

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXV
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXXII**

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 YAÑEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Valladolid

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

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Zaragoza

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

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad Complutense de Madrid

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal General del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-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 Autónoma de Madrid

INDICE

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español</i> , por José Antón Oneca	249
<i>Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo	289
<i>La Condena Condicional en España. Apuntes para su historia</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	305

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, 450 ptas. Extranjero, 575.

Precio del fascículo suelto: España, 175 ptas. Extranjero, 200 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1972.

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIO JURIDICOS

S E R I E 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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**

**TOMO XXV
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXXII**

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

Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español

por
JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho Penal

González Miranda publicó en 1907 su tesis doctoral con el título *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código penal vigente*. Es interesante: el autor debió tener acceso a los archivos del Ministerio de Gracia y Justicia y, aunque su exposición es sumaria, comprende todos los códigos, proyectos y anteproyectos del siglo XIX. También el profesor Saldaña los consultó para redactar su opúsculo *La Reforma penal en España* (segunda edición en 1920); pero, encaminada su labor a preparar un anteproyecto, luego publicado (1) están los datos diseminados en un sistema general y no se puede contemplar la fisonomía propia de cada proyecto. En algunos tratados de Derecho penal, se presenta la lista de los proyectos generalmente sin comentarios.

La mayoría de los citados, mejor que proyectos, deben llamarse —como es uso en otros países— anteproyectos, reservando el primer nombre para los que habían sido adoptados por los Gobiernos y presentados a las Cortes. A éstos nos referimos en este artículo, con otra limitación: nos ocupamos solamente de los nacidos en el último tercio del siglo XIX. Casi todos persiguieron principalmente poner de acuerdo el Código con la Constitución de 1876. En mi artículo sobre el Cod. de 1870 (2) anuncié este trabajo, que pensaba haber publicado en el número siguiente de esta revista. Se retrasó a causa de la abundancia de originales merecedores de prioridad. Si la finalidad de estos proyectos era restaurar la coordinación con la ley fundamental del Estado, aprovecharon la ocasión para introducir otras modificaciones. La inspiración procedía de exigencias políticas o de críticas del derecho vigente nacidas de la experiencia y del sentido común. Si algunas veces se alude a leyes extranjeras o a doctrinas científicas, es de un modo episódico y decorativo. Será más tarde, a comienzos del siglo XX, cuando comienza a sen-

(1) *Le Projet de Code pénal espagnol*, Melún, 1922. Se publicó una traducción española: SALDAÑA, *El futuro Código penal español*, Madrid, 1923.

(2) *El Código penal español de 1870*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, fasc. II^o del año 1970.

tirse las influencias de la política criminal resultante de la controversia de las escuelas. Recordar los proyectos del último tercio del siglo anterior, tiene, sin embargo, interés. En su preparación intervinieron políticos inteligentes (alguno con significación científica como Silvela); pero prevaleció en las modificaciones propuestas, más que la preocupación científica, la experiencia de gentes prácticas en el funcionamiento de la justicia criminal. Por ello, parte de sus iniciativas han sido aceptadas en las reformas que se han ido haciendo en el viejo Código; o debían haberlo sido. Ahora bien; en cuanto parece todavía alejada en nuestro país la promulgación de un Código verdaderamente nuevo y moderno, siendo, en cambio, muy posibles la realización de reformas parciales, creo que puede ser útil recordar aquellas iniciativas decimonónicas, interesantes como ejemplos que, sin ser seguidos a la letra, nos marcan tendencias dignas de tenerse en cuenta.

I. EL PROYECTO BUGALLAL.—Fue presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia D. Saturnino Alvarez Bugallal (3), siendo Presidente del Consejo de Ministros D. Antonio Cánovas del Castillo. Finalidad del Proyecto era coordinar el Código con la Constitución de 1876. El Código penal de 1870 debía, pues, ser rectificado; pero la significación del partido liberal conservador, usufructuario entonces del poder, y la de la Constitución restauradora, impedía volver al Código de 1848, obra del partido moderado dirigido por el General Narváez; pero no impedía, antes bien obligaba, a aproximarse al mismo en algunos aspectos.

La Constitución de 1876, en cuya elaboración había tomado parte Bugallal como miembro de la Comisión llamada de notables, preparadora del que había de ser, con modificaciones, el texto de la misma, declaraba: «La Religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias o manifestaciones públicas que las de la religión del Estado». En su virtud, el Proyecto de Código penal dedicaba el primer título del libro segundo a los «Delitos por violación del precepto constitucional en materia de religión y culto». Empezaba, pues, la parte especial del Cod. como el del 48; pero su epígrafe mencionaba la Constitución. En el del 48, comenzaba el título castigando la tentativa para abolir o variar en España la religión católica adoptada por el Estado. El Proyecto Bugallal añade una restricción importante: el intento, para constituir delito, debía de ser por la fuerza, y la penalidad descendía notablemente en relación al Cod. promulgado en tiempos de Narváez. Se sancionaba la práctica de manifestaciones públicas de un culto que no fuera el cató-

(3) Proyecto de Código penal redactado por la Comisión de Códigos y presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia a las Cortes, Imprenta Fortanet. 1880.

lico, dando un concepto extenso de lo entendido por manifestación pública. Sin embargo, el precepto de la tolerancia se encontraba protegido al castigar a quien por medio de la violencia, el desorden o el escándalo impidiera, o turbare, dentro del recinto a ello destinado, el ejercicio de un culto que no sea el de la religión católica, y la autoridad o funcionario público que persiguiera a un español o extranjero por sus opiniones religiosas. Si, por medio de violencia, se vejare a un español o extranjero a causa de sus ideas religiosas o por la práctica de un culto que no sea el de la religión del Estado, se reputará delito de coacción (arts. 142 a 144). El capítulo segundo del título tercero, dedicado a los «Delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución», llama «derechos garantizados por la Constitución» los que el Cod. del 70 designaba derechos individuales. El artículo 204, definidor de las asociaciones ilícitas, consideraba como tales las contrarias a la moral cristiana, donde el Cod. entonces vigente decía moral pública. Si el del 48 dedicaba la sección más extensa del capítulo a las sociedades secretas, el Proyecto declaraba ilícitas las que se valgan habitualmente de cifras, jeroglíficos o signos misteriosos; que viene a ser lo mismo, si bien las sanciones resultan más benignas. Y, finalmente, por lo que se refiere a la influencia directa del cambio de Constituciones, recordaremos que, derogada la del 69, donde se daba una gran amplitud a la garantía de inviolabilidad del domicilio, se creía necesario suprimir el núm. 4 del artículo 16 de 1870, el cual declaraba encubridor al cabeza de familia que denegare a la autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio para aprehender al delincuente que se hallara en él.

