º del artículo 174 del C. P., ha de tenerse en cuenta que a los Tribunales de instancia no se les puede limitar su libertad para relacionar los sucesos, siempre que no sustituyan los hechos, haciéndolos desaparecer de la relación fáctica, por la definición legal, que no es el caso contemplado. (S. 15 octubre 1968.)

La frase señalada como predeterminante del fallo, especialmente en lo que alude a las tablillas que existen en una parte de la finca con la palabra «vedado» y otras con el carácter jurídico-especial «Vedado de Caza», no predice el fallo del modo especial que exige la Ley para que sirva de fundamento a la nulidad de la sentencia; o sea, sustituyendo los hechos por una frase de exclusivo significado jurídico, que los oculta impidiendo al Tribunal de casación su estudio y debida calificación. (S. 23 octubre 1968.)

No son conceptos jurídicos las expresiones de la narración: «que como tales (novios) eran tenidos en la opinión pública de B.», es constatación de una

creencia pública, hecho manifestado con palabras corrientes que influye, es verdad, como todos los hechos en el fallo, pero no porque sean términos exclusivamente jurídicos, son la afirmación de que los vecinos al ver juntos con frecuencia a los jóvenes formaron su conciencia sobre la naturaleza de sus relaciones amorosas. (S. 24 octubre 1968.)

La utilización en la declaración de hechos probados de palabras o frases que figuran en los textos legales no puede atribuir a aquéllas conceptualización jurídica cuando sean la expresión de hechos corrientes y vulgares que tienen una denominación propia y conocida por todos, denominación que no tiene que rehuir el legislador ni los Tribunales para que los mandatos de aquél y las resoluciones de éstos sean fácilmente comprensibles y puedan ser acatadas por aquéllos a quienes van dirigidas; y de aquí, que, al decir los hechos probados que se dio el cheque en pago de un servicio contratado, la palabra «pago» no expresa un concepto, aunque figura en el artículo 535 bis del C. P., al formular el del delito de cheque en descubierto, porque es la manera ordinaria de expresar el hecho de saldar o extinguir una obligación mediante la entrega de dinero o signo que le represente; palabra que en el caso del delito que se persigue es forzoso utilizar al no usar otra equivalente y de igual significado que dé a conocer que el cheque se dio «en pago» y no en otro concepto, ya que de otro modo no había manera de sancionar el delito, al ser precisamente en esa función liberadora en la que el cheque ha quedado protegido penalmente. (S. 6 noviembre 1968.)

Si se anticipa anacrónicamente la condena o la absolución a que debe llegar todo fallo de la sentencia que pone fin al proceso penal, empleando en los hechos probados, conceptos jurídicos que lo predeterminan, se da lugar al motivo de casación por quebrantamiento de forma del núm. 1.º, inciso 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., puesto que en el relato fáctico, antecedente indispensable de aquél, sólo deben utilizarse expresiones de uso vulgar, llano y común que sirvan para el logro descriptivo directo y comprensible de la conducta juzgada, con repulsa de las palabras u oraciones, que tenga estricta significación técnico-jurídica, por resultar exclusivamente aprehensibles en su significación semántica para los juristas, aunque no se prescriban las que siendo jurídicas, resultan de conocimiento y uso ordinario, para las personas de cultura media en cuanto a su evidente significado, porque pertenecen por ello al mundo de la cultura generalizada y no al propio de una clase de especialistas técnicos, sucediendo así, aunque sean repetición de las expresiones empleadas en el tipo legal. (S. 13 diciembre 1968.)

Decir que el procesado recurrente compró determinada mercancía conociendo su ilícita procedencia, no es consignar un concepto jurídico, sino expresar un hecho, el conocimiento que el adquirente tenía del origen de lo que se le ofrecía en venta, y sin cuya expresión sería imposible determinar si la adquisición era o no delictiva y no habría manera de perseguir esta clase de delitos, si los hechos probados silenciaran tal esencial requisito; por eso, al decir la sentencia que el comprador sabía que lo que adquiría se encontraba ilícitamente en poder del vendedor, sienta una premisa fáctica ineludible para la tipificación de este delito; cosa que ocurre en la calificación de toda clase de infracciones penales, que han de fundamentarse en los hechos que se declaran probados ya que de otro modo las sentencias serían

incongruentes si sus diversas partes no guardasen conexión entre sí formando un todo armónico y acabada. (S. 11 noviembre 1968.)

El empleo de los vocablos «conducción descuidada» y también «enorme y peligrosa velocidad» porque se trata de expresiones vulgares, asequibles a toda inteligencia de carácter no técnico, y que no son ni mucho menos las empleadas en el texto legal del párrafo 1.º del artículo 2.º de la L. 1962, en que se habla de temeridad manifiesta o de poner en peligro la seguridad de la circulación, a cuyo alcance no llegan las expresiones consignadas. (S. 16 noviembre 1968.)

La expresión «para su pago» que inserta la Audiencia en la narración histórica es tan corriente y vulgar y tan al alcance su uso de cualquier persona de la más rudimentaria cultura, que no indica por sí, fuera de su ordinario empleo, la definición del delito ni su utilización es censurable cuando más que oscurecer presta claridad al relato que, si se ha de construir sin acudir a términos eminentemente jurídicos que estén por su tecnicismo fuera del lenguaje popular, no repele, sin embargo, el empleo de vocablos con los que el pueblo se expresa aunque sean coincidentes con los de los tipos penales, por lo que no se entienden en el caso del recurso que los consignados sean predeterminantes del fallo; y con relación a la otra expresión denunciada, en la que se subrayan las palabras «circunstancias que conocía el procesado», procede decir que no son precisamente éstas las que entran en la definición penal, sino que el legislador se sirvió al efecto de la locución «a sabiendas», que es distinta, si bien su significación sea la misma porque de algún modo había de dar a conocer el punible acacimiento, y no merece tampoco la tacha, de la que por la misma consideración queda libre la mención fáctica de la presentación del talón al cobro y su ineffectividad por no existir en la cuenta fondos bastantes. (S. 29 noviembre 1968.)

Si bien para relatar el suceso se hubieran podido utilizar palabras o frases de idéntico significado, pero distintas que la empleada tan repetidas veces «apropiación», ello no nos conduce a la nulidad de la sentencia por predeterminación del fallo, toda vez que es palabra de carácter vulgar y uso corriente, sin alcance jurídico, por no haber sido utilizada por el legislador con exclusividad para definir el delito, cuyo nombre está formado con las palabras que componen el epígrafe del capítulo; y sin la unión de las dos últimas «apropiación indebida», no se concibe esta figura delictiva, pues también, y en determinados casos de la vida cotidiana, puede llegarse a la apropiación de las cosas o a su incorporación al patrimonio propio, por vía lícita y permitida. (S. 30 diciembre 1968.)

c') *Al amparo del núm. 2.º del artículo 851: Falta de declaración de hechos probados*: El motivo del recurso fue formalizado por quebrantamiento de forma al amparo del núm. 2.º del artículo 851 de la L. E. Crim.; y no puede ser acogido porque dejara el juzgador de incluir en su sentencia determinados hechos que estima esenciales, el recurrente, para el más completo relato de lo sucedido y para su adecuada calificación jurídica, cual es la obra pendiente cuando el procesado suspendió los trabajos y diferencia existente entre el valor de los realizados y lo percibido como precio, pues ambas omisiones pudieron obedecer a deficiencias de prueba y su subsanación

no cabe en la vía de recurrir utilizada, en la que sólo procede examinar si se hizo declaración expresa de hechos probados o si nada más se dijo que no lo habían sido los alegados por la acusación, y es indudable que aquella declaración fue hecho de manera terminante, como revela la lectura de la relación fáctica. (S. 9 noviembre 1968.)

d') *Al amparo del núm. 3.º del artículo 851: No resolución de todos los puntos objeto de debate:* Toda pretensión de parte procesal, en ordena la descripción de la conducta humana juzgada penalmente, y a su calificación jurídica y consiguiente punición o absolución, debe ser objeto de la decisión judicial y de su contenido valorativo o axiológico, para determinar su existencia o inexistencia material fáctica, y para definir su alcance típico o atípico en lo lícito o ilícito penal, porque así lo impone el principio de la congruencia, que exige, como garantía de un acertado y preciso juicio lógico, la adecuación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el órgano jurisdiccional, so pena de incurrir si se omite dar solución a las pretensiones en el quebrantamiento de forma que establece el núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim.; pero a condición de que las cuestiones de hecho o de derecho reclamadas, se hayan precisado en el momento y con las formalidades necesarias dentro del proceso, que no es otro que en el escrito de conclusiones definitivas, a que se refieren los artículos 650 a 652 y 732 de dicha ley adjetiva, por ser en el que formalmente deben cristalizar y concretarse las peticiones últimas, quedando por lo mismo sin eficacia las realizadas irregularmente fuera de ese escrito, o las que carezcan de constancia oficial, y debiendo por fin, de entenderse resuelta una petición, cuando excluyentemente se acepta la contraria, en una opción electiva que racionalmente, por su incompatibilidad la repudia, al no poder una misma cosa ser y dejar de ser, al propio tiempo. (S. 18 diciembre 1968.)

Es evidente que la resolución de instancia no resuelve sobre todos los puntos objeto de acusación y defensa, ya que, dado que en el encabezamiento de la sentencia se consigna que hoy recurrente estuvo presente en el proceso en concepto de acusador particular, representado por Procurador y bajo la dirección de Letrado, que compareció en el juicio oral, sin que conste en el acta acreditativa de su celebración que se preguntase al procesado, sobre su conformidad con las conclusiones del actor, de indudable mayor gravedad que las del M.º Fiscal, según preceptúan los artículos 688 y 689 de la Ley procesal, es patente que la sentencia de instancia dejó sin resolver en su totalidad las cuestiones planteadas por esta parte, que, con legitimidad acreditada, actuaba en la causa. (S. 21 octubre 1968.)

Lo que hay que resolver en el fallo son las cuestiones jurídicas, porque las de facto quedan resueltas en la narración de hechos probados al relatar éstos en la forma que el Tribunal estima que acaecieron en vista de las pruebas practicadas apreciadas libremente y en conciencia según el artículo 741 de la L. E. Crim., luego las omisiones o defectos en la declaración de hechos probados no pueden ser materia de un recurso del núm. 3.º del artículo 851. (S. 29 octubre 1968.)

El único motivo del recurso interpuesto por quebrantamiento de forma del núm. 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., ofrece la particularidad de que,

el procesado acusado por el querellante —única parte acusadora— de dos delitos, uno privado perseguible a instancia de parte, y otro de oficio público, recurre en casación por haber silenciado el Tribunal en el fallo pronunciamiento sobre este segundo delito; y como todo lo que no sea fallo condenatorio hay que estimarlo favorable al reo, aquí aparece el procesado recurriendo de lo que le favorece, cosa inadmisibile en todo ordenamiento jurídico, donde los recursos se conceden para que los condenados o perjudicados puedan mejorar su situación, no para empeorarla, principio que por sí solo haría insostenible el recurso; recurso que en el presente caso carece de fundamento y descansa en no haber examinado el recurrente las actuaciones, como lo ha tenido que hacer esta Sala para estudiar la falta que se atribuye al Tribunal sentenciador, ya que al folio 13 del rollo de la Audiencia aparece un auto de dicho Tribunal, donde se tiene por hecha la calificación «única y exclusivamente en cuanto a las supuestas injurias al querellante» eliminando por tanto la calificación referente al delito público; o sea, que el sumario que nació para perseguir un delito privado y por tanto sin intervención del M.^o Fiscal, cuando la acusación quiso extenderlo a uno de desacato o injurias a la Autoridad, el Tribunal se opuso, sin que contra ese acuerdo el querellante formulase recurso o protesta alguna, conformándose por tanto a que el procedimiento siguiera sólo para perseguir el delito que había motivado la querrela. (S. 5 noviembre 1968.)

La frase contenida al final de la resultancia fáctica de «no se prueban otros hechos que los expresados», tiene un sentido completamente distinto, al interpretado por el recurrente en su tesis impugnatoria, significando únicamente que la Sala ha tenido presentes las alegaciones de la defensa referentes a la excesiva duración de las lesiones debidas a la conducta del lesionado y no las ha estimado suficientemente probadas y al no serlo, no tenían por qué detallarse. (S. 7 noviembre 1968.)

Bajo el amparo del núm. 3.^o del artículo 851 de la L. E. Crim., se denuncia la sentencia de instancia, por no resolver todas las cuestiones planteadas por la defensa, basándose en que habiéndose centrado ésta, en el estado mental del procesado, presentando en prueba de un aserto, documentos de la Capitanía General de Canarias, justificativos de haber sido dado de baja en la Legión a consecuencia de su estado psíquico; lo que si bien extractadamente se recoge en el tercer resultando de la sentencia recurrida, consignándose que la defensa solicitó la absolución de su patrocinado, por los ataques epilépticos que padece, ni el hecho probado hace la más ligera alusión positiva ni negativa a cuestión de tanta trascendencia en el proceso, como la de hacer declaración sobre su capacidad o incapacidad, ni en el considerando correspondiente a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se razona sobre la apreciación o no de la eximente del núm. 1.^o del artículo 8.^o del C. P.; pues aunque repetidamente tiene declarado esta Sala, que las sentencias condenatorias o absolutorias resuelven todas las cuestiones planteadas, no puede entenderse la doctrina en términos tan absolutos, de que pueda prescindirse de hacer pronunciamientos sobre los puntos fundamentales debidamente propuestos al Tribunal, como es el planteado por la defensa, referente a la incapacidad del procesado, y es así que

tampoco en la parte dispositiva de la sentencia se expresa la existencia o inexistencia de circunstancias eximentes, cual podría ser la enajenación mental propuesta. (S. 7 noviembre 1968.)

El Tribunal no tiene que hacer declaración expresa sobre el bien jurídico protegido en el delito que sanciona, bastando con decir cuál sea ese delito, ya que en cada uno va embebido el bien que el legislador quiso proteger y que generalmente lo da a conocer en la exposición de motivos o preámbulo que precede al articulado de toda Ley penal, y que en el caso que se contempla no es otro que el de protección de la mujer, que no puede quedar abandonada porque se encuentre caída, ya que entonces es cuando con mayor energía debe actuar la Ley para arrancarla del vicio y de la explotación. (S. 10 diciembre 1968.)

La representación de los procesados alegó que concurría a favor de los mismos la expresada causa de atenuación, con carácter de muy cualificada, cuestión, que la sentencia no resolvió; argumentación que debe ser acogida, porque efectivamente, alegada la circunstancia citada y recogida en la forma que se indica, la cuestión fue resuelta en el considerando tercero de una manera extraña y anormal, pues sobre el extremo se dijo textualmente: «y en cuanto a la atenuante alegada por la defensa, no es posible su aplicación por carecer de hecho enjuiciado de todas las circunstancias precisas y concurrentes para apreciar la existencia de fuerza y que ésta sea irresistible», confundiendo así la circunstancia alegada, relativa al arrepentimiento espontáneo, con la relativa a la fuerza irresistible (art. 8, núm. 9.º), eximente que no figuraba alegada; con lo cual la verdaderamente interpuesta queda sin resolución, y ante ello no cabe otra resolución que la de acoger el recurso, con sus legales consecuencias, sin que sea por tanto necesario examinar los restantes motivos aducidos por esta parte, ni los del otro recurrente al ser precisa la devolución de la causa al Tribunal de instancia para la subsanación de la falta procesal que se recoge. (S. 20 diciembre 1968.)

e') *Al amparo del núm. 4.º del artículo 851: Punición por delito más grave*: El delito sancionado de abusos deshonestos del artículo 436, párrafos 1.º y último, del C. P., si bien distinto del de escándalo público del 431 del mismo Ordenamiento por el que acusó el Ministerio Fiscal no es más grave que éste, castigado con arresto mayor y multa, en tanto que aquél lo está con esta última pena solamente, y únicamente la mayor gravedad del sancionado con relación al acusado daría lugar a la casación, de acuerdo con el precepto rituario penal en el que el motivo se apoya. (S. 5 octubre 1968.)

El principio acusatorio, uno de los inspiradores de nuestro vigente sistema de enjuiciar en el campo penal, se plasma en lo que interesa a los fines del actual recurso en el precepto del número 4.º del artículo 851 de la Ley fundamental, que autoriza al recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando se pena un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733 de la misma Ley, mas el principio no se conculca, y en consecuencia la normativa no se quebranta, cuando sin haberse deducido pretensión alguna por las partes acusadoras el juzgador *a quo*, amparado por lo dispuesto en el artículo 67 del C. P., decreta la prohibición, por el tiempo que

precisa, de que el reo vuelva al lugar en que cometió el delito, o en que resida la víctima o sus familiares, posibilidad de la adopción de cuyo acuerdo, incluso sin excitación de parte, dimanante de que el delito fue correctamente calificado —inaplicación por lo tanto del artículo 733 de la Ley procesal penal—, y de que no se pena delito más grave que el que fue objeto de la acusación, limitándose el Tribunal de instancia a aplicar una medida que pese a la similitud de sus efectos con los de la pena principal de destierro, no la reputa el legislador pena principal, y ni siquiera accesoria, teniendo carácter simplemente secundario y de tipo preventivo. (S. 8 octubre 1968.)

d) *Requisitos formales*: a) *Formalidades en la interposición*: En la preparación del recurso obliga a puntualizar el recurso que se pretende interponer y el número concreto de los artículos 850 u 851 que se pretenda utilizar, habiéndose declarado reiteradamente por esta Sala que es motivo de inadmisión de un recurso de esta clase el hecho de omitir en el escrito de preparación correspondiente, la cita y número en su caso del artículo de la Ley que justifica la clase de recurso que haya de interponerse (SS. de 19 enero, 8 abril 1957 y 11 junio 1960). Se incide, pues, en la inadmisión prevista en la causa cuarta del artículo 884. (Auto 15 octubre 1968.)

b) *Omisión del breve extracto del motivo*: Ninguno de los dos motivos del recurso del Ministerio Fiscal aparecen encabezados por el breve extracto de su contenido, que previene el número 1.º del artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que inciden en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la propia Ley, que en este trámite, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, es fundamento suficiente para desestimarlos, a lo que en conciencia, se ve obligada la Sala, por la benévola calificación y penalidad de la sentencia del Tribunal de instancia y el mayor rigor calificadorio y más grave sanción que de entrar en el examen y resolución del fondo de los motivos pudieran resultar. (S. 16 octubre 1968.)

c) *Cita del artículo amparador del motivo*: El recurso de casación es concebido por la Ley adjetiva, como eminentemente formal, al requerir en su manifestación material, el cumplimiento estricto de las exigencias detalladas que precisa, bajo pena de inadmisión, que establece el artículo 884, párrafo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al proclamar su repulsa al trámite, cuando en su expresión escrita, no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición, entre los que el precepto del artículo 874, en su número 2.º establece, la necesidad de consignar el artículo de dicha Ley que autorice cada motivo de casación, puesto que siendo diversas las normas que regulan cada motivo y las exigencias a guardar, y distinto su ámbito, debe especificarse la vía seguida, para que el orden público procesal no padezca y se conozca la adecuación y observancia de las exigencias legales impuestas para que el recurso sea examinado. (Auto 25 octubre 1968.)

e) *Petición de conmutación de pena*: Dada la forma de desarrollarse el hecho, de las circunstancias del procesado y de sus relaciones con la familia perjudicada, a través de su madre, que le servía como doméstica, resulta excesiva la pena impuesta en rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley; y en consecuencia, haciendo uso la Sala de la facultad que le concede:

el párrafo 2.º del artículo 2 del C. P. en relación con el 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acuerda, y así lo plasmará en el fallo, elevar exposición al Gobierno y proponer la conmutación de la pena de diez años y un día de presidio mayor, por la de cinco años de presidio menor. (S. 4 noviembre 1968.)

II. PARTE ESPECIAL

A.—*Procedimiento de urgencia*: a) *Aportación extemporánea de documentos*: Dando cumplimiento al artículo 798 el documento que pretendió aportar, lleva fecha de 21 de febrero de 1966 y el escrito de calificación provisional es de 28 de abril del mismo año, luego tiempo tuvo para presentarlo con dicho escrito, y aunque lo hiciera después al amparo del artículo 800, está bien rechazado, pues el tal documento es una manifestación ante un funcionario inglés por el súbdito de tal nacionalidad, procesado en esta causa y declarado en rebeldía, el que hace constar en tal declaración que conoce la existencia de la causa contra él y el recurrente, pero no obstante no se presenta, circunstancias todas que hacen perfectamente adecuada la inadmisión acordada por la Audiencia de lo que en definitiva no es más que la declaración de un procesado rebelde que se encuentra en país extranjero. (S. 23 noviembre 1968.)

b) *Cuestión sobre responsabilidad civil*: Es extemporáneo pretender la declaración provisional de responsabilidad civil subsidiaria al amparo del artículo 790 o del 793 en la calificación provisional. (S. 25 noviembre 1968.)

B.—*Procedimiento de extradición*: *Petición procedente*: El instituto de la extradición, mediante el cual puede lograrse que un Estado haga entrega a otro de una persona acusada de la comisión de infracciones de índole criminal que se encuentre en el territorio del primero, para que se le pueda enjuiciar, implica un acto de asistencia jurídica internacional, y se halla regido por una serie de principios admitidos con carácter de generalidad en las normativas aplicables, siendo uno de ellos el de la especialidad, según el cual el Estado que recibe al sujeto no puede extender el enjuiciamiento ni la condena a hechos distintos, ni infracciones diversas, de los que específicamente motivaron la extradición, principio en efecto plasmado en los Tratados internacionales suscritos por España, entre ellos el que ahora interesa de fecha 2 de mayo de 1878, en los que se proclama que el individuo que fuese entregado no podrá ser perseguido ni juzgado en juicio ordinario por otra infracción que no sea la que motivó la extradición, a menos que conste el consentimiento expreso y voluntario, dado por el acusado y comunicado por el Gobierno que lo entregó; y recogido también en el número 2.º del artículo 7.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958, que regula la extradición, condicionándola a la promesa formal del Gobierno del Estado requirente de que el sujeto no será perseguido por infracciones anteriores y ajenas a la solicitud formulada, salvo que consienta expresamente en ello.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 827, párrafo 1.º, dispone que la petición de extradición procederá en los casos que se determinen en los Tratados vigentes con la Potencia en cuyo territorio se hallare el individuo reclamado; y con mayor concreción a los fines que ahora interesa,

proclama el artículo 1.º de la citada Ley de 26 de diciembre de 1958, que las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición se regirán en primer lugar por lo convenido en los Tratados, esto es, el Tratado de extradición es, para los delincuentes que escapen al extranjero y que son entregados a solicitud del país en que el acto se cometió, la ley con toda prioridad aplicable, hasta tal punto de afirmarse por la doctrina científica, y acogerse en la de esta Sala (Sentencia de 22 de junio de 1934), que el Código del país en que ha de ser juzgado sólo rige bajo la condición previa del Convenio, quebrantándose en otro caso el principio *nullum crimen sine lege* al no observarse la debida subordinación de todas las leyes penales al Tratado, abandono recíproco del derecho de asilo, y del que surge una recíproca autolimitación de la soberanía del Estado verificada en nombre del principio de solidaridad internacional, extensiva esta doctrina a aceptar que el Tratado de extradición debe considerarse parte constitutiva de la legislación española y, por tanto, con fuerza suficiente para regular la materia que rige, no sólo en lo que se refiere a las relaciones internacionales entre los Estados contratantes, sino en cuanto afecta a la situación jurídica dentro del territorio nacional de los extraídos en virtud de solicitudes formuladas por los Tribunales españoles. (S. 5 noviembre 1968.)

ARTZ Gunther: «Der Strafrechtliche Schutz der Intimsphäre» (La protección penal de la intimidad personal) (Tübingen, 1970, J. C. B. Mohr), pág. 336 23,5 × 16 cms. Brosch DM 48,50, Lw. DM 54.

El Dr. G. Arzt ha tenido el acierto de escoger, para su escrito de habilitación, un tema sumamente importante y actual. En Düsseldorf, en 1954, la 42.^a Asamblea de juristas alemanes formuló, entre sus conclusiones, la necesidad de que el Derecho penal complemente y robustezca la hasta ahora insuficiente protección civil y procesal de la intimidad de la persona tan amenazada en la actualidad. En los últimos años ha aumentado todavía más la gravedad del problema, como puso de relieve el Catedrático Novoa Monreal, en la conferencia pronunciada sobre los problemas modernos del Derecho penal, en el mes de octubre de 1969, en la Universidad de Madrid. Especialmente merece tenerse en cuenta este punto en España, donde la legislación y la doctrina, nada o casi nada dicen acerca de este tema (cfr. Rodríguez Devesa, Parte Especial, 3.^a edición, 1969, p. 298).

La obra consta de tres capítulos. El primero trata de la protección de la intimidad en el campo jurídico no penal, especialmente en el campo civil y en el procesal; analiza la legislación, la jurisprudencia y la doctrina respecto al derecho a la intimidad en los dibujos, en las imágenes (fotografías), en la conversación (con amplia exposición de los problemas en el uso de aparatos magnetofónicos), y en la vida privada (con diversas consideraciones, según el rango socio-político del sujeto pasivo).

El capítulo siguiente analiza el contenido de los preceptos penales en Alemania acerca del delito de violación de la intimidad. Abarca dos partes. En la primera expone el parágrafo 182 del Proyecto 1962, que incrimina la publicación de hechos que pertenecen a la vida privada de las personas, el llamado delito de indiscreción. Comienza por el análisis del bien jurídico protegido (merecen leerse especialmente las páginas 156 ss. dedicadas al valor que debe concederse a la *exceptio veritatis*), la relación entre la intimidad y el honor, y el contenido del parágrafo en los principales casos concretos; expone los elementos típicos y las causas de justificación, y discute la problemática del error en cuanto tal. Escribe páginas muy atinadas respecto al consentimiento del sujeto, así como respecto a los derechos y obligaciones de la prensa, teniendo en cuenta lo expuesto en el primer Congreso de Juristas alemanes e italianos, en Roma (1966), sobre la libertad de prensa y los derechos de la personalidad, y comentando los rapports de la 42.^a Asamblea de los Juristas alemanes sobre el desarrollo de los medios de información y la defensa de la intimidad de las personas. Después señala los puntos de fricción con otros tipos (delitos de injurias, coacciones, revela-

ción de secretos, perturbación de la administración de justicia) y termina con un régimen —páginas 229-236— de notable valor dogmático. Sería interesante establecer una comparación entre la doctrina aquí expuesta y el descuido de la legislación penal española para proteger la intimidad personal frente a la indiscreción de los medios de información, y por otra parte su cuidado excesivo para proteger las instituciones y las personas políticas.

En la segunda parte, de este capítulo segundo analiza —con inteligentes observaciones críticas— las figuras descritas en el párrafo 298 del actual Código penal alemán y el párrafo 183 del Proyecto gubernamental de 1962: el bien jurídico, los elementos típicos, los problemas concurrenciales, los correctivos, los casos cualificados. Entre las conclusiones que formula Arzt, destaca la falta de precisión en el párrafo primero del núm. 1, y la necesidad de una mejor distinción entre el delito de escuchar a través de un tercero y el de grabación en un aparato magnetofónico por un interlocutor (delitos menos graves).

El tercer capítulo propone las conclusiones y la formulación *de lege ferenda* del párrafo 182 del Proyecto de 1962. Se detiene ampliamente en la fundamentación del texto presentado como proyecto. Estas páginas merecen tenerse en cuenta por el legislador alemán y por los legisladores de otras naciones. A continuación analiza la relación —con frecuencia tan oscurecida— entre protección civil y la protección penal de la intimidad, la congruencia de los presupuestos típicos que regulan estos supuestos en las dos parcelas (civil y penal) del mundo jurídico, y las diversas sanciones (pena, indemnización económica por los perjuicios causados), y Busse: los autores del Proyecto Alternativo ofrecen a este respecto puntos de vista diversos (*Straftaten gegen die Person. Erster Halbband, 1970, pp. 53 s.*).

Las páginas finales contienen unas atinadas conclusiones, la bibliografía y el índice por materias.

Entre los valores de esta monografía conviene destacar la seriedad metodológica. Arzt se apoya con frecuencia y con inteligencia en la jurisprudencia alemana y en la moderna literatura alemana y extranjera (sobre todo de lengua inglesa). En el terreno del Derecho Comparado es necesario añadir las importantes innovaciones introducidas en la legislación francesa, con posterioridad a la publicación de este libro, en la ley «*Droits individuels des citoyens. Loi, núm. 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*».

De la lectura de estas páginas se desprende la necesidad de una continúa puesta al día de la legislación y doctrina penal. Arzt abre algunos caminos para avanzar en este sentido. Se desprende también —aunque indirectamente— la coincidencia que cada vez más existe en el campo internacional: cfr. El Proyecto Soler, título VI, de la Parte Especial, artículo 196 ss., que incriminan los «*Delitos contra el ámbito de la intimidad*»; violación de secretos, violación de domicilio, turbación de actos religiosos y de la paz de los difuntos.

BAUMANN, Jürgen y otros: «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person. Erster Halbband. (Proyecto Alternativo de un Código Penal. Parte Especial. Delitos contra la persona. Parte Primera)», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, 99 págs.

El grupo de profesores que está elaborando un Proyecto Alternativo de Código Penal presenta ahora la primera parte de los delitos contra las personas. En una segunda parte se contendrán, entre otros, los delitos contra el honor, las lesiones de la esfera de la intimidad y los delitos de peligro general.

En el Título Primero (§§ 100 a 104), dedicado a los «delitos contra la vida», se regulan todas las variantes de muerte dolosa en sólo dos preceptos. En el § 100 se castiga el homicidio doloso con privación de libertad no inferior a cinco años, autorizándose al juez a imponer facultativamente la pena de reclusión perpetua en determinados casos de homicidio doloso que en parte coinciden con el asesinato tradicional, pero en parte no: por ejemplo, «cuando con una o varias acciones se mate a varias personas». En ese mismo § 100 se consideran homicidios privilegiados, castigados con privación de libertad de hasta cinco años, los supuestos del autor cuya culpabilidad se halla notablemente disminuída a causa de sus móviles o de una poderosa emoción, y de la mujer que mata al hijo durante o inmediatamente después del nacimiento. Destacan como novedades importantes, por consiguiente, que en los homicidios agravados (la expresión «asesinato» desaparece) no se impone nunca como pena única la de la reclusión perpetua, que se prescinde de las reglas generales del concurso —y se puede privar de libertad de por vida— en los casos de varios homicidios simples en concurso real o ideal, y que la muerte que la madre causa al hijo durante o a raíz del parto queda privilegiada independientemente de la legitimidad o ilegitimidad del hijo (en la Fundamentación del Proyecto se argumenta que la situación psíquica excepcional condicionada por el nacimiento supone una disminución de la culpabilidad tanto si el hijo es legítimo como si no).

En el caso de que coincidan en un homicidio doloso los presupuestos de agravación y de privilegio se preve una pena de hasta diez años de privación de libertad. El § 101 regula la muerte a petición de la víctima; el § 102 el homicidio imprudente; y el § 103 la no evitación de suicidio: esta omisión sólo es punible cuando el suicida sea menor de dieciocho años o padezca una perturbación psíquica y además —segundo requisito— el que omite tenga una posición de garante. En el § 104 se dispone la no antijuridicidad de la muerte de un niño durante el nacimiento cuando, según los conocimientos médicos sea necesaria para evitar un serio peligro para la vida o la integridad física de la madre.

Se esperaba con interés la propuesta de regulación del Proyecto Alternativo de un delito con tanta carga ideológica como el aborto.

La Exposición de Motivos comienza señalando la ineficacia de la actual prohibición penal del aborto: el número de abortos representa, por lo menos, un tercio del de los nacimientos y es posible, incluso, que la cifra de seres abortados supere a la de los nacidos; en cualquier caso, los cálculos más prudentes hablan de varios cientos de miles de abortos al año. Y, no obstante,

en los años de 1963 a 1965 sólo fueron condenadas 3.621 personas por este delito.

Esta situación condiciona, a su vez, la ineficacia de las vigentes disposiciones penales. El juicio de desvalor sobre el aborto pierde su fuerza de convicción, se dice en la Exposición de Motivos, si las acciones prohibidas son cometidas por innumerables ciudadanos, si todo el mundo sabe que la pena sólo se aplica —y por casualidad— a muy pocos. Escasa intimidación puede esperarse de esos preceptos cuando la posibilidad de ser condenado es tan pequeña que la comisión del hecho no supone ningún riesgo serio. No puede sorprender por ello, continúa la Exposición de Motivos, que en la práctica de los tribunales el aborto se haya convertido en un delito venial; las culpables de autoaborto han sido condenadas en los últimos años, en casi el 90 por 100 de los casos, con multa o con pena privativa de libertad inferior a tres meses y remitida condicionalmente.

No sólo la ineficacia es lo que reprochan los autores del Proyecto Alternativo a la regulación vigente, sino también sus consecuencias de carácter negativo. Como a los médicos les está prohibido practicar abortos y muchas mujeres embarazadas no consiguen encontrar la vía de un país con una legislación penal menos rigurosa o de un médico que actúe en Alemania fuera de la ley, eligen el camino del autoaborto o se ponen en manos de una persona médicamente incompetente. La consecuencia indirecta de la actual regulación es, se afirma en la Exposición de Motivos, que en gran número de intervenciones abortivas se causa la muerte de la mujer o lesiones de su integridad física.

Para los autores del Proyecto Alternativo, el Derecho vigente y el Proyecto de 1962 decansan en el error fundamental de que el legislador cree que es suficiente prohibir y amenazar con una pena aquellas acciones que no deben suceder, y de que no percibe la responsabilidad que tiene por la eficacia o ineficacia y por los efectos secundarios de sus prohibiciones.

Una ley debe tratar de conformar la realidad de acuerdo con las directrices fijadas. El fin de los preceptos sobre el aborto debe ser el de tratar de contener su número en lo posible, ya que prescindiendo de situaciones de excepción, la muerte de un embrión no es sólo reprobable éticamente, sino que supone la destrucción de un bien jurídico. El auténtico problema para los autores del Proyecto Alternativo es, por consiguiente, encontrar el camino mejor para alcanzar la mayor protección posible del feto que pueda realizarse con los medios del Derecho penal.

La mayoría de los autores del Proyecto estima que la mejor regulación (dentro del marco de lo factible) es la de dejar impune el aborto cometido dentro de los tres primeros meses del embarazo, exigiéndose, en determinados casos, que la mujer justifique haber acudido a un consultorio de orientación. Estos consultorios deberán estar en situación de prestar ayuda económica, social y familiar. También deberán hacer patente a los que acuden que el aborto es médicamente una intervención de carácter grave que acarrea la destrucción de una vida, y que ello supone la infracción de una elevada responsabilidad ética.

Pero la embarazada ha de acudir al consultorio sin el temor de que ello puede hacer jurídicamente inviable el aborto. Y esto sólo es posible si

se acepta que, cumplido el requisito de asesoramiento, la mujer puede ya abortar impunemente. Los autores del Proyecto recalcan, sin embargo, otra vez, que la regulación propuesta no supone que aprueben el aborto, sino que sólo con ella es factible contener su elevado número actual; afirman que su regulación es, en cualquier caso, un medio mucho más eficaz que la mera pero inoperante prohibición penal de ese hecho.

En consecuencia, el § 105 del Proyecto declara impune el aborto realizado dentro de las cuatro primeras semanas siguientes a la concepción; si se realiza en el segundo o en el tercer mes se exige, para que la conducta no sea punible, que la intervención se lleve a cabo por un médico después de que la embarazada haya acudido a un consultorio de orientación. En el mismo precepto se establece una pena agravada para el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer, o bien habitualmente y lesionando las reglas de la ciencia médica. Como queda autorizado el aborto durante los tres primeros meses, para después de ese período se restringe el reconocimiento de las indicaciones, permitiéndose únicamente el aborto por indicación médica o eugenésica.

Por primera vez en los cinco tomos aparecidos hasta ahora, una minoría de los autores del Proyecto presenta un segundo articulado con su correspondiente exposición de motivos, declarándose impune también el aborto realizado con el consentimiento de la embarazada dentro de las cuatro primeras semanas siguientes a la concepción. Pero a partir de ese momento sólo se permite el aborto cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias existenciales, no puede exigírsele a la mujer el parto; esta cláusula general se desarrolla, por vía de ejemplo, con algunos supuestos de no exigibilidad: indicación médica, que la mujer sea menor de dieciséis años al tiempo de la concepción, indicación social, indicación ética e indicación eugenésica.