La mayor severidad con relación al Cod. del 70 estaba representada por castigar con pena de muerte única el hecho de matar al rey, equiparando el delito consumado, la frustración y la tentativa (art. 107) y también por la agravante general de ejecutar el delito con armas prohibidas. En cambio, una mayor benignidad implicaba la posibilidad de rebajar un grado más las penas en el delito frustrado, la tentativa, la complicidad y el encubrimiento (arts. 64 y ss.).

Las faltas sólo se castigarían consumadas, desapareciendo la excepción para las contrarias a las personas y la propiedad, establecida en el Cod. del 70. Y, entre aquellas modificaciones, era la más laudable que en el curso ideal o de delitos en relación de medio a fin, donde el Código entonces vigente imponía la pena del delito más grave en su grado máximo, el Proyecto fijaba una excepción para el caso en que la pena superior fuera la de muerte, imponiéndose entonces la de cadena perpetua (art. 81).

En los que podríamos llamar (a fines de sistematización, no porque el Proyecto emplee tal denominación) delitos contra la sociedad, eran novedades: comprender, entre los desórdenes públicos, disparar armas de fuego contra un tren en marcha o una diligencia que transite por los caminos públicos; también, con pena menor, arrojar piedras o ejecutar alguna agresión análoga; precepto precursor de los actuales para la seguridad del tráfico. En las falsificaciones de documentos públicos,

los tribunales rebajarían de uno a dos grados la pena y conmutarían al presidio con la prisión cuando la falsedad no ocasionare perjuicio considerable y efectivo a terceros ni se hubiere ocasionado escándalo (artículo 330); con lo cual se aproximaba el Proyecto a la doctrina que requiere para la punibilidad de las falsedades un perjuicio. Por último, se restablecía el delito de vagancia, procedente del Cod. de 1848 y sustituida en el del 70 por una circunstancia agravante. Pero, en relación con el primero, se imponía, en lugar de la prisión, el arresto, faltando, además, la vigilancia de autoridad; desaparecida de la escala de penas tanto en el Cod. del 70 como en el Proyecto Bugallal.

En los delitos contra las personas, había la novedad de distinguir con efectos penales las lesiones causantes de deformidad según que ésta fuera notable o simple. En la violación se equiparaba a la circunstancia del despoblado y la cuadrilla, la de ser ejecutado el hecho dentro de un tren en marcha.

En cuanto a los delitos contra la propiedad, se aplicaba al robo la agravante de ser doméstico o con grave abuso de confianza, antes reservada para los hurtos; en la relación de medios para estafar se incluía «el engaño en casas de imposición», concepto sugerido por el famoso caso de D.^a Baldomera, ocurrido en 1879; y, finalmente, se extendía a los robos sin violencia o intimidación en las personas, la excusa absolutoria por razón del próximo parentesco (extensión que no se puso en vigor hasta el Cod. de 1944) antes limitada a los hurtos, defraudaciones y daños.

II. EL PROYECTO ALONSO MARTÍNEZ.—El Gobierno presidido por Cánovas, del cual formaba parte Bugallal desde 1879, dimitió en 1881, siendo sustituido por el primer Gobierno de Sagasta en la Restauración, dentro del cual desempeñaba la cartera de Gracia y Justicia D. Manuel Alonso Martínez. Este nombre figura al pie de las más importantes leyes de la época dentro de su departamento: de Enjuiciamiento criminal, Adicional a la Orgánica del Poder judicial, del Jurado, Código civil, entre otras; e intervino en la preparación de algunas más como vocal o presidente de la Comisión de códigos (4). El Proyecto de Código penal fue presentado al Senado el 18 de abril de 1882 (5). La Exposición de motivos nos dice que no había sido redactado por la Comisión de Códigos; pero no declara la persona o personas que

(4) D. Manuel Alonso Martínez (1827-1891) había sido Ministro en Gobiernos presididos por Bravo Murillo, Miraflores, O'Donnell. No obstante haber pertenecido al partido de la unión liberal, que prestó adhesión a la revolución de Setiembre, permaneció ajeno a la política en la época revolucionaria, dedicado al bufete; formó parte del partido constitucionalista con D. Amadeo y presidió la Comisión llamada de notables, que preparó el texto del proyecto de la Constitución de 1876. Sobre esta gran figura legisladora de la Restauración, véase: SOTO, *Alonso Martínez*, en «Jurisconsultos españoles», t. II, págs. 186 y ss. (publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) y *Necrología de Alonso Martínez*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», t. 78, 1891.

(5) *Proyecto de Código penal*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid. 1882.

intervinieran en la redacción. Según Saldaña, que, como miembro de la Comisión codificadora, tuvo ocasión de examinar los archivos de la misma, nos dice que el redactor fue E. Cobian; mas no nos dice más. Es probable fuera D. Eduardo Cobian Raffaignac, funcionario judicial y diputado de la fracción gamacista, más tarde Ministro (6). Sin embargo, esto no son más que conjeturas. Lo único que se puede decir con certeza es que la Exposición de motivos parece obra del Ministro Alonso Martínez y que las iniciativas tomadas en el texto legislativo son defendidas por aquél como cosa propia. En esta presentación se habla «del maravilloso conjunto de observaciones y datos que con todos los caracteres de hechos evidentes nos ofrece la psicología y la fisiología modernas». A continuación se hace una enumeración de las leyes penales más recientes extranjeras: Código alemán de 1871, holandés de 1881, reformas en varios cantones suizos, y también son citados varios Estados hispanoamericanos. Pero reconoce que la reforma entonces presentada en España «con ser sustancial y muy considerable, no se ajusta del todo a estas exigencias de la ciencia y a esos ejemplos proporcionados por las legislaciones citadas», dando como motivos para la limitación, las lamentables insuficiencias, por no decir la falta, de sistema penitenciario, pues tal nombre no puede aplicarse a establecimientos de régimen continuo de aglomeración. Y también prometía un cambio en el organismo de los tribunales. Añade, entre las causas de la reforma, «el sentido liberal y progresivo que inspira la política del Gobierno». Pero lo que manifiesta este Proyecto, más que un fin político y la inspiración en legislaciones extranjeras, es el buen sentido de quien ha visto en la práctica los defectos del Cód. de 1870 y se propone su reforma por medio de una mayor simplificación.

El título preliminar está dedicado a la ley penal, incorporando preceptos ya existentes en el Código anterior, aunque algunos han sido modificados, y tomados los otros de la Ley orgánica del Poder judicial. De los últimos, la modificación más singular es que al delincuente español en el extranjero a quien juzguen los tribunales españoles, puede aplicarse la más benigna de las legislaciones: la española o la vigente en el país extranjero donde se cometió el delito.

El título primero del libro primero tiene muy significativas y acertadas reformas con relación al entonces y al actualmente vigentes. Se trata, según dice la Exposición de motivos, de aminorar el sentido doctrinal y abstracto de las disposiciones vigentes y, en su virtud, dados los graves inconvenientes de una definición del delito, que ha ocasionado tantos estudios sobre el significado de la palabra «voluntarias», aplicada a las acciones y omisiones, prescinde de ella y deja el concepto reducido a «toda acción u omisión penada, según su peculiar naturaleza, por disposición expresa de la ley». Por consiguiente, el concepto,

(6) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado*, de Liszt, t. I, pág. 556. Id., *La reforma del Código penal*, Madrid, 1920, págs. 38 y 39. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho penal*, t. 1, § 241) cambia una letra —Covian por Cobian—, quizá confundiéndole con D. Víctor Covian, coautor de otro Proyecto de Código publicado en 1920.

salvo algunas palabras superfluas, queda reducido a expresar la garantía de legalidad. Desaparecían también los párrafos segundo y tercero del artículo primero, así como el segundo en su totalidad. Justificábase la supresión de los primeros por inútiles, y la del artículo segundo por motivos obvios: el primer párrafo es innecesario y «revela una cierta dureza»; por lo tocante al segundo, la gran latitud dada al arbitrio en la medida de la pena era suficiente garantía. Sobre que en uno u otro caso cualquier tribunal tiene expedito el camino para acudir al Gobierno exponiendo el resultado de sus experiencias y observaciones.

A la exigente del imbécil y el loco añadía: «El que por cualquier otro motivo y en el momento de ejecutar el delito se hallare en un estado mental que le prive por completo de la conciencia de delinquir, siempre que no se haya colocado en ese estado voluntariamente.» A la exigente de menor edad de nueve años, o de quince que obra sin discernimiento, se unía la sordomudez poniendo el límite de la edad en doce o quince años respectivamente. En la legítima defensa, a la amplia fórmula del Código del 70 respecto a los bienes jurídicos defendibles (persona o derechos) sustituía otra más limitada (persona, honor o propiedad); lo cual no es un acierto. Mas, en cambio, se eximía por el exceso «cuando resulte del terror o del arrebatado u obcecación del momento». El miedo eximiría cuando fuera insuperable sin establecer un límite en que el mal fuera igual o mayor, como decía el Código del 70 y mantiene el vigente; consiguiéndose de aquel modo un carácter más subjetivo. Y quedaba comprendido en un mismo número con la fuerza irresistible. También se unían en un mismo precepto el cumplimiento de la ley y la obediencia debida.

Atenuante sería la menor edad hasta los veinte años «por de pronto»; porque acaso convendría elevarla, pues «no es bien, según razona el civilista Alonso Martínez, que la ley imponga incapacidad casi total para los actos de la vida civil y no admita unas disminución de responsabilidad análoga a aquella insuficiencia». Respetaba las demás atenuantes del Código del 70; pero, en la última, a los términos «de igual entidad o análoga a las anteriores» sustituía esta otra expresión de alcance más extenso: «cualquiera otra circunstancia que, a juicio del tribunal, disminuya la cantidad del delito, teniendo en cuenta sus efectos y las condiciones y estado del delincuente». No necesitamos ponderar la importancia de tal precepto que, al suprimir la analogía expresa, hubiera remediado la cortedad con que ha sido aplicada por los tribunales la última atenuante del artículo 9 del Código.

En la agravante de alevosía se volvía al concepto del Código del 50 «obrar a traición o sobre seguro», preferible a la gárrula expresión del Código del 70, perdurante en el vigente. Era declarado reincidente el que después de condenado, en una sentencia firme, por un delito, comete otro de la misma o análoga especie. Criterio de abandono al arbitrio judicial, preferible desde luego a exigir la inclusión de los delitos en el mismo título del Código (también el Código de 1848 refería la agravante de reincidencia a otra condena anterior por delito de la

misma especie, pero era ésta precedida por otra agravante fundada en la igual o mayor pena con que anteriormente hubiere sido castigado el delincuente por cualquier delito). Se establecía, además, la prescripción de la reincidencia a los cinco o a los tres años, según la gravedad de la pena anterior. Manteníase como agravante la vagancia; error, pero atenuado con las siguientes palabras: «si no se hallare en ese estado, por causas independientes de su voluntad»; con lo cual los efectos penales se limitaban a la vagancia culpable. Lo cual dejaba, por lo menos, la apreciación de la agravante al arbitrio del tribunal.