En la regulación de las lesiones el Proyecto Alternativo distingue entre maltrato de obra y lesiones y, en referencia a estas últimas, se tratan de evitar las cualificaciones por el resultado. Para ello, se tipifican las lesiones prescindiendo del resultado y teniendo únicamente en cuenta la gravedad del medio empleado. La mayor o menor trascendencia de la lesión sólo desempeña un papel, estableciéndose distinta pena para uno y otro caso, cuando el resultado se ha causado con dolo directo o eventual. La no antijuridicidad de las lesiones en caso de consentimiento experimenta una considerable ampliación en el § 112.

El Título Cuarto se ocupa de la omisión del deber de socorro. El Título Quinto de los delitos contra la libertad. Dentro de éstos destaca la regulación de la coacción, pues los autores del Proyecto han sustituido la cláusula general del Derecho vigente («el hecho es antijurídico cuando el empleo de la violencia o de la amenaza del mal deba ser considerado reprobable en relación al fin perseguido») por una regulación detallada de los casos individuales en que es punible obligar a otro a hacer, soportar u omitir. El § 123 del Proyecto se ocupa, en relación a las intervenciones médicas, del consentimiento del paciente y del deber del médico de informarle sobre el estado de su salud.

Finalmente, en los dos últimos títulos se regulan los delitos contra la

libertad sexual y contra los menores, ordenándose sistemáticamente los delitos sexuales que habían sido objeto de un tomo anterior del Proyecto Alternativo.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

BERGHAUS Hartwig: «Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung»
 («La protección jurídico-penal del embargo»), Gotinga, 1967, 141 págs.

En el presente libro se estudian, como su título indica, la problemática que plantea el embargo o ejecución forzosa en el Derecho penal, examinándose varios tipos delictivos relacionados con dicha institución procesal que sirve al mismo tiempo como denominador común de todos ellos.

Si dicha relación con el embargo es la que sirve de aglutinante de estos tipos delictivos, son sus distintos bienes jurídicos protegidos los que distinguen unos de otros. Por eso es parte fundamental del trabajo el estudio de los bienes jurídicos protegidos en los distintos tipos de delitos.

Varios son los delitos que en el Código penal alemán (StGB) se contienen relacionados con el embargo: delitos de resistencia al ejecutor judicial (§ 113), de quebrantamiento del embargo (§§ 136 y 137), coacción (§ 253), frustración del embargo (§ 288), *furtum possessionis* (§ 289), etc. Algunos de ellos tienen una correspondencia casi exacta con algunos de los tipos de delitos contenidos en nuestro Código penal, como la malversación impropia (art. 399), alzamiento de bienes (art. 519), *furtum possessionis* (art. 531, 2), etc.

Para su estudio divide el autor el libro en tres capítulos: Protección penal del deudor, protección penal del acreedor y protección penal del Estado en la ejecución forzosa.

El deudor está protegido tanto frente a la ejecución forzosa ilegal por parte del Estado como por parte del acreedor. Frente a la actividad ilegal de ejecución del agente judicial, tiene el deudor un derecho de resistencia, que puede considerarse como una legítima defensa que excluiría la anti-juridicidad de su conducta aun cuando se realizara el tipo del § 113 que trata precisamente de la resistencia ante un funcionamiento o agente de la autoridad. El autor del libro llega a la conclusión de que en este caso sólo es admisible el derecho de resistencia, cuando faltan los requisitos formales procesales para realizar el embargo, es decir, cuando falta el título ejecutorio, pero no cuando éste, siendo formalmente válido, es materialmente inválido. La anti-juridicidad de la conducta está, pues, en relación con la admisibilidad del embargo.

Lo mismo ocurre en el caso de que se realice una actividad ilegal de ejecución por parte del acreedor. El deudor tiene derecho a la legítima defensa y el acreedor puede ser castigado por un delito de coacciones, § 253, siempre que el título ejecutorio no posea una función justificadora.

Pero también el ejercicio lícito de la ejecución forzosa por parte del acreedor puede ser puesto en peligro o lesionado por las maniobras del deudor. Al estudio de este problema se dedica el segundo capítulo, examinándose dos disposiciones del StGB que afectan directamente a esta cuestión: los §§ 288 y 289, equivalentes a nuestro alzamiento de bienes y al

furtum possessionis respectivamente. Trata especialmente el ámbito de protección de ambos preceptos, mientras el § 289 no protege el derecho de prenda constituido bajo garantía, el § 288 protege el derecho del acreedor a la satisfacción que se manifiesta en un derecho de prenda constituido bajo garantía de embargo en el caso de las cosas muebles. Este derecho del acreedor a la satisfacción es una pretensión material y no una simple pretensión a la ejecución. Puesto que el bien jurídico protegido en el § 288 es el derecho del acreedor a satisfacerse, sólo podrán incluirse en su ámbito la frustración de las pretensiones individuales, cuando, al mismo tiempo, signifiquen una frustración de dicho derecho a la satisfacción, lo que sólo ocurrirá excepcionalmente. Como autor del delito del § 288 sólo puede serlo el deudor, se plantea el problema de la punición de los que actúan en calidad de autores, pero sin tener la cualidad de deudores, como por ejemplo, los representantes legales, tutor, etc. Problema que ya se ha resuelto satisfactoriamente en el nuevo Derecho penal alemán con la inclusión de una nueva disposición: el § 50 a.

El portador del poder de ejecución es el Estado, así, pues, también debe ser éste protegido en el ejercicio legítimo de tal poder y tanto frente al acreedor como frente al deudor, ya que el Estado es una figura neutral entre ambas partes. En este último capítulo se trata de la protección penal del interés del Estado a que, una vez realizado el embargo, no se rompan los sellos oficiales colocados por la autoridad para embargar los bienes (§ 136), o a que esos bienes embargados no se destruyan o distraigan (§ 137).

Como se ve, los problemas que se tratan en el libro son de un gran interés y valor práctico. Lo más digno de destacar es el equilibrio y conjunción con que se toca la distinta problemática civil, procesal y penal que el tema plantea, sin que por un momento se dedique especial atención a un sector a costa del otro, ni las conclusiones a que se llegan sean contradictorias.

Francisco MUÑOZ CONDE

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «*Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*» (*¿Tiene un futuro la dogmática juríco-penal?*), separata de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 82, 1970, página 379 a 410.

Es evidente que en amplios sectores intelectuales de Alemania el Derecho penal, tal como tradicionalmente venía siendo entendido en aquel país, ha caído en descrédito. Para el Derecho penal que podríamos llamar «clásico», la base para la imposición de la pena la da el que el delincuente haya actuado culpablemente, es decir, que se haya decidido libremente por realizar el mal, aun cuando tenía personalmente la capacidad de elegir el camino del Derecho. Para otro sector, cada vez mayor, el principio de la libertad de voluntad, en el que se basa todo el Derecho penal de culpabilidad, debe ser puesto en duda, así como también el Derecho penal mismo y la dogmática que en él se basa.

Tanto una como otra dirección están de acuerdo en una cosa: el Derecho

penal, tal como viene entendido, sólo encuentra justificación en la libertad de voluntad, que es el presupuesto de la culpabilidad y ésta a su vez de la imposición de una pena. Se forma así una «teoría del dominó» en la que se afirma que la dogmática jurídicopenal supone el Derecho penal, éste supone la pena y la pena supone la culpabilidad del sujeto; de tal manera que si se suprime la primera piedra —la culpabilidad— se derrumba todo el edificio construido sobre ella.

Ante esta alternativa se pregunta Gimbernat: ¿Hasta qué punto depende del principio de culpabilidad la existencia del Derecho penal?

Los partidarios de un Derecho penal basado en la culpabilidad parten de un principio irracional: la afirmación de la existencia de la libertad de voluntad. Se coloca en la base de todo el sistema algo que es indemostrable y que está sustraído a toda posible discusión. Por otra parte, aunque *in abstracto* existiese la libertad de voluntad, no es posible demostrar en cada caso si una persona concreta en una determinada situación ha cometido un determinado delito libremente o no. Si ni siquiera un especialista, tras largos años de tratamiento psicoterapéutico, puede determinar con seguridad los factores que influyeron en la conducta del paciente, ¿cómo va a poder conseguirlo un no especialista —el juez, por ejemplo— en el poco espacio de tiempo de que dispone y con unos conocimientos escasos o nulos y, desde luego, siempre limitados sobre la materia?

Tampoco es cierto el que las teorías psicoanalíticas, que discuten la culpabilidad humana deban llevar consigo la abolición de la pena y del Derecho penal. Más bien ocurre lo contrario: el psicoanálisis aporta una justificación y una explicación del Derecho penal. De la misma manera que el padre castiga al niño —que evidentemente no es culpable— cuando se comporta mal, para forzarlo a través de la privación de cariño (pena) a someter aquellos instintos que perjudican al niño mismo a otros (formación del Super-Yo), así debe la sociedad recurrir a la pena —prescindiendo de si la conducta prohibida puede atribuirse a una libre decisión de la voluntad—, para que se refuercen aquellas prohibiciones cuyo cumplimiento es incondicionalmente necesario, para que se prevenga lo más posible la perpetración de aquellas acciones que minarían las bases de la convivencia social, y para que, finalmente, se confiera a tales prohibiciones, por la amenaza y —en caso de inobservancia— por la ejecución de la pena, una energía especial que acreciente su eficacia inhibitoria en el ámbito de la conciencia.

La pena así entendida no es algo irracional, sino racional. Es una «necesidad amarga», un medio elemental al que el Estado debe recurrir para posibilitar la convivencia entre los hombres. Cada tipo penal concreto debe enjuiciarse según la regla de si se puede fundamentar racionalmente el porqué y el cómo la acción conminada con una pena pone en peligro de una manera intolerable las bases de la convivencia social.

En un Derecho penal que se prescinda de la libertad de voluntad existe también una base para determinar la gravedad de la pena. Para ello deberá acudir, al igual que hacen las leyes hoy vigentes, al rango jerárquico del bien jurídico protegido y a si la lesión de dicho bien ha sido dolosa o culposa. Puesto que el legislador debe intentar lograr cierta eficacia con un medio de tanta importancia políticsocial como es la pena, no puede

castigar con la misma gravedad lesiones de bienes jurídicos de distinta jerarquía, o equiparar las lesiones dolosas de bienes jurídicos del mismo valor a las culposas de dicho bienes, o castigar la pura responsabilidad por el resultado. Por la misma razón es inadmisibles castigar los comportamientos antijurídicos de los inimputables. Así, pues, no es necesario recurrir a la culpabilidad para determinar la gravedad de la pena.

Una vez respondida la primera cuestión, se plantea Gimbernat una segunda pregunta: En un Derecho penal que prescindiera de la culpabilidad, ¿qué papel debe desempeñar la dogmática?, ¿qué futuro tiene?

Para Gimbernat del hecho de que se tenga que prescindir de la culpabilidad no se desprende la desaparición del Derecho penal ni de su dogmática. La dogmática debe averiguar lo que el Derecho dice. La dogmática jurídicopenal debe indagar el contenido del Derecho penal, los presupuestos que deben producirse para la realización de un tipo penal, los límites entre los distintos tipos y entre la conducta impune y la punible. De esta forma conducirá a una aplicación racional del Derecho penal y evitará toda irracionalidad, arbitrariedad e improvisación. Mientras más desarrollada esté una dogmática, tanto más se evitarán las inseguridades y las injusticias en los fallos judiciales, tanto más controlado estará el poder punitivo del Estado y, al servirse exclusivamente de elementos racionales, tanto más fuerza de convencimiento tendrán sus argumentos y teorías.

Hasta aquí la exposición de Gimbernat. La originalidad indudable en muchas de las cosas que afirma hace despertar en el lector cierta extrañeza, la extrañeza que produce siempre lo nuevo; pero tampoco cabe poner en duda que hay mucho de verdad en lo que dice.

Que el Derecho penal no debe vivir de espaldas a los descubrimientos de las ciencias psicológicas y sociales, que la libertad de voluntad es algo indemostrable y que el Derecho penal es independiente de la controversia en torno a su existencia, todo ello es cierto. Pero ¿hasta qué punto puede conmover esta afirmación la existencia de la culpabilidad jurídico-penal? El reproche de culpabilidad supone siempre un cierto grado de libertad en el sujeto imputable de poder autodeterminarse. Grado de libertad que, si bien es relativo y no puede pretender una validez absoluta, es aceptada por la Comunidad como algo normal y obliga al individuo a comportarse de acuerdo con unas exigencias sociales. ¿Cómo se explica si no el acudir al dolo y a la culpa para determinar la gravedad de la pena?

También es cierto que la dogmática jurídicopenal debe ser elaborada de la forma más racional posible, sólo así puede lograrse el máximo de seguridad jurídica. Únicamente lo racional puede ser enseñado —y controlado—, pero no lo irracional. Pero ¿hasta dónde puede prescindirse del juego de los elementos irracionales? El Derecho, como cualquier otra ciencia, no puede prescindir de cierta dosis de ficción e irracionalidad. Ello se debe a las propias limitaciones de la naturaleza humana. Ni la dogmática jurídica en general, ni mucho menos la jurídicopenal en particular, pueden conducir siempre a un resultado totalmente seguro, siempre que dejan un cierto margen de arbitrio dentro del cual sólo puede decidir el sentimiento valorativo personal, en definitiva, un elemento irracional.

No se crea por ello que puede dejarse a un lado la tesis que se man-

tiene en el presente artículo. Ni mucho menos. El nuevo enfoque con que se plantean los problemas jurídicopenales puede dar sus frutos y pueden ser importantes sus consecuencias tanto para la teoría como para la práctica. Sin embargo aún quedan puntos por desarrollar y huecos por rellenar. También deberá explicarse más detenidamente las repercusiones que en el Sistema tradicional del Derecho penal que tendrá este nuevo enfoque. Todo ello puede esperarse del ardor, inteligencia y originalidad de este joven profesor español.

Francisco MUÑOZ CONDE

HONIG Festschrift Für Richard M.: («Libro-Homenaje a Richard M. Honig»).
Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, 215 págs.

Con motivo de su ochenta cumpleaños la Facultad de Derecho de Göttingen ha ofrecido un Libro-Homenaje a Richard Honig, que enseñó en esa Facultad durante muchos años, abandonando Alemania durante el III Reich. Honig, que visita frecuentemente Alemania, es profesor en los Estados Unidos, y, como señala en el libro actual, Decano de Derecho de Göttingen, se ha convertido, con sus últimos trabajos de Derecho comparado germanoamericano, en un «intermediario entre los mundos jurídicos de su antigua y de su nueva patria».

La dogmática de la legítima defensa está en crisis; no es ya el tranquilo lago que sólo hace unos años parecía ser. En la obra recensionada lo pone de manifiesto Bockelmann, con un trabajo sobre legítima defensa contra ataques provocados, donde el autor se distancia de la doctrina dominante, sosteniendo que el que ha provocado dolosamente el ataque antijurídico está cubierto, no obstante, por la legítima defensa. Y lo pone de manifiesto también Schmidhäuser, quien en su contribución titulada: *Estructura valorativa de la legítima defensa*, introduce un nuevo principio rector de esta causa de justificación —a añadir al principio de que el ataque debe ser antijurídico— para explicar por qué, a pesar de lo injusto de la agresión, existen limitaciones en los supuestos de provocación, de enorme desproporción de los bienes en conflicto y de ataques de personas inculpables.

Roxin en sus *Consideraciones sobre la problemática de la imputación en Derecho penal*, muestra hasta qué punto está retrasada la dogmática del delito imprudente frente a la del doloso: con los tradicionales criterios de causalidad, previsibilidad e infracción del deber de diligencia no es posible aprehender todo el problematismo de la imprudencia. Pienso que los próximos años van a traer profundas modificaciones y avances en el tema —importante desde tantos puntos de vista— de la culpa.

Rudolphí estudia el concepto del bien jurídico, que ha vuelto a cobrar actualidad en los últimos años con motivo de los trabajos de reforma del Derecho penal alemán; pues un importante sector mantiene que deben dejar de ser punibles —por muy grave que sea su reprobación éticosocial— aquellas conductas hoy tipificadas con las que no se lesiona ningún bien jurídico.

Schaffstein, operando con el principio del aumento del riesgo, introducido por Roxin en un conocido trabajo sobre la imprudencia, trata de hallar

nuevos campos de aplicación para ese principio, estudiando sobre todo la luz que puede arrojar en la complicidad.

Además de estos trabajos, figuran en el Libro-Homenaje a Honig: uno de Barth sobre Derecho penal militar; otro de Deutsch sobre imputación y responsabilidad en Derecho civil; de Grünwald sobre Derecho procesal penal; de Jescheck, sobre Derecho penal internacional; de Larenz, sobre la imputación objetiva en la responsabilidad civil; de Miehe, sobre encubrimiento y receptación, y de Schüler-Springorum, sobre victimología en sus aspectos criminológico y dogmático.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS. UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA: Trastornos de la conducta juvenil, Caracas, 1968, 337 págs.

El trabajo está dirigido por el Director del Instituto, Dr. Tulic Chiossone. Comienza la obra con un estudio de la familia venezolana en múltiples aspectos y su influencia en la conducta juvenil; también se recoge la protección del Estado a la misma; hay una exposición de la evolución familiar y se estima la posibilidad de una pequeña influencia hereditaria de lo colonial en la delincuencia general y en los trastornos de la conducta infantil y juvenil.

La familia en el medio rural tiene graves problemas, en especial con la vivienda. Hay muchos ranchos construidos de forma muy precaria y sin apenas condiciones de habitabilidad, como lo demuestran los datos siguientes: El techo es de paja, con paredes de caña y barro; hay una sola habitación, sin ventanas, y el resto lo completa un pequeño corredor y una reducida cocina. En estas condiciones se da la promiscuidad. No obstante se ha mejorado bastante en los últimos años.

Al chico venezolano se le inicia en el trabajo a edad muy temprana. En relación con la alimentación en no pocas ocasiones es deficiente. Pese a todo, la delincuencia infantil y juvenil del sector rural apenas si ha tenido importancia. Estos dos factores tienen notable importancia en la desintegración familiar; esta desunión de la familia ha sido aceptada a través de los tiempos, por lo menos en la zona rural, por medio de las situaciones del incesto, concubinato o adulterio. También está participando a esta desunión, en los últimos años, la propaganda política, que está despertando la conciencia del joven en relación con su situación familiar y social. También la familia urbana tiene problemas de desintegración y sus consecuencias son más graves en relación a la delincuencia juvenil.