En los delitos de imprenta, se añadía a los casos motivadores de las responsabilidades subsidiarias establecidas en el Código del 70 (que los autores no sean conocidos, domiciliados en España o exentos de responsabilidad criminal), la fórmula más amplia: «que no pudieran ser perseguidos en juicio penal». Con lo cual se evitaban los casos de impunidad por impedimento procesal, como ha sido durante mucho tiempo la negativa de las Cortes al suplicatorio formulado por el Tribunal Supremo para procesar a un diputado o senador. En los delitos cometidos por medio de la prensa periódica, el propietario o gerente del periódico sería responsable al solo efecto de la suspensión del mismo, ya se imponga como pena principal o como subsidiaria de la multa (art. 24). Duraría la suspensión de diez a sesenta días como pena principal y no podría exceder de treinta como accesoria. No sería aplicable la suspensión del periódico a consecuencia de las faltas.

Lo más notable del Proyecto Alonso Martínez era el título de las penas y su aplicación. Desaparecían las cadenas, la relegación y el extrañamiento perpetuos, el presidio, la degradación, las repreciones y las costas procesales como pena. Quedaba reducida a la mitad el número de las penas contenidas en el Código del 70. Se abonaría la prisión preventiva en sus dos terceras partes, en la mitad a sólo en un tercio, según la gravedad de las penas (art. 38). Y en las llamadas perpetuas (sólo quedaban con este nombre la reclusión y las inhabilitaciones) el tribunal sentenciador las declararías extinguidas a los treinta años, a no ser que por la conducta de los reos o por otras circunstancias graves, con vista de los antecedentes necesarios, no los considerasen dignos de este beneficio. Era, pues, competencia del tribunal sentenciador, no indulto del Gobierno.

Las penas temporales se dividían en un número de grados variable según la extensión de las mismas. El tribunal podía recorrer la penalidad dentro de un máximo y un mínimo suficientemente separados. Las cuatro escalas graduales servían para rebajar las condenas en los casos de tentativa, complicidad y atenuantes calificadas. En cuanto a la determinación dentro de la penalidad asignada a cada delito, el tribunal la recorrería a su arbitrio en toda su extensión si no hubiera atenuantes ni agravantes. Si sólo se dieran atenuantes, no se podría imponer más de la mitad; si sólo se dieran agravantes no podría bajarse de dicha mitad. La facultad para recorrer la pena en toda su extensión tenía un límite: no se podría llegar a la reclusión perpetua o a la de

muerte. Para el concurso formal o conexión de medio a fin entre dos delitos, se establecía la pena del delito más grave en su grado máximo; mas con el límite de la suma de las dos penas (modificación que, como es sabido, no se alcanzó en nuestro Código hasta la reforma de 1908).

Uno de los progresos más notables intentados en el Proyecto de Alonso Martínez era, sin duda, suprimir la publicidad de la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones capitales habrían de realizarse a las doce horas de la notificación de la sentencia (la mitad del tiempo que según el Código del 70) en lugar cerrado de la prisión o de otro sitio, pero inaccesibles ambos a la vista del público (art. 95), presidiendo el acto la autoridad judicial con asistencia de los funcionarios que se mencionan, seis delegados del Ayuntamiento y los ministros de la religión que auxilién al reo. El acto de la ejecución se anunciaría por el toque de una campana. Por consiguiente, la publicidad, a la cual tanta ejemplaridad reconocían los discípulos de Bentham (cuya influencia se revelaba en el Código de 1822 e incluso, aunque en menor medida, en el del 48) quedaba sustituida por la notoriedad. Al no aprobarse el Proyecto de Alonso Martínez, perduraron los lúgubres espectáculos de las ejecuciones hasta que la ley Pulido de 9 de abril de 1900 los suprimió.

En la ejecución de las penas privativas de libertad, se determinaba la desaparición de las cadenas que habían de llevar al pie, pendiente de la cintura, los reos condenados a las penas que habían recibido su nombre de este aditamento aflictivo e infamante, y también los grilletes y otros adminículos parecidos; porque, como decía la Exposición del Ministro a las Cortes, basta para la seguridad social con que el penado deje de estar libre y sea sometido a la ley del trabajo. La reforma —añadía— es reducida; pero tiene su razón de ser en los modernos sistemas penitenciarios; dando a las penas paulatinamente su verdadero carácter, al trabajo penal su mérito corrector y a los tribunales, aquella intervención, hoy imposible, por donde desaparece la antigua solución de continuidad entre el que juzga y el juzgado, «como si la existencia de la pena y el modo de cumplirla no fueran también actos de justicia penal». Y, a tenor de este párrafo, el libro primero del Proyecto terminaba con una disposición transitoria: «Luego que la ley de prisiones establezca de un modo definitivo el sistema y régimen penitenciario, una ley especial fijará los casos y formas en que deberá concederse la libertad condicional, prescribirá la reducción de las penas para los que sufran la de privación de libertad en régimen celular, y determinará acerca de la intervención, inspección y vigilancia que deben tener y ejercer los tribunales en todo lo concerniente a la ejecución y cumplimiento de las penas.» Se daba cuenta, pues, Alonso Martínez, de un capital defecto de la Justicia criminal; cuyo remedio se ha intentado remediar en algunos países mediante el juez de ejecución.

Menor interés tienen las modificaciones en la parte especial. En el delito de traición anotamos una cierta disminución de la pena para el español que toma las armas contra la patria si estaba ya al servicio

de la nación enemiga antes de declararse la guerra (art. 126). En el título que define los delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución, se remediaban algunas omisiones como, por ejemplo, el castigo a los Ministros que refrenden o publiquen decretos para los que no están autorizados. Y la cuestión palpitante, o sea, la adaptación del Código a la Constitución, la resolvía el Proyecto apoyándose en la resolución «tomada por una Comisión numerosa» —dice Alonso Martínez, aludiendo a la que se había ocupado de los Códigos de Ultramar—. «El deber del Gobierno es la prudencia y no dar ocasión para soliviantar los ánimos» y, para ello, aceptaba la solución consistente en insertar literalmente para la Península la fórmula ya vigente en el Código de Ultramar. A diferencia del Proyecto Bugallal, que dedicaba el primer título del libro segundo a los «Delitos con violación del precepto constitucional en materia de religión y culto», el de Alonso Martínez incluye en el título de Delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución» una sección dedicada a los «Delitos por violación del precepto constitucional en materia de religión y culto». En él, después de seis artículos protectores de la Religión del Estado (incluido el que define las manifestaciones públicas de cultos no católicos) hay cuatro comunes a la protección de toda clase de cultos, y dos para los no católicos.

En los delitos contra el orden público, merece citarse la distinción, a efectos penales, de los atentados contra la autoridad y los atentados contra los agentes de la autoridad, destinando menor pena a los últimos.

En los atentados, desacatos, injurias y calumnias entre funcionarios públicos sin dependencia jerárquica, no podrían ejercitarse acciones penales sin autorización del Gobierno (art. 276).

Respecto a las falsedades, encontramos separadas las de documentos mercantiles de las de documentos públicos, para incluir aquéllas entre las correspondientes a los demás documentos privados, si bien castigándolas con pena mayor que las correspondientes a las falsedades de los otros documentos privados, pero menor que las asignadas a las de los documentos públicos. En los preceptos sobre el falso testimonio, se llenaban algunos vacíos: entre ellos los prestados en negocios administrativos. Respecto a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, se apuntaba la novedad de la prevaricación de los fiscales, si bien con la pena de inhabilitación, a diferencia de los jueces y magistrados, sometidos por el mismo delito a una pena talional; lo mismo que el Código del 70.

El límite del período de curación o asistencia de las lesiones a partir del cual constituirían delito se elevaba a quince días, en vez de los ocho del Código del 70 en su primera redacción y del Proyecto Bugallal. Como es sabido, este límite de los quince días fue adoptado por la reforma de 1907 con una variante: el día decimoquinto quedaba comprendido en la falta.

En el adulterio, artículo 459, al extender a los cómplices el perdón otorgado por el marido a su consorte, prueba haberse tenido en cuenta el artículo de Elías Visllú sobre la supuesta impunidad del cómplice, en el Código del 70. Y del Proyecto Bugallal se adopta la agravante en la pena a la violación por ejecutarla en un tren en marcha (art. 455) Nueva era para el allanamiento de morada la agravante de «fuerza en las cosas».

Variación de trascendencia era, en el robo con violencia o intimidación en las personas, sustituir la palabra homicidio, que tantas dudas suscitaba sobre la amplitud de su sentido, por la frase «muerte de alguna persona que no hubiere tenido participación en el delito» (artículo 520, n. 1). Se volvieron a considerar en el robo algunas agravantes, anteriormente reservadas para el hurto. Una adición al capítulo del incendio y estragos, comprendía la explosión de petardos y sustancias explosivas o inflamables; presagio de la luego abundante legislación contra el terrorismo.

Las faltas se agrupaban en dos títulos: el primero dedicado a aquellas cuyo conocimiento correspondía a la autoridad judicial, y las correspondientes a las sanciones impuestas por las administrativas. Corresponderían a las primeras con exclusividad las de imprenta, las contra las personas y las contra la propiedad. Entre las primeras figuraban: el hurto que no escudiera de cinco pesetas o de 15, si se tratara de sustancias alimenticias, frutas y leñas siempre que el reo no fuera reincidente. También pasaron al libro de las faltas castigadas por las autoridades judiciales, las estafas perpetradas por el no reincidente cuando el perjuicio no excediere de 15 pesetas.

Correspondía al conocimiento de las autoridades administrativas: las faltas contra el orden público, y las contrarias a los intereses y régimen de las poblaciones. Verdaderamente es extraño que siendo la competencia de las autoridades administrativas, figurasen en el Código penal. Quizá puede verse aquí una inclinación, ya existente en la doctrina y con precedentes en el Código español de 1822, encaminada a excluir las faltas de la ley penal.

En el Senado, donde había sido presentado el Proyecto, fue realizada una información, que, más tarde, Villaverde calificó de luminosa (7). Pero el Proyecto de Código penal no llegó a discutirse. Alonso Martínez había conseguido la aprobación de la Ley adicional a la orgánica del Poder judicial, y también la de Enjuiciamiento criminal. El tiempo no dio para más, y a los liberales sucedieron los conservadores, bajo cuyo mandato se produjo el Proyecto Silvela, que debe bastante al de Alonso Martínez.

III. EL PROYECTO SILVELA.—Es el más conocido y celebrado por sus méritos y por los motivos que luego se dirán. Sustituido el Gobierno de Sagasta por el de Cánovas, en el que figuraba como ministro de Gracia y Justicia don Francisco Silvela, éste presentó en

(7) VILLAVERDE, *Discurso de inauguración del año judicial de 1891 a 1892*.