La legislación sobre protección legal y social del menor venezolano tiene orígenes muy remotos. Hasta el Código penal de 1873 regían las disposiciones coloniales españolas que se remontaban tres siglos atrás. La legislación durante el presente siglo ha sido muy abundante; en la obra se recogen diversas disposiciones relativas a la legislación civil y laboral, tribunales de menores, derechos del niño, etc. Las instituciones sociales protectoras venezolanas del niño son dos: El Consejo Venezolano del Niño, creado en 1936,

que dirige y regula la protección del Estado sobre los menores; la Federación de Instituciones de Protección al Niño (FIPAN), cuya misión es la de unificar la labor privada de protección. Existen además diversas instituciones privadas de protección, desperdigadas y sin unión, entre las que cabe citar las congregaciones religiosas. Tienen asistencia en medio abierto, egresos y asistencia especial. Pese a todo la asistencia es todavía insuficiente, quedando muchos niños al margen de ella.

Los Tribunales de Menores, cuyo funcionamiento difiere notablemente de los españoles, pueden aplicar a través de sus Jueces, las medidas siguientes: libertad vigilada, internamiento en un instituto curativo, colocación en familia, internamiento en una institución reeducativa y nombramiento de tutor interino.

El gran aumento demográfico supone una nutrida población juvenil y plantea estos problemas: *a)* Aumento de la delincuencia de los chicos comprendidos entre los ocho y los dieciocho años; *b)* Reproducción de los adolescentes, cada vez a edad más temprana y a veces se confunde con la fecundidad, algunas chicas comienzan a tener hijos en el momento mismo de ser capaces de concebir y siguen hasta la menopausia —la población en 1904 era de dos millones y medio de habitantes, con una tasa de natalidad del 27,5; en 1961 la población se elevaba a siete millones y medio, con una tasa de natalidad de 45—; *c)* Como consecuencia de lo anterior la prostitución aumenta notablemente; *d)* Insuficiencia de centros de educación, pues el aumento de la población juvenil supera todas las medidas estatales —en 1961 el 25,8 por 100 de los niños comprendidos entre los siete y catorce años no iban a la escuela—; *e)* Aumento de los hijos ilegítimos, en 1961 lo eran el 54,1 por 100 y legítimos el 45,9 por 100; *f)* Insuficiencias de los medios de producción y trabajo, en 1961 solamente el 32 por 100 de la población es activa —los menores de diez años representaban el 32,9 por 100 de la población total—; *g)* El trabajo de muchos jóvenes comprendidos entre los diez y los diecinueve años es en el campo o en la ciudad, haciendo aquí de limpiabotas, pregoneros, vendedores ambulantes, etc., actividades que duran hasta altas horas de la noche, sin control familiar y a veces explotados por los adultos, de aquí es fácil pasar a un grupo criminal...

La parte segunda de la obra está dedicada a criminogénesis de la población juvenil. Igual que sucede con todo lo expuesto anteriormente, también aquí, por falta de datos y estudios al respecto, no hay posibilidad de determinar los factores criminógenos; el problema no se presenta solamente en la delincuencia juvenil, sino también en la adulta. Sin embargo, esto se comienza a superar, ya que hay elementos jóvenes formados en Europa para realizar determinados trabajos.

La mayoría de edad penal se establece a los dieciocho años, por lo que el Estatuto de Menores dispone que a todo aquel que no cumplió todavía esa edad no se le puede llamar delincuente, sino que sus actos se deben a trastornos de conducta.

Entre los factores endógenos hacen referencia a dos: La raza, de la que no disponen de datos que puedan determinar la mayor o menor criminalidad de la raza híbrida venezolana; la herencia, dan bastante importancia a ésta, sobre todo en relación con su influencia en los trastornos físicos y mentales,

de todas formas consideran que la herencia no es suficiente para determinar la conducta criminal.

De los factores exógenos se estudian varios: Mala constitución familiar, influye notablemente en la criminalidad juvenil, por las razones que ya apuntamos, no obstante hay que añadir también la frecuencia del divorcio y el abandono de la familia por el padre o la madre; incultura e incivilidad, frecuentes en Venezuela; situación económica, la deficiencia es causa notable de la criminalidad, pero es más frecuente en las familias bien dotadas, por la disgregación de éstas, las fugas de menores son muy frecuentes; Vivienda estrecha e insalubre, ya vimos los problemas de la zona rural, no escapa tampoco la zona urbana a cuyos barrios van a residir gente del campo que ocuparán viviendas peores a las que dejaron. La promiscuidad es bastante frecuente, suele existir una cama colectiva y no pocas veces los chicos son testigos del acto sexual de los padres e incluso de la madre con el concubino; en ocasiones éste yace con las hijas de su amante, y no es raro el coito entre hermanos o primos. También dan importancia a los espectáculos públicos, los problemas sociales de la vida cotidiana y a lo político-social.

También consideran como factor criminógeno el contenido de algunas leyes, ya que cuando éstas no responden al estado social para el cual se dictan, en vez de contribuir al mantenimiento del orden jurídico, lo trastornan. Solamente hacen referencia a los preceptos que pueden acarrear consecuencias criminógenas del Estatuto de Menores. Se estima que al chico comprendido entre los catorce y dieciocho años se le puede declarar delincuente; la exención de responsabilidad penal hasta los dieciocho años ha dado lugar a la organización de grupos juveniles de ambos sexos, a los que se les denomina «pavitos».

Uno de los problemas más graves con los que se tropieza es el económico; se critica al Consejo Venezolano del Niño en el sentido de que aspira a resolver por sí todos los problemas, y mientras así ocurra no habrá presupuesto capaz de solucionarlo. Este debe ser una institución técnica, de orientación, pero no un organismo administrador de recursos. Deben ser los Estados de la Unión y demás entidades Federales las que deben resolver los problemas de reeducación y protección infantil.

Se aprecia un aumento progresivo en la delincuencia juvenil en la década 1950-1960. En realidad es una conclusión probable y de carácter general, ya que no tiene un apoyo científico, por falta de estadísticas fehacientes.

Termina la obra con una serie de sugerencias sobre sistemas que convendría establecer en Venezuela para la reeducación y protección de los menores con trastornos de conducta y para los delincuentes juveniles. Hay además unas conclusiones y un proyecto de legislación que bajo el título *Ley de Justicia y Protección de Menores*, que consta de 195 artículos, pretende sustituir al actual Estatuto de Menores.

Se puede decir que la panorámica venezolana en relación con su juventud es general en toda Latinoamérica. Sin embargo, no es exactamente igual, hay diferencias, pues cada país tiene sus peculiaridades criminológicas.

Hasta hace pocos años no tenía demasiada importancia la delincuencia juvenil era más grave la adulta. No obstante, el futuro de la criminología

juvenil de esos países hermanos tomará grandes proporciones en un futuro inmediato; su desarrollo socioeconómico va a influir notablemente, así como los movimientos migratorios y sus convulsiones político-sociales internas. Los medios para combatir esa delincuencia, que ya son insuficientes, se van a ver desbordados de forma alarmante. Hay un hecho que parece bastante claro, disminuirán los delitos contra las personas —de forma lenta— y aumentarán los cometidos contra la propiedad.

La falta de estudios criminológicos y datos estadísticos suficientes supone que todavía han de pasar muchos años hasta poder conocer la realidad criminológica, más o menos aproximada, de Latinoamérica. En realidad, estos estudios son propios de países de gran desarrollo económico, y aún éstos solamente pueden hacerlo de forma parcial; en los otros, hay otras necesidades más urgentes que cubrir; a la delincuencia se le combate pero no se estudia.

Aunque nuestra situación no es tan grave, el proceso es similar: Pocos centros dedicados a estas investigaciones, falta de personal especializado y preferencia por lo extranjero, cuando en realidad se desconoce mucho de lo nacional; hay que conocer primero el problema del propio país, después tomar lo que nos interese de estudios extranjeros.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

JESCHECK, Hans-Heinrich: «*Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.*» («*Tratado de Derecho penal, Parte general*»), Berlín Duncker & Humblot, 1969. XXII, 667 págs.

Después de establecer su filosofía del Derecho penal en una jugosa Introducción, distribuye Jescheck la materia en tres partes: la ley penal, el hecho punible, las consecuencias jurídicas del hecho punible. Concluye con unas normas para la resolución de casos prácticos.

El orden jurídico, según Jescheck, guarda estrecha relación con el orden social al que complementa y refuerza, dirige y planifica. El Derecho penal asegura la incolumidad del orden jurídico mediante la coacción estatal. Cuando el Derecho penal es impotente para garantizar la seguridad y el orden, «se está al borde de la guerra civil». Su misión de tutelar la sociedad dentro de un sistema democrático y libre ha de conciliarse con el nivel cultural de la nación. Ha de quebrantar el predominio de los más fuertes y permitir a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad. Al impedir los actos arbitrarios mantiene un espacio dentro del cual puede el ciudadano decidir con libertad y ejecutar sus propias decisiones, de manera que no solamente restringe la libertad, sino que «crea también libertad». Ha de responder a la justicia distributiva. Esto significa que las infracciones graves no han de ser bagatelizadas por una benignidad fuera de lugar, ni dramatizadas por un rigor desconsiderado (pág. 2). La pena opera represivamente porque mira a un pasado inmodificable. La sentencia hace ver al delincuente y a la colectividad, aunque a veces tarde, que el derecho se impone en definitiva y que así sucederá en el futuro; que el ciudadano cumplidor de sus deberes no es un tonto a merced de los criminales, puesto que su confianza

en el Derecho se ve robustecida por la aplicación de las penas. La función preventiva del Derecho penal se lleva a cabo por medio de las medidas de seguridad y corrección (pág. 3), que presuponen siempre la comisión de un hecho punible precedente (pág. 5), rechazando así las medidas predelictuales como contrarias que son al Estado de derecho. Las medidas tiene por objeto proteger al sujeto que cometió el delito y a la colectividad frente al peligro de la reincidencia (pág. 9).

El Derecho penal ha de contraerse a la protección de los valores básicos del orden social. «Casi todos los preceptos penales pueden reconducirse a la protección de uno o varios bienes jurídicos». El *desvalor del resultado* en el delito consiste en la lesión o puesta en peligro de «un objeto de la acción» (v. gr., vida, seguridad de los participantes en el tráfico) (pág. 5). Los juicios de valor que subyacen a las normas jurídico-penales se refieren, además, a la cualidad de las acciones humanas. La voluntad contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico es la médula del *desvalor de la acción*. Por tanto el delito es a un tiempo lesión de un bien jurídico e infracción de un deber (pág. 6). El *ius puniendi* del Estado tiene unos límites, provenientes del Derecho natural y del Derecho internacional (pág. 8). El Derecho penal es derecho público (pág. 10). En sentido amplio reposa sobre tres pilares: el derecho penal material, el derecho procesal penal y el derecho de ejecución de la pena (pág. 11). La Política criminal trata de cómo se ha de configurar el derecho positivo y ha de orientarse en el principio de que no hay pena sin culpabilidad (pág. 13), en el respeto al Estado de derecho con las consiguientes exigencias de seguridad jurídica y respeto a la dignidad humana (pág. 15), y en principio de humanidad, que deben informar la ejecución de las penas y las penas mismas (v. gr., abolición de la pena de muerte) (pág. 16).

La parte consagrada a la ley penal se subdivide en cuatro capítulos. En primer lugar se examina su contenido: delito, pena, medidas de seguridad y corrección. Desde este punto de vista el delito, que «no se diferencia *cualitativamente* sino sólo *cuantitativamente*» de otras infracciones del Derecho público o privado, es un «injusto merecedor de una pena». El desvalor del resultado no es por sí solo lo que determina el «sí» de la pena estatal. Esta depende, ante todo, del desvalor de la acción, de la *peligrosidad* del ataque al bien jurídico protegido, a la que viene a añadirse «un especial grado de *reprochabilidad del carácter del sujeto*» o «desvalor de carácter». No basta, por tanto, con una definición meramente formal (págs. 29 sigs.), en un segundo capítulo se estudian las fuentes, entre las que incluye el tema del Derecho internacional penal (pág. 84 sigs.). Luego las relaciones entre la ley penal y el Estado de derecho, a saber, la función de garantía que desempeña el principio de legalidad (págs. 89 sigs.), incluido el tema de la irretroactividad; el principio *in dubio pro reo*, la constatación alternativa (págs. 101 sigs.) y la interpretación (págs. 106 sigs.). El último capítulo se refiere al ámbito de validez del Derecho penal alemán en las esferas internacional (págs. 114 sigs.), personal (págs. 127 sigs.) e interlocal (págs. 130 siguientes).

La teoría del delito se desenvuelve en cinco capítulos. Se sientan en primer término los fundamentos generales del concepto del delito. Partiendo de las

ideas consignadas en la Introducción se deducen como elementos estructurales la antijuridicidad y la culpabilidad, a las que se añade la tipicidad, puesto que «el injusto punible tiene que estar legalmente determinado» (pág. 137). Por tipo «se entiende la descripción del tipo de delito con arreglo a sus características de injusto y culpabilidad en la ley» (pág. 137). De otra parte, «sólo las *acciones* humanas pueden venir en consideración como objeto del juicio sobre el injusto y la culpabilidad (pág. 138). En consecuencia el delito es una «acción típica, antijurídica y culpable» (pág. 138). Al desarrollar la evolución de la moderna teoría del delito dedica particular atención al finalismo. Es sumamente expresivo a la hora de establecer las vinculaciones del propio sistema de Jescheck, el párrafo en el que menciona la importancia de la aportación de Armin Kaufmann: el delito de omisión «será entendido desde entonces como tercera forma de aparición del hecho punible, al lado del delito doloso y culposo comisivo, con su propia estructura» (pág. 147). No obstante la manifiesta influencia que sobre él ejerce el finalismo, rechaza el concepto final de la acción porque considera, entre otras objeciones que no puede cumplir la función de proporcionar un concepto superior que abrace «todas las conductas jurídico-penalmente relevantes» (pág. 152). Se pronuncia, por ello, a favor de un concepto social (pág. 153).

El segundo capítulo de la teoría del delito está dedicado a los delitos comisivos dolosos, que son el «caso modelo de la acción punible» (pág. 158). La *antijuridicidad* no se agota en la relación entre acción y norma, sino que tiene también un contenido consistente en el perjuicio ocasionado al bien jurídico protegido (pág. 160 sig.). En la polémica sobre si los preceptos jurídico-penales son primordialmente normas de valoración o de determinación, se pronuncia a favor de la tesis imperativista. La función «como norma de determinación es decisiva» (pág. 162). El dolo pertenece al injusto de los delitos dolosos (pág. 164 sigs.). Al ocuparse de las relaciones entre antijuridicidad y tipicidad no admite los llamados tipos «abiertos». Estima, sin embargo, que la discusión sobre este punto ha llevado al descubrimiento de caracteres que presuponen un sustrato fáctico, y coetáneamente implican una valoración *gesamttatbewertende Merkmale* (pág. 169). No admite la teoría de los elementos negativos del tipo (pág. 171), mas no hay duda de que existen caracteres del tipo que están concebidos negativamente (pág. 172). El pensamiento de la adecuación social como observancia del cuidado objetivo se considera indispensable para delimitar el tipo (pág. 173, nota 23), aunque no ha de ser utilizado allí donde esa delimitación pueda obtenerse por los procedimientos ordinarios de interpretación. Hace un detenido estudio de la estructura de los tipos del injusto (pág. 177 sigs.). El problema de la causalidad (pág. 186 sigs.), el de las relaciones entre el dolo y el error de la prohibición (pág. 195 sigs.) y el de los elementos subjetivos del injusto pertenece también, según el autor, a la teoría de la antijuridicidad, lo mismo que las causas que la excluyen: legítima defensa, estado de necesidad justificante, consentimiento, actuación sobre la base de derechos de oficio y casos análogos, riesgo lícito (pág. 216 sigs.).

La *culpabilidad* significa que «los motivos por los que el sujeto se ha dejado influir en la formación de su voluntad se han de valorar negativamente y se le pueden reprochar a él personalmente» o, dicho más brevemente:

«Culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad» (pág. 266). Con una sistemática paralela a la que utiliza para el estudio de la antijuridicidad, expone Jescheck los fundamentos antropológicos y dogmáticos de la teoría de la culpabilidad, sus límites, estructura y contenido. El presupuesto lógico es la libertad de decisión del ser humano (pág. 267), aunque teniendo presente que no está sólo influida por consideraciones morales; en el momento de decidir pesan sobre el hombre, estrechando el campo de sus posibilidades de opción, numerosos factores causales (pág. 271). La culpabilidad jurídica no es la culpabilidad moral (pág. 274). Hay que distinguir entre un concepto formal y un concepto material de la culpabilidad (página 277 sig). En ella se han de fundir tanto la culpabilidad del acto concreto como la llamada culpabilidad de carácter o por la conducción de la vida (pág 297). La delimitación frente a la antijuridicidad es un tema cardinal en la teoría del delito. Se verifica por la confrontación entre el «deber ser» y el «poder» (pág. 280). El contenido de la culpabilidad viene determinado no sólo por la «formación» de la voluntad, sino por la «actuación de la misma, esto es, por el acto injusto realizado (pág. 283). Caracteres de la culpabilidad son la capacidad de imputación (pág 284 sigs.), y la conciencia de la antijuridicidad (págs. 294 sigs.). Como causas de exculpación menciona el estado de necesidad exculpable (pág. 316 sigs.), el exceso en la legítima defensa (pág. 323 sigs.), el cumplimiento de un mandato antijurídico no vinculante (pág. 325 sigs.), la colisión de deberes y la no exigibilidad (pág. 330 sigs.) y el error sobre causas de exculpación (pág. 334 sigs.).

A la exposición del delito de comisión doloso pertenece también el tratamiento de los grados de ejecución (págs. 338 sigs.) y de aquellos presupuestos de la penalidad ajenos a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre los que incluye las causas personales de exclusión de la pena y las condiciones objetivas de penalidad (págs. 364 sigs.). No hay tentativa en los delitos culposos (pág. 380).

Los delitos culposos y los de omisión son tratados como «formas especiales de aparición de la acción punible» (págs. 373 sigs.), estudiando después la autoría y participación (págs. 426 sigs.). Respecto a la participación en los delitos culposos piensa que no es posible distinguir entre autores y partícipes (pág. 436). Se pronuncia por la accesoridad limitada (pág. 437). Los problemas del concurso de delitos y el de leyes (para el que prefiere la denominación de «unidad de ley») se desenvuelven bajo el epígrafe de «unidad y pluralidad de hechos punibles» (págs. 469 sigs.). El concepto de «acción unitaria» hay que obtenerlo de los tipos legales (pág. 471). Los conceptos natural, final o social de la acción han de ser aquí abandonados. Los casos del concurso de leyes se reducen a la especialidad, subsidiaridad (tácita o expresa) y consunción (págs. 490 sigs.).