el Congreso un Proyecto de Código penal el 21 de diciembre de 1884. Sin perjuicio de las orientaciones políticas procedentes de don Francisco, quien a la vez no podría por menos que consultar al presidente del Gobierno para varias cuestiones de gran trascendencia política como las referentes a la coordinación del Código con la Constitución, todo el mundo atribuye la redacción del Proyecto a don Luis Silvela, hermano del ministro don Francisco, político con puesto parlamentario— ya en el Congreso, ya en el Senado— pertenecientes a una familia que ha dado varios nombres a la historia contemporánea española. Principalmente ha sido conocido don Luis como catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid, y había publicado ya (el primer tomo en 1873; el segundo en 1879) la primera edición de su tratado, titulado *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, por el que han estudiado varias generaciones de juristas españoles. Pasaba don Luis Silvela por adepto a la escuela correccionalista, aunque para Dorado Montero no lo fuese sino a medias; como también la mayor parte de quienes se tenían por tales (8). Probablemente decía esto el maestro salmantino, de Silvela y de otros que nombraba, porque admitían la retribución como medio para la corrección. La mayor parte de estos correccionalistas o semicorreccionalistas españoles eran en política liberales o republicanos. Los Silvelas, por el contrario (salvo el hermano mayor Don Manuel, que había sido ministro con O'Donnell y tomó parte en la redacción de la Constitución de 1869), eran del partido liberal conservador; el cual representaba, como es sabido, la derecha de la Restauración. Esa condición de semicorreccionalistas se encuentra a través del Proyecto ahora estudiado. La autoría de don Luis Silvela respecto al Proyecto presentado por su hermano el ministro de Gracia y Justicia en el Gobierno presidido por Cánovas, no ofrece dudas; en la Exposición de motivos, firmada por don Francisco (9) se dice que para la preparación no había sido necesario la intervención de ninguna Comisión extraordinaria, y en el Proyecto se desarrollan algunas ideas expuestas por don Luis en su Tratado.

El primer título del Proyecto, dedicado a la ley penal, «se formula en muy parecidos términos al del Proyecto de Alonso Martínez», según se asegura en la misma Exposición de motivos del de 1884.

A la doctrina contenida en el Tratado de Silvela, obedece en el Proyecto el concepto del delito como hecho malicioso (ésto es, doloso) y de la imprudencia como hecho que no constituye delito, si bien son «equivalentes», según la pena que se les asigna, a los hechos maliciosos (delitos) que la ley castiga como graves, menos graves o faltas. De este modo intentaba Silvela hacer realidad visible la doctrina por él sentada respecto al derecho vigente; o sea que el artículo primero

(8) DORADO MONTERO, *De Criminología y Penología*, Madrid, 1915, p. 139.

(9) FRANCISCO SILVELA, *Proyecto de Código penal presentado a las Cortes en 27 de diciembre de 1884*, Madrid, 1885. Del mismo, *Discurso de apertura del año judicial 1884 1885*.

definía los delitos dolosos únicamente y el 581 (hoy 565) las imprudencias o negligencias, las cuales no serían, pues, delitos. Tal preocupación le llevó a resucitar un precepto del Código penal de 1822, desafiando el común sentir que nunca podría comprender la razón por la cual hechos castigados por la ley penal con penas; hechos comprendidos en el libro segundo del Código penal bajo la rúbrica general de «Delitos y sus penas» (a los que se aplican cotidianamente los preceptos generales del libro primero), no sean delitos. Todo ello contra la interpretación histórica (que hacía notoria la reunión en el concepto del art. 1.º de los delitos y las culpas definidos en el Código del 22) y también de la teoría clásica de la culpa, que la definía como una voluntaria omisión de diligencia. En definitiva, el artículo 581 (hoy 565) contiene una clasificación de los delitos definidos en el artículo primero, en dolosos y culposos, a efectos de establecer las penas de los segundos en relación con las de los primeros, a las cuales no pueden igualarse (10). La ventaja única del Proyecto Silvela en esta materia fue reunir en un mismo capítulo las definiciones del delito doloso, del culposo y del caso fortuito; hoy diseminadas y en lugar inadecuado el caso fortuito y los delitos culposos bajo el nombre de imprudencias o negligencias.

Otras consecuencias del doctrinarismo de Silvela fue el exagerado subjetivismo de algunos preceptos, en contraste con el objetivismo mantenido en otros. Bien venido sea el primero; pero no se puede prescindir del valor dado socialmente al resultado y de la función de garantía desempeñada por éste. Manifestación de aquella tendencia es la definición de la tentativa: se daría ésta cuando el culpable, con intento de cometer el delito, ejecuta todos los actos necesarios a su juicio para realizarlo. La extensión es desusada, pues las legislaciones que castigan el delito imposible suelen darle un tratamiento especial (11).

Dividíanse las eximentes en causas de justificación y causas de inimputabilidad; clasificación que del libro de Silvela había pasado al Código portugués y luego fue adoptado también por el español de 1928. Aun sustituyendo el término imputabilidad por culpabilidad, la clasificación era más propia para un tratado que para un Có-

10) En los Códigos anteriores al del 32 se veía esto más claramente; pero no hay el menor indicio de que los redactores de la reforma en aquella fecha pretendieran una reforma tan trascendental como excluir las imprudencias del catálogo de los delitos. En aquellos se decía: «si mediare malicia constituiría un delito grave», y luego, «si mediare malicia constituiría un delito menos grave». Se trataba, pues, de un precepto de referencia para dejar sentado que las infracciones culposas habían de tener siempre una pena menor que las dolosas correspondientes.

Silvela no fue seguido en su opinión sobre este tema por los autores contemporáneos que le eran adictos en lo demás. Véanse: CASTILLO SORIANO, *La Reforma del Código penal español*, Avila, 1896, págs. 97 y ss.; NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría del Código penal* (libro escrito en colaboración con Bernaldo de Quirós), Alcalá, 1896, págs. 184 y ss.; GROTZARD, *El Código penal de 1870*, t. VIII, págs. 390 y ss.

(11) Véase NÚÑEZ BARBERO, *El Delito imposible*, Salamanca, 1963, *passim*.

digo; pues es discutida la naturaleza de alguna de estas eximentes como la obediencia debida, o tiene dos aspectos como la legítima defensa, causa de justificación cuyo exceso puede ser causa de inculpatibilidad.

En las eximentes predominan los conceptos del Proyecto de Alonso Martínez con adiciones, nada felices algunas.