La problemática de las consecuencias jurídicas del hecho punible a la que está destinada la tercera parte «posee hoy el mismo rango científico que se ha venido atribuyendo siempre a las cuestiones de la teoría del delito» (pág. 495). Dado que existe en estos momentos una crisis completa que afecta a toda esta materia, su tratamiento es desigual. Se exponen con amplitud los rasgos que debería revestir un sistema de sanciones penales *de lege ferenda* en un Estado de derecho (págs. 486 sigs.), dando, es cambio, en forma esque-

mática el Derecho vigente, en trance de transformación (págs. 511 sigs.). El decomiso, la publicación de la sentencia y la *Busse* son calificadas de consecuencias accesorias, porque su encuadramiento no es fácil en las categorías de penas de accesorias, medidas de seguridad o responsabilidad civil (página 524). Por ejemplo, el decomiso, objeto recientemente de una nueva regulación por la ley de 24 de mayo de 1968, que modificó los §§ 40 a 42 del Código penal alemán, es una pena accesoria cuando se dirige contra el autor o alguno de los partícipes, aunque también desempeñan un papel considerable de seguridad; mas cuando se dirige contra terceros es una «medida análoga a la pena» (pág. 525). La prohibición de ejercer una determinada profesión ha de catalogarse entre las medidas de seguridad porque se trata de impedir que se abuse de ella para cometer delitos (pág. 543). Una particular atención merecen los fundamentos de la medida de la pena. (páginas 565 sigs.), así como los presupuestos procesales contenidos en el Código para algunos delitos (querrela o autorización previa para proceder) entre los que incluye el tema de la prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena (págs. 573 sigs.). Concluye con la rehabilitación del condenado, donde se considera la cancelación de antecedentes penales (páginas 582 sigs.) y el derecho de gracia (págs. 585 sigs.)

Jescheck ha encontrado el lenguaje adecuado para expresar con claridad los abstrusos problemas que agitan a la dogmática actual. Su capacidad de síntesis, de conciliación de opiniones contrarias, de elección de las líneas argumentales más convincentes a sus propósitos, su veracidad que no recata las muchas contradicciones que se encuentran en las opiniones recibidas sobre las que se ha de construir la base del futuro del Derecho penal, le colocan a la altura de los más grandes tratadistas en un país pródigo en eminentes penalistas. superando a todos en la constante contribución a que somete el Derecho comparado, donde, lamentablemente, no hallan mención las naciones hispanoparlantes. No se salvan más que los nombres de Anton Oneca, Jiménez de Asúa y del Rosal. Tal silencio contrasta penosamente con el interés que en ellas se sigue la literatura germana. Esta omisión, que nos gustaría ver subsanada en la próxima edición, no es óbice para que aseguremos que la traducción de este libro al castellano proporcionaría un instrumento insustituible de trabajo a causa de la amplitud de miras con que ha sido concebido, su rica y moderna información bibliográfica y sus proyecciones político-criminales hacia un futuro que está demandando una revisión de la vieja dogmática.

José María RODRÍGUEZ DEVESA,
Catedrático de Derecho penal.

KAISER, Günther: «*Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*» (*Untersuchungen zur Kriminologie der Verkehrsdelikte und zum Verkehrsstrafrecht*) («*Delincuencia de tráfico y prevención general. Investigaciones respecto a la criminología de los delitos de tráfico, y respecto al Derecho penal de tráfico*») (Tübingen, 1970, Mohr) págs. XIX, 483.

Günther Kaiser es ya conocido entre los criminólogos y los penalistas por sus contribuciones científicas en estos campos. Baste recordar algunas de sus publicaciones: *Moderna Criminología y sus críticos* (1964), *Evolución y situa-*

ción actual de la delincuencia juvenil (1966), *Acerca de la concepción criminológica en la reforma penal* (1966), *Relaciones entre la Criminología y el Derecho penal* (1967), *Justicia de tráfico, «quo vadis?»* (1967), *Algunos presupuestos para la fundamentación de la política criminal actual* (1968), *Tratamiento en plazos breves para delinquentes adultos* (1969), etc.

El autor se enfrenta en este libro — escrito de Habilidadación presentado en la Universidad de Tübingen, en otoño de 1968— con muy importantes y difíciles problemas de la moderna Criminología y del moderno Derecho penal. El delito era hasta ahora, como indica Kaiser, lo que hace «el otro», el delincuente era una clase de hombre especial, pero actualmente cualquier ciudadano comete una infracción de tráfico. La moderna generalización delictiva en el tráfico, y sus innovaciones técnico-dogmáticas perturban pilares muy sólidos del Derecho penal tradicional en varios puntos; la presente hipertrofia legal y punitiva disminuye inevitablemente la fuerza intimidante de la pena; la eficacia preventiva de la sanción resulta en este campo grandemente discutible; la valoración y la desaprobación del hecho presenta dificultades casi insuperables. Algo semejante sucede también —como indica Kaiser— en la delincuencia de «cuello duro», y en la delincuencia política o en la juvenil.

Ante estas y otras similares cuestiones, el autor estudia e investiga —en el marco de la delincuencia de tráfico— especialmente qué datos y criterios criminológicos y penales pueden mantenerse hoy como seguros, qué puntos de la concepción tradicional tienen todavía vigencia, qué puede considerarse en el tráfico como verdadera criminalidad, qué puede y debe hacerse para aminorar esta plaga de la sociedad moderna.

Para resolver estos problemas, el libro desarrolla tres partes perfectamente trabadas y armonizadas. En la primera, después de una introducción metodológico-sistemática, delimita y considera el objeto de su investigación: las peculiaridades de la conducta en el tráfico (sus características situacionales —especialmente la situación de peligro, con atinadas actualizaciones de la doctrina de Binding— y sus características penales, analizando ampliamente el dolo de peligro comparado con la imprudencia, págs. 51 sigs.) y los rasgos principales de la infracción del tráfico (su discutida y discutible especialidad —antes y después de la Ley de 1968, acerca de las Ordnungswidrigkeiten—, el punto de vista del penalista, del criminólogo y del especialista en política criminal). El profesor alemán estudia, en varias ocasiones, el problema de la especialidad de la delincuencia de tráfico desde la perspectiva de la personalidad del delincuente, de la configuración técnico-dogmática del tipo incriminado, y de la repercusión de la sanción. (En algunos puntos importantes sigue líneas parecidas a las esquemáticamente expuestas por mí el año 1964, en la Revista de Derecho de la Circulación, al estudiar la Especialidad del Derecho Penal de tráfico.)

Completa este capítulo con un amplio *excursus* respecto al concepto de delito en el campo penal, criminológico y de la política criminal, enunciando después esquemáticamente diez tesis deducidas de investigaciones empíricas acerca de la conducta antijurídica en el tráfico, y acerca de la seguridad vial.

La segunda parte expone el fruto de amplias investigaciones científicas respecto a seis delitos concretos en la circulación: homicidio por impruden-

cia, lesiones por imprudencia, delitos de peligro (excluidos los delitos de peligro por conducir en estado de intoxicación etílica o similar), conducción sin permiso legal, conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, fuga después de cometida una infracción. En cada uno de estos delitos expone y comenta los factores situacionales (del lugar, del tiempo, de la persona de la víctima, y de los instrumentos usados), las formas especiales de aparición, las características del autor (edad, sexo, familia, formación, oficio, trabajo, experiencia en el tráfico, sanciones anteriores, motivación); según la clase de delito añade u omite algunos puntos particulares. Como introducción a esta «parte especial», preceden dos capítulos acerca de la realidad vial (estructura del tráfico y del accidente, experiencia al volante y accidente, intensidad del tráfico, etc.) y de la evolución y situación actual de la delincuencia de tráfico (confrontamiento de los accidentes y de los delitos en la carretera). Después del análisis de los seis delitos siguen unas páginas —las más interesantes en muchos sentidos— que comentan detalladamente los rasgos personales peculiares de los delincuentes de Tráfico, con especial consideración —expositiva y crítica— de su tipología criminal desde el punto de vista del psicólogo, del psiquiatra, del especialista en psicología profunda y del jurista (especialmente valiosas son las consideraciones respecto a la prognosis criminal en los delincuentes de tráfico) en las que confirma y complementa algunos temas sugeridos por Middendorff (1).

La tercera parte trata dos cuestiones de la Política criminal. Comienza estudiando los problemas fundamentales y generales del control y de la seguridad en el tráfico (analizando especialmente los problemas básicos de la prevención general en la actualidad), y la misión de los criminólogos respecto a la comprobación de la eficacia de las diversas sanciones. Después explica las posibilidades empíricas, así como los límites de la estrategia preventiva en el tráfico (legislación y prevención general, administración de justicia y prevención general). Termina discutiendo los fines que persigue la Política Criminal y los medios que usa actualmente y los que debe usar en el futuro.

Entre los muchos valores positivos del libro merecen destacarse: la profundidad y la seriedad científica con que desarrolla cada uno de los temas (precede por lo general una exhaustiva, objetiva y documentada exposición de las investigaciones ajenas, sobre la cual construye Kaiser sus ponderadas críticas constructivas, por ejemplo, en páginas 57 sigs., 137 sigs., 214 siguientes, 225 sigs.), la claridad meridiana tanto en la formulación externa como en la trabazón de los problemas y en su desarrollo (algunas páginas exigen, por su gran densidad ideológica, una lectura reposada, pero esto no obstaculiza la fácil y total comprensión del contenido), la riqueza extraordinaria de información en todos los temas —tanto los penales como los criminológicos— no sólo de los trabajos alemanes, sino también de los escritos en lengua inglesa y —aunque no tanto— francesa (el autor tiene también en cuenta publicaciones de última hora).

(1) MIDDENDORFF, *Teoría y práctica de la prognosis criminal* (Madrid, 1970, Espasa Calpe). Traducción de Rodríguez Devesa.

La traducción de esta excelente obra de Güntrer Kaiser enriquecerá notablemente la ciencia española en el campo de la delincuencia de tráfico tan necesitado de investigaciones penales y criminológicas.

A. BERISTAIN

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo: «Libertad religiosa y orden público». (Un estudio de Jurisprudencia), Editorial Tecnos, Madrid, 1970, 94 págs.

Libertad religiosa y orden público pertenece a un género de literatura jurídica que, desgraciadamente, no es frecuente en España, Martín-Retortillo escribe en el Prefacio (pág. 19): «Los juristas advertirán quizá en las páginas que siguen una cierta reiteración de argumentos y una serie de aclaraciones que pueden parecerles elementales y, quizá, innecesarias. Pero ello tiene una explicación: he pretendido, aun sabiendo que no es fácil, acercar el original lo más posible al lector no especialista en Derecho, por entender que se trata de un tema que, si se ha analizado desde un prisma jurídico, interesa fundamentalmente a muy variados sectores de personas que no tienen por qué ser especialistas en Derecho.»

A algunos les parece mal que el jurista rebase el marco de obras técnicas dirigidas a especialistas y que trate de llagar a un público profano. Pero los que así piensan desconocen que la divulgación de lo que realmente sucede jurídicamente —cuando ello no debiera suceder— es el requisito indispensable para que —al tomar conciencia de lo que hasta entonces era ininteligible porque se encubría con el lenguaje técnico-jurídico— llegue a sentirse la necesidad de reforma, de regular más justamente la realidad social. Porque las consecuencias del Derecho penal superan, en su gravedad para el individuo, a las consecuencias de las otras ramas del Derecho, porque, a causa de esa gravedad y consiguiente efectividad, es el Derecho penal el que está más expuesto a ser objeto del abuso de las fuerzas sociales y políticas, tiene aquí el penalista un amplio campo de actuación: divulgando la realidad jurídicopenal y ofreciendo argumentos para que sea conformada de otra manera puede contribuir a que lo que hasta entonces era una mera desaprobación intuitiva contra la existencia o la gravedad de ciertos delitos, un mero malestar impreciso e inconcreto, se convierta en una protesta fundamentada y articulable en razonamientos. En este sentido, *Libertad religiosa y orden público* es un ejemplo de literatura jurídica que los penalistas —por razones más poderosas aún que en otros campos del Derecho— no deberían seguir descuidando por más tiempo.

En base al artículo 2.º, apartado a) de la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 («Son actos contrarios al orden público los que... atentan a la unidad espiritual... de España»), en relación, entre otras normas, con la primitiva versión del artículo 6.º del Fuero de los Españoles («La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica»), «se sancionan y se persiguen», resume Martín-Retortillo (pág. 25), «como contrarias al orden público, conductas de los siguientes tipos: celebrar reuniones comentando la:

Biblia u otros textos religiosos; tener literatura propagandística de la religión; hacer visitas a domicilios de amigos o desconocidos con afán de propagar la religión; hacer viajes y mantener contactos con el mismo fin, etcétera. Se trata, por tanto, de actos de celebración religiosa, como sucede con muchas de las reuniones —en el caso *Hermano Precursor de los Testigos de Jehová* la reunión se celebraba el 24 de diciembre, fecha en que los cristianos suelen celebrar el acontecimiento del nacimiento del Hijo de Dios—, o de actos de apostolado religioso». Estos actos contra el orden público pueden ser sancionados, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de 1969, con multas de hasta 25.000 pesetas por los Gobernadores Civiles; de hasta 50.000 pesetas, por el Director General de Seguridad; de hasta 100.000 pesetas, por el Ministro de la Gobernación, y de hasta 500.000 pesetas por el Consejo de Ministros. Lo que Lorenzo Martín-Retortillo expone en su libro es la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo cuando, como consecuencia de la sanción impuesta por la Administración por alguna conducta de carácter religioso extracatólico, se ha llegado a un recurso ante la correspondiente Sala del Tribunal Supremo.

En su obra Martín-Retortillo roza más de una vez el Derecho penal. Aquí sólo queremos ocuparnos de lo que expone sobre el problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes sancionatorias.

Acabamos de señalar la importancia que tiene el artículo 6.º del Fuero de los Españoles para esclarecer cuáles son, en concreto, los actos que atentan a la unidad espiritual de España. Pues bien: en 1967 se reforma ese precepto del Fuero de los Españoles; y de la mera situación de tolerancia con los no católicos se pasa a proclamar que el Estado protegerá la libertad religiosa (art. 6.º, 1945): «Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica»; artículo 6.º, 1967: «El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público»).

De todo ello se sigue que en muchos supuestos el levantamiento de una sanción impuesta en base al artículo 2.º, apartado a) de la Ley de 1959 completado por la primitiva redacción del artículo 6.º del Fuero de los Españoles depende de que se considere o no retroactiva la nueva versión del precepto del Fuero. El Tribunal Supremo, informa Lorenzo Martín-Retortillo, ha declarado en dos sentencias (de 1967 y 1968) la no retroactividad del precepto posterior más favorable: «... la modificación última del artículo 6.º del Fuero de los Españoles es inaplicable al caso de autos, por su natural irretroactividad» (sentencia de 6 de octubre de 1967). Martín-Retortillo no acepta esta tesis jurisprudencial y apoyándose en el artículo 24 del Código Penal («Las Leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena») afirma (página 84) «que la aplicación retroactiva de las leyes beneficiosas para los enjuiciados, tan claramente admitidas por el Derecho sancionador común (sc. por el Código penal), es de aplicación también en el ámbito de las

sanciones impuestas por la Administración, ámbito, que en definitiva está muy próximo al anterior, si no coincide con él».

Opino como Martín-Retortillo: El principio establecido en el artículo 24 del Código penal debe informar también el Derecho administrativo sancionatorio. Pues la regla del artículo 3.º del Código civil de que las Leyes no tendrá efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario encuentra su fundamento y su explicación en el respeto a los derechos adquiridos. Pero concebir la multa impuesta como un «derecho adquirido» de la Administración a ingresar una determinada suma en el Erario sería tergiversar el sentido de la sanción administrativa: la sanción administrativa no está ahí para servir de fuente de ingresos al Estado —para eso está el Derecho tributario—, sino para intimidar —porque la multa representa un mal para el que la sufre— y prevenir así conductas cuya comisión se desea evitar. Si contemplando el problema desde el ángulo de la Administración no hay ningún motivo para mantener la irretroactividad de las leyes sancionatorias favorables, contemplándolo desde el del sancionado, todavía menos; pues la irretroactividad de las leyes responde a la idea de no perjudicar y de no perturbar una posición ventajosa alcanzada bajo la vigencia de una ley anterior; que tener que abonar una multa no es una posición ventajosa —sino todo lo contrario— es algo que no requiere explicación.

Como una interpretación teleológica excluye la aplicación del artículo 3.º del Código civil a las leyes sancionatorias administrativas de carácter favorable, hay que plantearse la cuestión de si los motivos que han llevado al legislador a declarar, en el artículo 24 del Código penal, la retroactividad de las leyes penales más benignas no concurren también en el supuesto que nos ocupa. Que ese es precisamente el caso, se deduce de una doble argumentación.

Sabido es que la retroactividad de las leyes penales más favorables obedece a que se ha considerado intolerable, con razón, que se pueda imponer una pena en base a una concepción ético-social superada y que ya no es la del legislador —la ley penal vigente, por ejemplo, ha dejado de estimar delictiva una determinada conducta—. No se entiende cómo puede regir otra cosa en referencia a las sanciones impuestas por la Administración, cómo puede mantenerse el juicio de reprobación de la Administración sobre una conducta que se ha dejado de considerar reprochable.

A la misma conclusión se llega en base a un segundo razonamiento. Si las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando son favorables, ello se debe a que lo que está en juego es nada menos que la consecuencia jurídica más grave que conoce el orden jurídico: la pena. Todas las garantías materiales (principio de legalidad, por ejemplo) y procesales (principio *in dubio pro reo*, por ejemplo) que rodean al delito tienen el mismo origen: todo cuidado y toda prudencia son pocos cuando la consecuencia que se va a hacer seguir al delito puede suponer la ruina —incluso la eliminación— física, psíquica, social o económica del individuo afectado. Con otras palabras: No es el delito como tal, sino la pena que sigue al delito la que ha hecho que en los países civilizados el Derecho penal sea constantemente controlado y vigilado por todo un mecanismo de garantías individuales. En este espíritu se creó la garantía que recoge el artículo 24 del Código penal. Y si este espíritu consagrado jurídicopositivamente ha de ser —como debe ser— respetado,

entonces el artículo 24 ha de informar también al Decreto administrativo sancionatorio. Pues no se ve dónde puede estar la diferencia en relación al perjuicio que se le causa al individuo (y a ese perjuicio que el Derecho ocasiona responde, como hemos visto, el art. 24 del Código penal) entre la multa (pena) de 100.000 pesetas y la multa (sanción administrativa) de la misma cantidad. Sería una verdadera paradoja que si mañana el legislador penal suprime el delito de omisión del deber de socorro, de injurias leves por escrito y con publicidad o de cheque en descubierto (por mencionar sólo tres hechos castigados, exclusiva o alternativamente, con multa), el que ha dejado morir a otro, el que ha injuriado o el que ha pagado con un cheque sin provisión se viese libre de toda pena; y que, en cambio, el que realiza un comportamiento mucho menos grave —pues es el Derecho penal y no el administrativo el encargado de reprimir las conductas de todo punto intolerables para la convivencia social— tenga que soportar la sanción administrativa por esa conducta que antes era ya mucho menos grave que cualquier delito y que ahora, en virtud de la ley posterior es considerada plenamente adecuada a Derecho.