Se conserva, con relación al Proyecto anterior, la amplitud dada a los estados de incoscienza, y se añade: si fuera provocado por la embriaguez no buscada de propósito, los tribunales, a su prudente arbitrio,, aplicarán las penas señaladas a la imprudencia temeraria o a la simple, según las circunstancias del caso, al que en aquel estado incurra en alguna omisión que la califique de delito o falta. El que en el mismo estado ejecutaba un hecho que la ley califique de delito o falta, será castigado conforme al artículo 93 (núm. 2 del art. 30). Y el 93 castiga el hecho con una pena discrecional que no podía ser inferior a la mitad de la que le correspondería si hubiera realizado el hecho con malicia. Tales preceptos nos dejan perplejos: en primer término es defecto del sistema tratar de la aplicación de la pena en el capítulo destinado a las causas que excluyen la responsabilidad; pero tratarla de un modo incompleto, pues una parte de la norma se deja para el título III dedicado a la relación entre los delitos y las penas. Y sorprende más el distinto tratamiento según la conducta consiste en una omisión o en un hecho (al parecer quiere decirse una acción). Frente a tal criterio, debe sostenerse la posibilidad, no ya de una omisión solamente, sino también de acciones realizadas en completa incoscienza en estado de embriaguez, y, siendo ésta fortuita, debe llegarse a la eximente (12).

La legítima defensa era considerada, como en el Proyecto anterior, limitada a ciertos bienes jurídicos, con la sustitución del honor por la honestidad. La inculpatibilidad del exceso se extendía a los mismos casos allí señalados. La obediencia debida y el cumplimiento de un deber, en el Proyecto anterior unidos en un mismo número, en el de Silvela se separan. Más se añade a estas figuras unos párrafos interpretativos casuísticos, inútiles o peligrosos en cuanto permiten interpretaciones amplificadoras. Al cumplimiento de un precepto legal: «el que en el ejercicio legalmente autorizado de actos de custodia de propiedades, rentas o impuestos, ejecuta hechos que están justificados por la necesidad de cumplir sus deberes con eficacia ante la resistencia obstinada de los infractores». A la obediencia debida: «En su consecuencia, estarán exentos de responsabilidad por los actos que puedan imputárseles como delitos o faltas, los que, requeridos por la autoridad para concurrir a la persecución de delincuentes o a la prestación de algún servicio público, cumplan el encargo que hayan recibido sin ex-

(12) SILVELA, en *El Derecho penal*, 2.^a ed., parte primera, pág. 178, se extraña de que en algunos Códigos, como en el nuestro, que admite los delitos de omisión, no se aprecie como eximente la embriaguez de tercer grado que produce atonía o colapso.

cederse innecesariamente y con notoriedad en el desempeño, sin perjuicio de exigirse la responsabilidad ante quien corresponda, a los jefes o autoridades que hayan dado las órdenes» No creo que tales párrafos deban atribuirse a don Luis Silvela, cuyo mejor estilo está patente en sus publicaciones, sino a empíricas exigencias de los gobernantes. El agregado al cumplimiento de un precepto legal nos recuerda un comentario de Groizard: «El atentado es uno de los delitos que más frecuentemente se comete entre nosotros. Causas: el apremio en materia de contribuciones y la embriaguez» (13). Lo añadido a la obediencia debida quizá sea consecuencia de aquellas milicias, no profesionales, creadas contra el bandolerismo pujante en los tiempos de la revolución de septiembre y guerras carlistas. Las dos palabras «excederse» e «innecesariamente» parecen apuntar a la disculpa por excesos que entonces parecieron inevitables.

Que para las atenuantes se había tenido en cuenta el Proyecto italiano de Mancini (14) nos dice Silvela en la Exposición de motivos. Son dignas de mención: el arrepentimiento activo en varias manifestaciones, que luego pasaron al Código de la Zona española de Marruecos, al español de 1928 y a los posteriores. En la última atenuante: «Cualquiera otras circunstancias anteriores sumultáneas o posteriores a la ejecución del delito, que, a juicio del tribunal, disminuyan la entidad del mal ocasionado o demuestren en el delincuente menor perversidad que la propia del delito». Su antecedente es la del Proyecto de 1882, del cual preferimos «las condiciones y estado del delincuente», a la «perversidad» del de Silvela, vocablo que, según el diccionario significa «suma maldad de las personas», pues parece significar que todos los delincuentes son más o menos perversos; cuando es verdad que hay algunos, autores de los llamados delitos artificiales, a quienes no se debe aplicar tan despectiva apelación.

En las circunstancias agravantes se mantenía para la alevosía la fórmula del Código del 50, pero con la ampliación de «el empleo de medios que debiliten la defensa». Por una de las singularidades de Silvela, la reiteración y la reincidencia no se trataban como agravantes, sino como acumulación de delitos (15), por lo cual pasaban al título de la «Relación entre los delitos y las penas» (tít. III, cap. II del libro I) en compañía del concurso y del quebrantamiento de condena (art. 114). En caso de reincidencia se impondría al reo la pena inmediatamente superior en grado a la marcada por la ley al delito o falta cometidos. Si fuera doblemente reincidente, los tribunales, a su prudente arbitrio, podrían aplicar, según las circunstancias y el número de reincidencias, la pena superior en uno o dos grados, pero en ningún

(13) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. III, Burgos, 1874, pág. 447.

(14) *El Proyecto de Código penal italiano presentado por MANCINI*, a cuya colaboración habían contribuido las primeras figuras de la ciencia penal clásica de aquel país, fue traducido por D. Vicente Romero Girón y publicado por la «Revista de Legislación y Jurisprudencia» con tirada aparte. (Contenía sólo la parte general), 1879.

(15) Así se manifestaba ya en el Tratado de Silvela, parte segunda, pág. 188.

caso podrá exceder la duración de la pena impuesta, si fuera de privación o de restricción de libertad, del doble de la señalada al delito (art. 112). Y hay reincidencia cuando el culpable, al ser juzgado, haya sido ejecutoriamente condenado por otro delito o falta comprendidas en la misma sección del Código. Pero la reincidencia prescribía (como en el Proyecto de 1882) siempre que desde el cumplimiento de la condena anterior, hayan transcurrido diez años si la pena fuera aflictiva, cinco si fuera correccional y tres si fuera leve. Sin embargo transigiendo en parte con la doctrina vigente, el Proyecto Silvela concedía que «los tribunales, teniendo en cuenta las condiciones del culpable y la naturaleza de los delitos, podría dar a esta circunstancia el valor de una agravante (art. 112).