En este punto la crítica tiene que elevarse del problema concreto que estamos examinando a otros más generales. Un progreso lento y laborioso, una depuración de la sensibilidad y del sentimiento de justicia, han llevado a limitar con toda una serie de garantías materiales y procesales la intervención más grave con que el Estado puede afectar la esfera del individuo: la intervención de imponer y ejecutar una pena. También nuestro Código penal y nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal han recogido estas garantías como una conquista irrenunciable. Esas garantías se pueden radiar de manera abierta. Y se puede también hacer otra cosa que lleva al mismo resultado: Mantenerlas en esos cuerpos legales por razones de apariencia, pero excluir la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a determinados delitos, o bien cambiar el nombre de las penas, llamar a lo que tiene el mismo contenido sanciones administrativas y desbaratar así el mecanismo de garantías que, formalmente, siguen figurando en el Código penal. Pero si de una manera o de otra se llega a la eliminación de esos principios limitadores de la facultad punitiva del Estado, entonces hay que llamar a las cosas por su nombre; entonces hay que decir que ello supone una regresión a la época anterior a la Ilustración.

Tras este excursus sobre política legislativa general, volvamos al problema de la retroactividad para resumir lo expuesto en esta recensión: En ese caso concreto se puede llegar a una solución satisfactoria. Siempre que sea posible —y lo es *de lege lata* en referencia a la aplicación de la norma administrativa más favorable— los principios limitadores y las garantías penales deben informar también la interpretación del Derecho administrativo sancionatorio. El fundamento jurídico de por qué ello es así es elemental: Porque lo favorable que rige para lo más grave (para el delito) debe regir también para la menos grave (para la infracción administrativa).

El libro de Lorenzo Martín-Retortillo comienza con una dedicatoria —justa y oportuna— al profesor González Campos; a ella quiere adherirse públicamente el autor de esta recensión.

SAINZ CANTERO, José A.: «La Ciencia del Derecho penal y su evolución», Ed. Bosch, Barcelona, 1970, 185 págs.

Estamos ante un libro dirigido principalmente —según declaración expresa de su autor, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, en el prólogo al mismo—, «a poner en manos de los estudiantes un *esquema informativo* sobre la evolución del pensamiento penal español», pero cuyo contenido sobrepasa, sin lugar a dudas, el mero marco de un esquema, como lo demuestra una simple ojeada a su sistemática que se nos presenta estructurada en tres partes: La primera, dedicada a la Ciencia del Derecho penal; la segunda, a la evolución de la Ciencia penal en Europa y, finalmente, la tercera, a la evolución de la Ciencia del Derecho penal en España.

Pues bien, la parte primera, dedicada al *conocimiento de la Ciencia del Derecho penal*, aparece desdoblada en dos capítulos que, por lo regular, suelen formar parte de la llamada *Introducción* de la Parte General.

En el primero de estos capítulos y partiendo de la obligada distinción entre «Derecho penal» y «Ciencia del Derecho penal», examina el Dr. Sainz Cantero la problemática inherente al concepto, naturaleza, objeto —«es una ciencia empírico-cultural, valorativa, normativa y finalista que tiene por objeto de estudio el conocimiento sistemático del ordenamiento penal positivo»—, y método de nuestra disciplina, optando, en lo que hace referencia a este último punto, por el denominado método técnico-jurídico, con arreglo al cual, la investigación científica debe desarrollarse en tres fases distintas: la interpretativa, la sistemática y la crítica, «correspondiendo, en la actualidad, al científico, una importante misión que desempeñar en esta última fase».

En el segundo capítulo, de entre las distintas ramas que integran la impropriamente llamada Enciclopedia de las Ciencias penales, estudia el autor únicamente la Criminología, la Penología y la Política Criminal, señalando sus relaciones con la Ciencia del Derecho penal. Así, al tratar de la Criminología, zanja la debatida cuestión en torno al carácter de ciencia autónoma de la misma optando por la autonomía, a la vez que afirma su naturaleza interdisciplinaria, determinada, en suma, por la enorme complejidad de la realidad criminológica, si bien, insiste, es menester destacar la influencia recíproca —«relación de intercomunicación»— existente entre aquella y el Derecho penal, debiendo ser éste el que aporte a la primera el concepto legal de delito y las clasificaciones delictivas, mas debiendo, sin embargo, tomar también en consideración las conclusiones a que ha llegado la primera. En lo tocante a la Penología, sostiene el autor el concepto y contenido tradicionalmente asignados a dicha disciplina, subrayando, de otro lado, su naturaleza *mixta*, concretada en las notas de *jurídica* en su base, *pedagógica* en sus medios y *social* en su fin; si bien, afirma que «la misión de la Penología empieza donde termina el cometido del Derecho penal», en contra de las modernas corrientes que, pretendiendo que las garantías jurídico-penales derivadas del principio de legalidad y del principio «no hay pena sin culpabilidad» se hagan también extensivas a la ejecución de la pena, propugnan que las disposiciones legales relativas a la pena «no sean marcos vacíos que deban ser llenados posteriormente por las órdenes de ejecución», órdenes

que, de otra parte, revisten por lo general carácter administrativo (1). Por último, concluye la primera parte del libro con el examen relativo a la Política criminal y sus relaciones con la Ciencia del Derecho penal, donde el autor, después de examinar las dos concepciones existentes (extensiva y restrictiva), imbuido quizá de las corrientes derivadas del positivismo jurídico italiano, afirma que ambas son disciplinas distintas y separadas, es decir: que «la Política criminal puede ser considerada como disciplina separada y distinta de las otras ramas que se ocupan del delito y que merece un lugar independiente en la Enciclopedia de las Ciencias penales; en contra, claramente, de la corriente de opinión que considera que «dogmática jurídico-penal y política criminal se superponen y complementan, siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la ciencia del Derecho penal» (2).

La segunda parte del libro, dedicada a la *evolución de la Ciencia del Derecho penal en Europa*, comienza con un capítulo sobre el origen de nuestra disciplina, donde examina con detenimiento «la actualidad» del pensamiento de Beccaria en el marco de la filosofía iluminista, pasando a continuación revista a «las primeras construcciones científicas» como las elaboradas por Jeremy Bentham, Filangieri, Romagnosi y Feurbach. Sigue otro capítulo referente al examen de las escuelas penales, para concluir con otro donde el Dr. Sainz Cantero estudia la Ciencia del Derecho penal en la actualidad, desde la denominada dirección técnico-jurídica a la «defensa social nueva», aludiendo, en último término, a la problemática planteada actualmente; de un lado, entre los que pugnan por una desjuridización del Derecho penal y los que siguen aferrados a la postura dogmática y, dentro de los últimos; de otro lado, entre los partidarios de una concepción causal de la acción o de una concepción finalista.

El tema central de la tercera y última parte es la *evolución de la Ciencia del Derecho penal en España*, en el que el autor dedica especial atención a las figuras encuadradas en el llamado «movimiento reformista», entre las que sobresale, en primer término, la de don Manuel de Lardizábal y Uribe y, después, la de don Ramón Salas (3). A continuación, son objeto de detenido

(1) En este sentido se han manifestado los autores del Proyecto Alternativo alemán de 1966, al incluir en su proyecto de Código penal los principios fundamentales relativos a la ejecución de las penas y medidas, de modo parecido al Código penal suizo. El procedimiento ha sido objeto, ello no obstante de una total incompreensión (Vide, NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en «R. P. S.», 86 (1970), 34 y 35; KALLWAS, W.: *Der Psychopath, Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1970, 102).

(2) ANTÓN ONECA, José: *Derecho penal, Parte General*, 1949, 12.

(3) Es inexacta la opinión, muy extendida, según la cual don Ramón Salas fue detenido por el Tribunal del Santo Oficio por ser sospechoso de haber traducido los *Principios de la legislación universal* de Jeremy Bentham y mucho menos por haber traducido su Tratado (*Tratado de legislación civil y penal de Jeremías Bentham traducidos al castellano con comentarios por Ramón Salas*, Madrid, 1820). En realidad, a don Ramón se le imputó realmente ser autor del folleto aparecido en 1794, titulado *Exhortación al pueblo español para que... se anime a cobrar sus derechos*; extremo que, de otra parte, no pudo probarse, pese a lo cual y a que el libro no contenía ninguna afirmación herética, el profesor de Salamanca fue obligado en 1796 a ab-

estudio, en el marco del capítulo titulado «las tendencias de escuela en España», las corrientes clasicista, correccionalista, positivista y pragmatista, así como los representantes más destacados de cada una de ellas.

El libro acaba, finalmente, con un capítulo en el que el autor da cuenta de la ciencia española actual a través de los trabajos de sus investigadores más representativos. Sistemáticamente el capítulo comprende diversas secciones dedicadas respectivamente a la dogmática jurídica, la tendencia al finalismo, la defensa social, los estudios de especialización criminológica y los de carácter histórico-dogmático, así como una sección integrada por las obras consideradas de carácter general. A mi juicio, es ésta la parte más interesante del libro, por cuanto el autor se ha preocupado de dar una información bastante exacta de la producción bibliográfica existente en la actualidad en nuestra disciplina.

En fin, a la claridad expositiva con que el autor ha desarrollado el tema objeto de su investigación, debemos agregar el innegable valor que su estudio representa de cara al alumnado que pasa por las aulas de nuestras Universidades.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

SCHMIDHAUSER, Eberhard: «*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*» («*Delincuencia penal, Parte General, Tratado*»), J. C. B., Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, XXXV + 717 págs.

El profesor de Hamburgo, Eberhard Schmidhäuser, acaba de publicar un amplio Tratado de Parte General.

Las características de fiel reflejo de las opiniones discrepantes, de claridad y de síntesis que se encuentran en los *Tratados* de, por ejemplo, Mezger, Maurach y Jescheck no concurren en este libro. La obra recensionada está escrita, además, en un estilo difícil y forzado. El autor muestra una marcada inclinación a introducir nombres nuevos para sustituir a los consagrados: tipo de la culpabilidad (junto a tipo de lo injusto) en vez de elementos de la culpabilidad; causas de exclusión del hecho punible en vez de causas de exclusión de la punibilidad; omisión referida y no referida a un resultado en vez de omisión impropia y propia, etc. Por supuesto, que a veces tiene razón Schmidhäuser cuando se queja de la falta de exactitud de algunos términos tradicionales; pero el sustituirlos —cuando todos sabemos lo que esos términos inexactos quieren designar— más que a la clarificación contribuye a aumentar el confusionismo. Lo que se gana en exactitud con un concepto más ajustado se pierde con creces en inseguridad terminológica al tratar de desplazar las denominaciones generalmente aceptadas.

jurar «de levi» (Véase, en este sentido: JOVELLANOSH *Diarios*, t. II, Oviedo, 1953-1956, 229; DEFORNEAUX, M.: *L'Inquisition espagnole et les livres français au XVIII^e siècle*, 1963). Su estancia en las prisiones inquisitoriales se vio, no obstante, prolongada por gracia del arzobispado de Santiago, don Felipe Vallejo, si bien —expresa GARCÍA RODRIGO, en *Historia verdadera de la Inquisición*, Madrid, 1877, 3 vols., vol. III, 80—, obtuvo permiso para ir a tomar las aguas de Taillo.

De lo expuesto se deduce que existen *Tratados* muy superiores para el que desee adquirir una visión de conjunto sobre la actual situación de la dogmática de la *Parte General*.

Pero junto a esos inconvenientes la obra tiene también aspectos muy positivos. El autor, ante cualquier problema, se preocupa, más que de referir lo que dicen los demás, de exponer su posición personal. Y esta posición personal es a veces extraordinariamente sugerente. El iniciado Derecho penal, por consiguiente, encontrará a menudo en el *Tratado* de Schmidhäuser ideas más o menos discutibles, pero inéditas, que habrá de tener en consideración. En este sentido, la obra de Schmidhäuser recuerda inevitablemente al manual de Hellmuth Mayer: ambos son libros de penalistas que siguen un camino propio y marginado de las corrientes mayoritarias. Precisamente por ello hay que consultarles

El personalismo de Schmidhäuser condiciona la irregularidad del libro. Su estudio de la imprudencia —incomprensiblemente breve— no está a la altura de la importancia del tema. Que para distinguir entre coautoría y complicidad proponga el criterio de lo que la intuición le diga al juez, después de una contemplación conjunta del acontecimiento delictivo, es, más que un criterio, una capitulación ante la dificultad del problema. El estudio de los fines de la pena es, en cambio, magistral. Su crítica a la dogmática dominante de la legítima defensa es tan demoledora como correcta; pero la parte constructiva no convence: negar ante los ataques de inimputables la posibilidad de la legítima defensa y operar en tales casos sólo con el estado de necesidad y la consiguiente ponderación de bienes, significa —expresándolo con un ejemplo extremo— que el que mata al enajenado mental que trata de amputarle el brazo debe responder por homicidio; lo que difícilmente puede admitirse.

Por sus virtudes y por sus defectos el *Tratado* de Schmidhäuser, que, si lo comparamos con lo astronómico de los precios de los libros alemanes, tiene además uno bastante razonable (34 marcos, en rústica), es muy de recomendar.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

WALDER, Heribert: «Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts» (El significado de la doctrina de los elementos subjetivos justificativos para la metodología y la sistemática del Derecho penal) (Berlín, 1970, Walter de Gruyter) pág. 270.

El autor de este libro es ya conocido en el campo del Derecho penal por sus publicaciones sobre otros temas jurídico-penales, como el aborto, el delito de asociaciones secretas, la sanción penal de las personas psicopáticas, etc.

La obra que ahora comentamos fue presentada en el semestre de verano de 1968, en la Facultad de Derecho en la Universidad de Colonia, como escrito de Habilitación. Contiene una introducción y cinco capítulos. El primero trata del método, el sistema y la interpretación. Este capítulo encontrará, sin duda alguna, mucho eco entre los penalistas españoles, sobre todo entre

Los jóvenes, pues analiza con gran claridad y orden, así como con abundante información bibliográfica, los temas más centrales que el opositor debe estudiar en la preparación de su Memoria sobre el concepto y el método de Derecho penal. Muchas páginas merecen subrayarse, por ejemplo, al comentar la oportunidad de mantener un método que conjugue la sistemática con la problemática (págs. 44 sigs.), la presencia inevitable de elementos irracionales en el campo del Derecho penal (págs. 52 sigs.), las relaciones entre el Derecho y la Moral (págs. 54 sigs.), el pluralismo metodológico (págs. 73 siguientes), la naturaleza de las cosas (págs. 79 sigs.), etc. Waider aborda con profundidad filosófica los puntos más cuestionables de éste y de los siguientes capítulos.

El segundo capítulo trata brevemente de algunas preguntas concretas dentro del campo de la legítima defensa. El tercero, estudia los elementos subjetivos justificativos en las restantes causas de exención de la antijurisdicción. El cuarto, investiga el significado de los elementos subjetivos del injusto; y el quinto, expone las conclusiones metodológicas y sistemáticas de las páginas anteriores.

Como el libro no pretende concretar el contenido de los elementos subjetivos justificativos, sino investigar la significación de estos elementos para la metodológica y la sistemática del Derecho penal, no espere el lector encontrar aquí un tratado completo acerca de estos elementos, pero sí, en cambio, la respuesta detallada y sólidamente fundada al título del libro, a la luz de la *más moderna doctrina, con exhaustivo conocimiento de la literatura alemana actual y pretérita*. Llama la atención la fecunda dimensión histórica del autor y sus dotes pedagógicas al escribir. A pesar de la densidad de estas páginas, resulta fácil su lectura por los frecuentes y ordenados planteamientos iniciales de los temas y por las recapitulaciones al final de cada problema.

La confrontación de este libro es indispensable para cualquiera que pretenda estudiar y escribir algo acerca del método jurídico-penal.

A. BERISTAIN.

ZIPF, Heinz: «Die Strafmasrevision» («La revisión de la medición de la pena»), Munich, 1969.

De nuevo vuelven a preocupar los problemas que se plantean en la teoría de la pena. Mientras que la dogmática de la teoría del delito ha alcanzado en la dogmática jurídico-penal un nivel tan elevado que se puede considerar como modelo para la dogmática de otros sistemas jurídico-penales, se encuentra la dogmática en la determinación de las consecuencias del delito sólo en sus comienzos.

De todas las importantes cuestiones que se plantean en la teoría de la pena, ninguna tan interesante y de tan destacada importancia práctica como la de su determinación y medición. Ella sirve, además, de piedra de toque a muchas de las teorías formuladas en torno al injusto, a la culpabilidad, a las formas imperfectas de ejecución, a la distinción entre autor y cómplice, etc. La medición de la pena sirve también a la realización de su función, representando, pues, la inmediata aplicación práctica de las teorías sobre la esencia y fines de la pena. Al mismo tiempo, al ser la medición de la pena una fun-

ción exclusivamente judicial, tienen también en esta cuestión una especial relevancia las cuestiones procesales.

En materia de determinación de la pena, la formación del juez penal está fuertemente necesitada de reforma. Propiamente de las tres grandes tareas: jurídico-penales y procesales: comprobación de los hechos, subsunción del hecho comprobado en la ley y determinación de las consecuencias del delito, el joven jurista por su formación solo está preparado suficientemente para la tarea central... Si se hubiese empleado un mayor esfuerzo en enseñarle el arte de la determinación de la pena, el «dogma de la determinación irracional de la pena» hubiese desaparecido hace ya tiempo.

El libro está dividido en dos partes independientes, aunque compenetradas entre sí.

La primera viene dedicada al estudio de la estructura dogmática de la teoría de la determinación de la pena y de su eficacia en la revisión de la medición. El estado actual de las teorías en torno a estos problemas es contradictorio. Las antinomias en los fines de la pena, la irracionalidad con que se mueve el juez a la hora de su determinación, dificultan un estudio científico de la materia.

El punto de partida para dicho estudio científico debe ser la culpabilidad, por el hecho, y la pena, entendida normativamente como culpabilidad por el hecho, y la pena, entendida como justa retribución por el mal realizado. Ambos sectores o marcos, el de la culpabilidad y el de la pena, deben coincidir a la hora de fijar las bases para la determinación de la pena. Dentro de ese marco, que representa al mismo tiempo un límite para la actividad del juzgador, debe éste recurrir a otros hechos para fijar la medida exacta de la pena: la personalidad del delincuente, los fines preventivos de la pena, etc.

La segunda parte viene dedicada al estudio de los problemas que plantea la revisión de la pena ya impuesta hecha por el Tribunal superior al sentenciador. La división de la pena en el caso concreto descansa siempre en una división del trabajo entre el legislador y el juez. Este último tiene una parte en esta labor reservada a su arbitrio que no puede ser revisada por otro tribunal o juez superior. Pero si pueden ser revisados aquellos otros casos que quedan fuera del arbitrio judicial y para los que la propia ley señala los puntos de referencia, bien porque no se haya delimitado acertadamente el marco de la culpabilidad o el de la pena, o bien porque no se hayan tenido en cuenta los fines preventivos de la pena.

La unión entre Derecho penal material y procesal penal es en esta materia más evidente que en ninguna otra. La mejor virtud de su autor es, sin duda, la de haber abordado con igual profundidad y acierto los dos aspectos procesales y materiales que el tema tiene. No en vano fue presentado este libro por su autor como escrito de habilitación para lograr la docencia, precisamente en estas dos materias.

Es de destacar, además, la cuidada y excelente impresión del libro que sirven de pórtico magnífico a un contenido indudablemente interesante.

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 78 (1966), fascículo 4

HEINITZ, E.: «Der Überzeugungstäter im Strafrecht» (El delincuente por convicción en Derecho penal), págs. 615-637.

En el artículo de Heinitz, que, como los restantes contenidos en este fascículo de la Zeitschrift, constituye una ponencia pronunciada en el Congreso de Profesores Alemanes de Derecho penal, celebrado en 1966 en Heidelberg, se hace referencia, en primer lugar, a los orígenes de la problemática de si el autor por convicción debe ser o no objeto de un trato privilegiado, mencionándose la aportación de Ferri.

El Proyecto alemán de 1962 rechazó toda regulación favorable para el delincuente por convicción; en cambio, la Comisión Especial de "Derecho penal" previó en 1964, y bajo determinadas circunstancias, la sustitución de la pena común privativa de libertad por una custodia honesta, cuando el móvil determinante del autor hubiera sido que, por convicción moral, religiosa o política, se hubiera considerado obligado a actuar. Pero entre los sujetos excluidos de ese privilegio figuran los culpables de traición, siendo así, recuerda Heinitz, que fue precisamente para esos autores para quienes se creó el concepto de delincuentes por convicción. En opinión de Heinitz, que rechaza también el concepto —acuñado por Welzel— de delincuente por conciencia, el Derecho penal no debe prever ninguna clase de privilegio para los delincuentes por convicción, pues su castigo no es incompatible ni con el principio de la justa expiación ni con una posible resocialización. Haciendo continua referencia al trágico fin de la República de Weimar, Heinitz ve en el "esfuerzo renovado de introducir un tratamiento especial para delincuentes por convicción o por conciencia un síntoma de debilitación de nuestro Derecho y de nuestra democracia con el que no puedo conformarme".

NOLL, Peter: «Der Überzeugungstäter im Strafrecht. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischem Relativismus» (El delincuente por convicción. Al mismo tiempo, un debate con el relativismo iusfilosófico de Gustav Radbruch), págs. 638-662.

Noll señala que Radbruch examinó el problema del delincuente por convicción desde un punto de vista politicocriminal; frente a él, opinaba, sólo se puede alcanzar el fin de defensa de la sociedad, pero ninguno otro de los fines de la pena. Noll considera esta concepción de Radbruch definitivamente rebatida y superada y propone una solución diferenciadora.

En primer lugar, el articulista opina que el conflicto con algunos delinquentes por convicción podría evitarse si el Estado suprimiese tipos que han sido concebidos, innecesariamente, de manera muy amplia. Noll alude, con ello, a aquellos sujetos que se limitan a proclamar y demostrar su ideología (repartiendo, por ejemplo, octavillas), pero sin proponerse ningún otro tipo de acción política directa. El respeto a las minorías exige aquí, piensa Noll, una reforma del Derecho penal político que excluya esos actos del campo punitivo. En el caso de aquellos objetores de conciencia que, además, se niegan a prestar —en lugar del servicio militar— el servicio sustitutivo de carácter civil previsto por la legislación alemana, Noll propone la imposición de una mera sanción administrativa de carácter pecuniario. La custodia honesta es la sanción adecuada, estima Noll, para los extranjeros que revelan secretos de Estado y para los nacionales que realizan la misma conducta por convicción política. Finalmente, Noll se ocupa de los tipos penales que no protegen ningún bien jurídico, sino sólo convicciones religiosas o morales. La consecuencia de las conductas ahí criminalizadas no se refleja, pues, en la lesión de un bien jurídico, sino en reacciones como el escándalo y la indignación. Como esas conductas tampoco son peligrosas, Noll estima que reprimirlas con la custodia honesta sería demasiado riguroso y se inclina por la multa administrativa.

El articulista opina que el enorme valor de la problemática planteada por Radbruch consiste en que el delincuente por convicción es un motivo para reconsiderar las propias ideas y para hacer examen de conciencia.

STREE, Walter: *Publizistischer Geheimnisverrat im Bereich des Staatsschutzes»* (Revelación periodística de secretos dentro del sector de la protección del Estado), págs. 663-694.

Stree se ocupa en su artículo del secreto de Estado y del problematismo de la distinción entre un concepto formal y otro material de secreto, aplaudiendo la propuesta de regulación del Proyecto de 1962 de limitar el delito de traición a autores que revelan un secreto a una potencia extranjera, bien directamente o a través de un intermediario, bien actuando con un propósito hostil a la República Federal. De este modo queda excluida de ese tipo la publicación en la Prensa de un secreto cuando el periodista no es un agente extranjero ni actúa tampoco por el móvil de perjudicar a su país.

LACKNER, Karl: *«Landesverräterische Agententätigkeit»* (Actuación de agentes espías), págs. 695-724.

Lackner estudia en su artículo, sobre la base de la regulación del Proyecto de 1962, el concepto de secreto de Estado. Dedicó especial atención a la teoría jurisprudencial del "mosaico", según la cual existe un delito de traición, aunque lo revelado a una potencia extranjera no sea, en sí, un secreto que pone en peligro a la República Federal de Alemania, pues actual-

mente no suele ser un solo espía el que descubre un secreto, sino un organismo central de la potencia extranjera, que valora y acopla las informaciones de los distintos espías, de lo que resulta finalmente, como en un mosaico, el conocimiento de un auténtico secreto de Estado.

Karl A. Friedrichs informa, en un breve artículo, sobre la discusión que siguió en el Congreso de Heidelberg a las ponencias reseñadas de Heinitz, Noll, Stree y Lackner.

La sección de Derecho comparado está integrada por un artículo de Hammelmann y de Williams sobre la identificación de sospechosos y por otro de Geilke sobre la ejecución de penas privativas de libertad en Polonia. Figuran además reseñas de libros extranjeros escritas por Simon-Kreuzer y por Kühler.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

ITALIA

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Año 1970, fascículo 1

CONSO, C.: «Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giudice?». Págs. 3 y sigs.

El problematismo relativo a la neutralidad de la ciencia se acentúa en las ciencias sociales. La interpretación jurídica está vinculada a posiciones ideológicas de principio, que dan lugar a soluciones "progresivas" y "reaccionarias" de los problemas. El orden jurídico presenta espacios libres, en contraste con los dogmas de la certeza, apoliticidad y aplicación objetiva del Derecho, en los que la interpretación se desenvuelve conforme a puntos de vista valorativos. Esta situación, a juicio de Conso, debe impulsar al jurista a la racionalización de los juicios de valor y a la aplicación rigurosa de las categorías de las ciencias sociales y morales.

AZZALI, Giampiero: «Osservazioni in tema di frodi alimentari». Págs. 13 y sigs.

El autor proporciona una detallada imagen de la legislación italiana referente a los delitos contra la salud pública, en relación con la alimentación humana, sobre cuya base construye dogmáticamente la noción de

fraude alimentario, en contraposición al fraude comercial. Aquél es definido como la conducta engañosa para el consumidor, realizada mediante la puesta en circulación de bebidas o sustancias alimenticias peligrosas, real o potencialmente, para la salud pública.

REGINA, Aldo: «*Promessa di mutuo e insolvenza fraudolenta*». Págs. 154 y sigs.

La figura de la insolvenza fraudolenta, su delimitación frente a la estafa y el tratamiento de la casuística que suscita, han sido objeto de amplia aportación por la literatura italiana. El trabajo de Regina interroga sobre los caracteres que ha de reunir la promesa de préstamo efectuada por quien disimula su situación de insolvenza para que pueda subsumirse en el artículo 641 del Código penal. En ese sentido, afirma el autor que la punibilidad se hace depender de que, previa la simulación de la insolvenza, el sujeto incumpla la obligación de prestar una suma de dinero, pese a haber obtenido una ventaja patrimonial del prestatario.

La Scuola Positiva

Año 1969, fascículo 3

“La Scuola Positiva” se une en el presente fascículo a la conmemoración del cincuentenario de la muerte de Franz von Liszt. Las contribuciones de Ranieri y Lange han aparecido previamente en el número 3 de 1969 de la ZStW.

RANIERI, Silvio: «*Franz von Liszt e la Scuola positiva in Italia*». Págs. 369 y sigs.

El pensamiento de Lombroso era tenido en cuenta en Alemania a partir de 1869, y en la tercera edición de “L'uomo delinquente” (1884) se encuentran pruebas de sus contactos científicos de Liszt. Respecto a Ferri, el perfeccionamiento de las concepciones de ambos maestros permite afirmar la unidad, en lo fundamental, de sus puntos de vista. Liszt adhirió a las ideas de Ferri sobre la sentencia indeterminada y aceptó su clasificación de los delincuentes. Piensa Ranieri que la difundida opinión de que entre Ferri y el autor del Programa de Marburgo existieron contrastes repetidos, debe ser revisada. El trabajo del profesor de Bolonia contiene numerosas puntualizaciones sobre la evolución del contenido de la Escuela positiva y reacciona contra las interpretaciones estereotipadas del ideario de Lombroso, Ferri y Von Liszt, efectuadas con frecuencia sin reparar en su progresión intelectual.

GUARNERI, Giuseppe: «Franz von Liszt e la Política criminale». Págs. 392 y sigs.

La personalidad de Liszt como jurista al servicio del Estado de Derecho se revela en la aceptación del principio de legalidad y en el reconocimiento del bien jurídico. Su significación en el ámbito de la Política criminal, en el relieve concedido a la consideración empírica del delito, como elaboración de los principios críticos y renovadores de la legislación penal. La doctrina italiana, afirma Guarneri, ha reconocido siempre la virtualidad de las ciencias auxiliares, y en particular, de la Política criminal, como doctrina inspiradora de la actividad del Estado para la prevención y represión de la criminalidad. Orientada a la valoración crítica del derecho vigente y a comprobar si corresponde a su función social, hallaría su puesto entre las ciencias políticas.

SPIROLAZZI, Gian Carlo: «Franz von Liszt e l'oggetto della Criminologia». Págs. 406 y sigs.

La concepción criminológica de Liszt ha sido ratificada por las investigaciones sucesivas. El autor coteja esa concepción con las de diversos penalistas y criminólogos y examina la cuestión del carácter científico de la Criminología, el problema de su objeto y la determinación de su método, sensiblemente al margen del enunciado de su aportación.

LANGE, Richard: «Positivismo e Antropología filosofica». Págs. 426 y sigs.

Afirma Lange que el positivismo parece una imagen auténtica del hombre, en el que contempla un objeto que reacciona frente al estímulo. Una representación de esa índole domina sustancialmente la Criminología americana, donde, a la luz de la obra de Watson, el comportamiento humano es interpretado desde el modelo de la máquina. En el campo de la sociología criminal, la consideración abstracta cierra el paso al ser humano individual, en el que se ve una pequeña parte de la especie. Los postulados del positivismo, sin embargo, no hallan confirmación en la investigación reciente. Los trabajos de Hooton, Mac Cartney y Messinger y Appelberg evidencian una oposición a las tesis principales de Lombroso e impiden la contemplación del delincuente como un ser humano peculiar. Lange muestra extrañeza ante la postura del proyecto alternativo al tratar la multirreincidencia como un "signo infalible" determinante de un tratamiento médico pedagógico intensivo, en contraste con los principios del hecho y la culpabilidad.

La Criminología del presente, cuyo contenido debiera ser revisado de acuerdo con la advertencia de Hellmuth Mayer, es impotente para explicar satisfactoriamente numerosos fenómenos de esta hora histórica. En contraposición a la imagen mecanicista del comportamiento, hay que aceptar una

concepción del hombre apoyada en las ciencias empíricas. en la dirección. ejemplificativa de las investigaciones de Portmann o la posición psiquiátrica. de Schulze, a cuyo fin serían aprovechables los intentos criminológicos yugoslavos, polacos y soviéticos, en los que el postulado determinista va siendo abandonado. El trabajo de Lange advierte sobre la necesidad de retornar a las ciencias fundamentales del hombre como vía para superar una Criminología que no logra esclarecer los principales fenómenos de la criminalidad ni contribuir a su superación.

La Giustizia Penale

Fascículo 1 (enero 1970)

SABATINI, Giuseppe: «Garanzia giurisdizionale e aspetti tecnici nell'esecuzione penitenziaria». Parte I, col. 1 y sigs.

El postulado de la personalidad ha de dominar el tratamiento penitenciario y la función primaria de la pena, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución, orientarse a la reinserción social del reo mediante la educación. La individualización de la pena ha de distinguirse de la individualización de su ejecución, en la que ha de verse una realidad procesal, donde emerge con energía el conflicto entre libertad y autoridad.

Dado que la elección de la medida adecuada a la función penal de readaptación social sólo puede realizarse previo el examen de personalidad, Sabatini se muestra partidario del sistema adoptado por el proyecto polaco de ejecución penal, en el que domina el principio de la irrevocabilidad de la condena y la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda flexibilizar la ejecución siempre que surjan o se conozcan nuevos hechos concernientes a la personalidad. Dado, pues, el carácter flexible de la ejecución, pierde importancia la argumentación favorable a la división del proceso penal en dos fases. La fijación de la pena por el Juez sirve a las necesidades de la prevención general. La posibilidad de adaptar la ejecución a la personalidad del sujeto constituiría una tarea jurisdiccional, a cumplir por un órgano colegiado complejo, dirigido por un magistrado experto, y en el que participaría el Juez de vigilancia, un representante de la administración penitenciaria y un equipo de técnicos.

VENDITTI, Rodolfo: «La nozione di «Oscenità» (anche in rapporto alla tutela dei minori) negli sviluppi della giurisprudenza degli ultimi vent'anni». Parte II, col. 107 y sigs.

La tutela penal y la determinación del concepto de pudor ha sido objeto de especial atención en la literatura italiana. Las dificultades que plantea el tratamiento penal del «acto obsceno» surgen por la fluctuación de los usos en el campo de lo sexual y por la flexibilidad de los tipos predisuestos.

para la protección del pudor. La misión de la ciencia jurídica se cumple en este ámbito precisando lo socialmente adecuado en lo relativo a la exteriorización sexual y procediendo a la delimitación del contenido de los tipos, cuyo carácter abierto y la presencia de elementos normativos plantea serios problemas desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

Destaca Venditti que la incriminación de los actos, publicaciones y espectáculos obscenos (arts. 527 y 528 C. p.) se orienta a la tutela del pudor, como sentimiento de recato en lo referente a las manifestaciones sexuales. El ordenamiento tiende a proteger los aspectos positivos de la sexualidad, garantizando un contexto sexual en que los valores correspondientes sean respetados y evitando una dinámica que tiene con frecuencia consecuencias antisociales de vasta repercusión. Puntos de vista complementarios, de indole pedagógica, se ofrecen en la legislación tuitiva de los valores de la juventud. La regulación jurídica, según Venditti, no pretende perpetuar una imagen arcaica o tabú, sino fomentar una visión equilibrada y positiva de la sexualidad. La influencia del Derecho está aquí limitada por la fluctuación social, pero la ley puede dar fe de su magisterio al impedir la deformación artificial de la moral sexual.

El artículo 529 del código italiano considera obscenos a los actos y objetos que, según el sentimiento colectivo, ofenden el pudor. La interpretación de la noción "sentimiento colectivo" se ha orientado hacia su identificación con un modelo histórico estadístico—como sentimiento de la mayoría—, o, por el contrario, a su consideración deontológica o normativa, atendiendo a los valores que tutelan la legislación penal y la Constitución. En las decisiones jurisprudenciales de los años cincuenta dominaba el primer punto. Por "sentimiento colectivo" se entendía el "sentimiento medio del pudor", la "sensibilidad media de un pueblo en cierto momento histórico", el "sentimiento común a la totalidad de los miembros de la comunidad", etc., etc. Una orientación de esta especie, según Venditti, pudo conducir a que los espectáculos obscenos y las publicaciones pornográficas, adquiridas o contemplados por grandes sectores de la comunidad, debieran reputarse conformes a la norma. El crecimiento de los espectáculos "sexy" y la explosión característica de los años sesenta hizo surgir el modelo valorativo contrario, al considerar que el Derecho ha de cumplir funciones normativas, sin dejarse empujar fácilmente por la dinámica sexual de los hechos. En esta segunda dirección, ha podido afirmarse que la pauta interpretativa le corresponde al hombre sexualmente normal que vive equilibradamente en la sociedad contemporánea, y cuya actitud frente al sexo se halla tan distante de los excesos de un puritanismo exagerado como del desenfreno erótico que las normas deben impedir. Así han surgido afirmaciones jurisprudenciales de que el pudor es patrimonio de toda persona que posea autoconsciencia de su dignidad y del respeto a la intimidad sexual, en la línea de la Relación al Proyecto definitivo de Código penal, donde se alude a la sensibilidad ética normal y a la concepción equilibrada y serena de la vida social y humana. El trabajo de Venditti, cuya claridad e importancia para el conocimiento de la situación real italiana merecen ser destacados, examina ulteriormente la proyección del problema en el ámbito del Derecho de la juventud, con referencia especial a la ley de 12 de diciembre

de 1960 relativa a la publicidad, con la que se intenta proteger a la juventud frente a las agresiones psicológicas características de la publicidad, ofreciendo la situación jurisprudencial al respecto.

La revista contiene, además, otros trabajos: B. Bisio, "Considerazioni sul reato e sul delitto"; Semerari-A. Castellani, "Impostazioni vecchie e nuove in tema di tossicomanie"; Cacciavallani, "Configurabilità del reato di interesse privato in atti di ufficio (art. 342 c. p.) a carico di un componente di un órgano amministrativo collegiale (Collegio perfetto), y diversas notas a señalizaciones".

ANGEL TORIO

DE LEONE, Ugo: «Riflessi penalistici della nuova tutela del marchio».
En «Rivista Penale», Anno XCIII, Terza serie, Luglio, 1969, núm. 7, Roma, 1969, págs. 424 y sigs.

El artículo que recensiamos se refiere a la innovación que en el derecho italiano representó la llamada *legge Bima* (por el nombre del diputado que la propuso), de 21 de marzo de 1967 (núm. 158), por la que se reformaban algunos artículos del R. D. de 21 de junio 1942 (núm. 929), y especialmente por lo que se refiere a la reforma del artículo 13 de éste último.

En síntesis, el artículo 13 del R. D. permitía el uso, en las marcas, del nombre o razón social, aun cuando fuese el mismo usado por otra empresa para productos del mismo género, siempre que fuese acompañada de elementos idóneos a identificarla. La reforma se llevó a cabo a través de dos innovaciones; por un parte no se habla en la nueva redacción de "identidad del nombre, etc.", sino de "igualdad o semejanza"; por otra parte, se suprime la posibilidad de utilizar marcas iguales, con o sin elementos idóneos para diferenciarlas. De este modo, la tutela del derecho al nombre cae frente al interés público, a la lealtad y seguridad del comercio, a la tutela de los consumidores y de su libertad de elección y, en suma, del orden público económico.

Por lo que se refiere al estricto campo penal, hace un breve estudio del artículo 515 del Código penal italiano, de las diversas interpretaciones que se dieron a éste por parte de la Corte de Casación y de otros Tribunales italianos por cuanto se refiere a la protección penal de la marca y de la consiguiente influencia que la modificación del artículo 13 del R. D. 21 junio 1942 ha tenido en tal interpretación, en el sentido de procurar una mayor protección de la marca.

Finaliza su trabajo haciendo una breve referencia a la intercomunicación entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico que en este campo concreto tiene un claro ejemplo.

SIMONETTO, Ernesto: «Crisi del diritto e fervore interpretativo». En «*Rivista Penale*», Anno XCIII, Terza serie, marzo 1969, núm. 3, Roma, 1969, páginas 126 y sigs.

Comienza el autor poniendo de relieve el papel que juega la interpretación entre los problemas fundamentales de la crisis del Derecho, apuntando a continuación las distintas posiciones adoptadas en Italia en referencia con este punto concreto, y enumerando dos corrientes, de las que la primera encontraría la solución en una mayor discrecionalidad o arbitrio judicial, intentando una aproximación al sistema anglosajón, mientras que la corriente tradicional argumenta su postura en la defensa del orden constituido.

Después de destacar el carácter técnico de la interpretación, adopta una posición crítica frente a cada una de las posturas enunciadas, oponiéndose a la primera por cuanto las diferencias, no sólo jurídicas, sino también ideológicas y sociales de Italia e Inglaterra no permitirían tal injerto de aquél sistema en Italia, lo que, según palabras de Simonetto, podría incluso llegar a crear la anarquía.

Por lo que se refiere a la corriente tradicional, si bien le concede el ser defensores del principio de legalidad, sin embargo, considera que los cánones interpretativos no son válidos, hasta el punto de ser considerados por juristas, políticos y ciudadanos como un medio de hacer triunfar, no la justicia, sino una estéril legalidad formalista.

Podemos resumir la solución por él apuntada, diciendo que se trata de una interpretación evolutiva, no entendida como una labor del intérprete con el fin de encontrar soluciones fuera del derecho positivo, en los hechos o en la naturaleza de las cosas, sino como una evolución de la interpretación, pero sin salirse del margen legal.

Son, en definitiva, algunas ideas generales dadas sobre el problema de la interpretación y de cómo debe entenderse ésta, pero sin llegar a un estudio detenido de cada una de las cuestiones que su estudio a fondo plantearía.

LUIS C. RAMOS RODRIGUEZ

NOTICARIO

CONFERENCIAS

Don José Cerezo Mir, profesor agregado de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, ha pronunciado, en la primera quincena del mes de julio, una conferencia sobre el tema "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia española del Derecho penal", en las Universidades alemanas de Bonn, Göttingen, Erlangen y Regensburg. La conferencia se publicará en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

El Decanato y la Asociación de Estudiantes de la Facultad de Derecho de La Laguna han organizado un Cursillo de Criminología sobre "Tratamiento del Delincuente", con arreglo al siguiente programa.

Días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre, a las 13 horas, profesor doctor don Carlos María de Landecho, profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, doctor en Criminología por la Universidad de Bonn: *Tratamiento Clínico-Criminológico del Delincuente Adulto*.

Días 3 y 4 de diciembre, a las 13 horas, y día 5 de diciembre, a las 12 horas, Profesor doctor don Joaquín Martín Canivell, profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Magistrado, Graduado en Criminología por la Universidad de Harvard: *La Delincuencia Juvenil y su Tratamiento*.

Seminarios: Los mismos días que las conferencias, en horas de la tarde, según se anunciará oportunamente.

HOMENAJE AL PROFESOR GRAVEN EN SU JUBILACION

El pasado año se jubiló, a los setenta de edad, el profesor de Derecho penal de la Universidad de Ginebra y Magistrado del Tribunal de Casación, doctor Jean GRAVEN. Fue ocasión propicia para que se exteriorizara una vez más la admiración y el singular aprecio que el profesor GRAVEN mereció siempre de todos, en Suiza o en el extranjero.

ANUARIO DE DERECHO PENAL quiere de alguna forma asociarse a los merecidos homenajes que en tal ocasión fueron tributados al docto criminalista que tanto prestigio a su patria y a cuantas instituciones perteneció o dirigió, y también nuestras páginas con alguna de sus siempre interesantísimas colaboraciones (1).

(1) ANUARIO DE DERECHO PENAL publicó sus colaboraciones tituladas: *Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*, 1950; *El problema jurídico del aborto y su solución en el Código penal suizo*, 1954; *Introducción jurídica al problema del examen médico-psicológico y social de los delincuentes*, 1966; *Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y sus incidencias jurídicas*, 1968; *Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y sus incidencias jurídicas* (2.ª parte), 1968.

No es tarea fácil la noticia, ni puede contenerse dentro de los moldes acostumbrados, que ha de superar, cual superó siempre GRAVEN toda medida en su esfuerzo sin fatiga, su dedicación continua, su entrega sin límite a los generosos y altos ideales que sirvió siempre y a las instituciones a las que consagró su vida. Sería interminable, incompleta siempre la lista, como la de sus publicaciones, pero trataremos de evocar algunos momentos de su vida y de su obra, que nos parecen fundamentales.

El profesor GRAVEN fue siempre un magnífico escritor y todo un maestro, de lo que pueden dar fe la Sociedad de escritores suizos y cuantos, pasaran o no por sus aulas, se acercaran a él con vocación estudiosa. Baste recordar aquí entre sus obras dos poco conocidas en España: las que dedicó al "Roman de Renard" y a la "Réhabilitation de Noble et Héroïque Antoine Stockalper, Chevalier de L'Eperon, Capitaine en Piemont".

Comenzó sus actividades judiciales el año 1928, en el Tribunal Federal de Seguros Sociales. Su vocación universitaria le llevó después a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Ginebra. También fue al mismo tiempo Magistrado del Tribunal de Casación, que tuvo el raro privilegio de presidir a lo largo de cinco presidencias, lo que nunca ocurrió desde la fundación del Tribunal en 1848. Nos ofreció su experiencia en su comunicación al I Congreso Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario (Madrid-Salamanca, 1952) con el título "Esbozo del sistema de la Casación y de la revisión en Ginebra y de su reforma posible".

Desde hace largos años dirige la Revista Internacional de Criminología y de Policía Técnica, donde aparecieron algunos de sus importantes trabajos, cual el dedicado a la pena de muerte (1952), pero en las revistas suizas y extranjeras siempre fue altamente apreciada su colaboración que prodigaba generosamente. Singular éxito tuvo, entre otros, su artículo *Introducción a un enjuiciamiento criminal racional de prevención y defensa social*, título de por sí elocuente, que tuvimos la fortuna de traducir y ver publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Apenas terminada la guerra se mostró incansable y apasionado defensor del humanismo jurídico, y dio su valioso apoyo al movimiento internacional de Defensa Social, que celebró su primer Congreso Internacional en 1947, en San Remo, y el segundo en Lieja en 1949. Parece que estemos viendo su brillante y eficaz actuación entre los diez Delegados europeos que asistimos a la Asamblea Interamericana de Defensa Social, en Caracas el año 1952.

La Asociación Internacional de Derecho Penal, que tanto le debe, lo aclamó por unanimidad su Presidente de Honor al fin de su X Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma en 1969. A su Comité perteneció desde la sesión celebrada en Nuremberg, en 1946. Fue secretario general del V Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Ginebra en 1947.

Sus cursos y conferencias en el extranjero fueron tan numerosos como importantes, y fue calificado de verdadero ciudadano del mundo. Citemos por todos el magnífico curso que profesó el año 1950 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre "los crímenes contra la humanidad". En su dedicatoria nos decía: "en busca común de un Derecho mejor, la ilustre escuela española nos mostró en su tiempo el camino".

Si alguna vez el profesor GRAVEN se alejó de la Universidad fue para volver más capacitado aún para servirla. Así, durante dos años fue llamado a Etiopía para redactar el nuevo Código Penal, tras un concienzudo estudio del país, sus gentes, sus instituciones, su vida.

Doctor "Honoris causa" por las más importantes Universidades extranjeras, el Instituto Max Plank le concedió este doctorado, ocasión de una bella "laudatio" y especial felicitación de su director, el profesor JESCHECK.

El rector GRAVEN tuvo a su cargo, con el Senado de la Universidad de Ginebra, la preparación de la reforma de las estructuras Académicas, sentando los principios y pilares para futuras realizaciones.

Merecidamente su jubilación, su última lección fueron actos memorables a que se sumaron corporaciones nacionales y extranjeras, antiguos alumnos. y a su frente el actual Decano LALIVÉ, de la Facultad de Derecho, rindiéndole público testimonio de admiración, reconocimiento y fidelidad, bien valorados por el homenajeado al estimarlos como "la mejor si no casi la recompensa de un profesor".

Pero el profesor GRAVEN sigue y seguirá alumbrando a generaciones de juristas y a la atribulada Humanidad en busca de Justicia y de "un Derecho mejor" desde ese luminoso faro que fue siempre su estudio en la ginebrina rue de l'Athénée, donde tantas y tantas veces lo encontramos trabajando y robando horas a un bien necesario descanso, incluso después de su jubilación. Materialmente, su luz alumbraba aún a horas bien tardías también.

Esperemos que pronto dé a las prensas su bien trabajada obra en torno a problemas actuales de los Derechos del Hombre, o sus nuevas aportaciones sobre el proyectado Tribunal Internacional de Justicia Criminal, materia que siempre mereció preferente atención del profesor GRAVEN.

Mucho podríamos decir de GRAVEN como maestro, compañero o amigo en estas torpes cuartillas, si nil emocionados recuerdos no hicieran aún más difícil nuestro deseo de ser portavoz de la adhesión del ANUARIO DE DERECHO PENAL a los actos y homenajes tributados al profesor GRAVEN con motivo de su jubilación, sin perjuicio de la bibliográfica que tendrán en estas mismas páginas los estudios que le han sido ofrecidos por sus antiguos alumnos y colegas.

La mejor "laudatio" la escribiría en esta ocasión el malogrado QUINTANO RIPOLLÉS, nuestro común amigo, que tanta afinidad y afecto, bien correspondido, sentía por el rector GRAVEN.

Pero no queremos terminar estas líneas sin destacar un hecho prometedor, y el mejor homenaje a la vez: el rendido por su propio hijo, Philippe GRAVEN, quien tras largos años de completa preparación y enriquecida experiencia como jurisconsulto, llamado también por gobiernos extranjeros, se reintegró a Ginebra y mereció la Cátedra de Derecho Penal que la jubilación de su propio padre dejaba vacante. Por ello también nuestra más sincera felicitación a los GRAVEN.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXIII

FASCICULO II

Mayo - Agosto MCMLXX

Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>El Código penal de 1870</i> , por José Antón Oneca	229
<i>El bandolerismo en la legislación vigente</i> , por Marino Barbero Santos.	253
<i>El versari in re ilícita y el párrafo tercero del art. 340 bis a del Código penal español</i> , por José Cerezo Mir	287
<i>Consideraciones en torno a la "imputabilidad disminuida" con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados "establecimientos de terapéutica social"</i> , por Pedro L. Yáñez Román	301

Sección Legislativa

<i>Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social</i>	395
<i>Argentina. Ley 18.701. Implántase la pena de muerte. Deróganse ciertos artículos del Código penal ("B. O.", 3-6-70)</i>	411

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al primer semestre de 1968</i> ...	412
<i>Jurisprudencia procesal penal. Tercer cuatrimestre de 1968</i>	478

Revista de libros

ARTZ, Gunther: <i>Der Strafrechtliche Schutz der Intimsphäre</i> , por A. Beristain	501
BAUMANN, Jürgen y otros: <i>Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person. Erster Habban (Proyecto alternativo de un Código penal. Parte Especial: Delitos contra la persona. Parte primera)</i> , por E. Gimbernat ...	503
Berghaus, Hartwig: <i>Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung (La protección jurídico penal del embargo)</i> , por F. Muñoz Conde	506
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: <i>Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? (¿Tiene un futuro la dogmática penal?)</i> , por F. Muñoz Conde	507
HONIG, <i>Festschrift für Richard M. (Libros homenaje a Richard M. Honig)</i> , por E. Gimbernat	510
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS. UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA: <i>Trastornos de la conducta juvenil</i> , por A. Serrano Gómez	511
JESCHECK, Hans: <i>Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (Tratado de Derecho penal. Parte general)</i> , por J. M. Rodríguez Devesa	514
KAISER, Gunther: <i>Verkehrsdelinquenz und Generalprävention (Untersuchungen zur Kriminologie der Verkehrdelikte und zum Verkehrsstrafrecht). (Delincuencia de tráfico y prevención general. Investigación respecto a la criminología de los delitos de tráfico y respecto al Derecho penal de Tráfico)</i> , por A. Beristain	518
MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: <i>Libertad religiosa y orden jurídico (Un estudio de Jurisprudencia)</i> , por E. Gimbernat	521
SÁINZ CANTERO, José A.: <i>La ciencia del Derecho penal y su evolución</i> , por P. L. Yáñez Román	525
SCHIDHAUSER, Eberhard: <i>Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch (Derecho penal. Parte general)</i> , por E. Gimbernat	527
WALDER, Heribert: <i>Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts (El significado de los elementos subjetivos justificativos para la metodología y la sistemática del Derecho penal)</i> , por A. Beristain	528
ZIFT, Heinz: <i>Die Strafmassrevision (La revisión de la medición de la pena)</i> , por F. Muñoz Conde	529

Indice general

Páginas

Revista de Revistas

Alemania

<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> , por Enrique Gimbernat	531
---	-----

Italia

<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale; La Giustizia penale: La Scuola positiva</i> , por Angel Torío	533
<i>Rivista penale</i> , por C. Ramos Rodríguez	536
NOTICIARIO	540

Consideraciones en torno a la "imputabilidad disminuida" con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados "establecimientos de terapéutica social", por Pedro Luis Yáñez Román 301

Sección Legislativa

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social 391
Argentina. Ley 18.701. Implántase la pena de muerte. Deróganse ciertos artículos del Código penal ("B. O." 3-6-70) 411

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal correspondiente al primer semestre de 1968 412
Jurisprudencia procesal penal. Tercer cuatrimestre de 1968 478

Revista de Libros

ARTZ, Gunther: *Der Strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, por A. Beristain; BAUMANN, Jürgen y otros: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person. Erster Hambband (Proyecto alternativo de un Código penal. Parte Especial: Delitos contra la persona. Parte primera)*, por E. Gimbernat; BERGHAUS, Hartwig: *Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung (La protección jurídico penal del embargo)*, F. Muñoz Conde; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? (¿Tiene un futuro la dogmática penal?)*, por F. Muñoz Conde; HONIG, Festschrift für Richard M. (Libros homenaje a Richard M. Honig), por E. Gimbernat; INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS. UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA: *Trastornos de la conducta juvenil*, por A. Serrano Gómez; JESCHECK, Hans: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (Tratado de Derecho penal. Parte general)*, por J. M. Rodríguez Devesa; KAISER, Gunther: *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention (Untersuchungen zur Kriminologie der Verkehrdelikte und zum Verkehrsstrafrecht) (Delincuencia de tráfico y prevención general. Investigación respecto a la criminología de los delitos de tráfico y respecto al Derecho penal de Tráfico)*, por A. Beristain; MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: *Libertad religiosa y orden jurídico (Un estudio de Jurisprudencia)*, por E. Gimbernat; SAINZ CANTERO, José A.: *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, por P. L. Yáñez Román; SCHIDHAUSER, Eberhard: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch (Derecho penal. Parte general)* por E. Gimbernat; WAIDER, Heribert: *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts (El significado de los elementos subjetivos justificativos para la metodología y la sistemática del Derecho penal)*, por A. Beristain; ZIFT, & Heinz: *Die Strafmassrevision (La revisión de la medición de la pena)*, por F. Muñoz Conde.

Revista de Revistas 531

ALEMANIA: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, por E. Gimbernat; ITALIA: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale; La Giustizia penale; La Scuola positiva*; por Angel Torio; *Rivista penale*, por C. Ramos Rodríguez.

Noticario 540

Conferencias. Homenaje al profesor Graven en su jubilación, por Pascual Meneu

Suscripción anual: España, 300,— pesetas
Extranjero, 400,— pesetas
Numero suelto: España, 125,— pesetas
Extranjero, 150,— pesetas