La codelinuencia era la parte más renovada por Silvela (con efectos en la legislación posterior). También aquí manifiesta una postura radicalmente subjetivista al castigar la inducción aunque el delito o falta no llegare a cometerse por causas ajenas a la voluntad de quien induce; y, en caso de cometerse, sólo serían responsables criminalmente los inductores de los actos a que se extendiera la inducción; pero no de los que con ocasión de ellos ejecuten las personas inducidas, ni de las consecuencias de las mismas a no ser que racionalmente hubieran debido de preverlas (núm. 3.º del art. 26). Otra doctrina silvelista, que ha tenido trascendencia a la legislación posterior, según veremos, fue la consideración del encubrimiento como delito distinto en vez de participación en el delito principal. El llamado favorecimiento pasaba al capítulo VI del título IV del libro II, el cual trataba de los «Delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones», «y por los particulares con infracción de los deberes impuestos a los mismos en interés público». Y si la exclusión de la parte general es recomendable, no es propio incluirlo en un título dedicado en su mayor parte a los delitos de los funcionarios públicos. La receptación, excluida también de la participación, pasaba al título de los delitos contra la propiedad y precisamente al capítulo relativo al hurto. Lo cual tampoco es un acierto, pues el aprovechamiento puede ser de bienes obtenidos por otras especies de delitos.

La mayor fidelidad al Proyecto de Alonso Martínez v la más laudable está en la simplificación del sistema de penas. El número de ellas quedaba reducido a 17 (en el Cód. del 70 eran 20; en el Proyecto del 82, 15). Se suprimían las cadenas, la degradación, los confinamientos, las repreciones. Con relación al Proyecto de Alonso Martínez. se volvían a incluir el extrañamiento perpetuo y el presidio, suprimidos en aquél. La suspensión de un periódico pasaba a ser en el de Silvela un complemento de pena. Lo más original del Proyecto que estudiamos era la inclusión, después del artículo dedicado a las penas. de una serie de «consecuencias del delito o complementos de las penas». En los cuales quedaban comprendidos: el comiso, la suspensión o supresión de las entidades o personalidades jurídicas cuando sus individuos delincan por los medios que las mismas les proporcionen...;

la caución de conducta; la vigilancia de la autoridad; ciertas interdicciones civiles o inhabilitaciones administrativas y la publicación de las sentencias en varias infracciones que se nombran. Como algunas de estas consecuencias o complementos se encontraban antes entre las penas, el número de penas es en realidad algo mayor que lo aparente por la lista de las que conservan este nombre; pues, en efecto, algunas de ellas han pasado a la de los complementos o consecuencias; pero otras de éstas vienen a representar un anticipo de las llamadas después medidas de seguridad.

En el mismo capítulo, que lleva por nombre «Clasificación, división y duración de las penas», se incluyen las normas sobre la ejecución de la pena de muerte. En el Proyecto presentado por el Ministro a las Cortes se declaraba que la ejecución se anunciaría por toque de campana. Don Francisco Silvela defendía la publicidad de las ejecuciones por la incultura y desconfianza respecto a los actos del poder de ciertas gentes del pueblo español. ¿Pensaría acaso en algunos bandidos en torno a los cuales se había formado una leyenda, y los creían vivos después de haber sido ejecutados en virtud de un juicio sumarísimo? Pero luego, la Comisión dictaminadora del Proyecto presentado en el Congreso, suprimió la publicidad de la ejecución, aunque no la exposición del cadáver durante seis horas después de la ejecución.

Las penas perpetua de reclusión y de relegación se reducían a la duración efectiva de treinta años mediante un expediente de indulto..., a no ser que por la conducta del reo u otras circunstancias graves no procediese la concesión de la gracia (art. 45). Diferencia con el Proyecto del 82 era que en éste la reducción era determinada por el tribunal sentenciador; en el del 84 era competencia del Gobierno por los trámites del indulto. En la Exposición de motivos se justificaba la variación: razones de prudencia aconsejaban que a un tribunal, por autoridad meramente delegada, se atribuya una porción del derecho de gracia. Distinto era el criterio para el extrañamiento perpetuo: «por mucha que sea la fuerza que quiera darse a la doctrina rehabilitadora, no cabe aplicarla a delitos políticos, como son los castigados con dicha pena».

Finalmente, por lo referente a la ejecución de penas, aparece la autorización al tribunal sentenciador para conceder el abono de las multas a plazos, siempre que el pago se garantice con retención, embargo, hipoteca de bienes o derechos propios del penado, sin que en ningún caso pueda admitirse la fianza o responsabilidad subsidiaria de un tercero (art. 60). En cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, desaparecían —como en el Proyecto de Alonso Martínez— las normas tan casuísticas del Código del 70, y en una disposición transitoria situada al final del Proyecto, se autorizaba al Gobierno para modificar por decreto el sistema y régimen penitenciarios, estableciendo la libertad provisional revocable de los penados, a la par que se reglamenten las instituciones de patronato, determinando la intervención de los tribunales en todo lo concerniente al cumplimiento de las penas.

La disposición imita a otra igualmente transitoria del Proyecto del 82: sólo que en éste se hablaba de leyes y el del 84 la disposición transitoria autoriza al Gobierno para hacer análogas modificaciones por decreto.

Siguiendo el orden del Tratado de Silvela, tras el título II relativo a las penas, en el cual se comprende su ejecución, sigue el III sobre la «Relación entre las penas y los delitos, o sea, la aplicación a éstos de aquéllas». Sorprenden que tanto la tentativa como la frustración y la complicidad determinen una rebaja de la penalidad de varios grados. Mas siendo real el descenso, ha de tenerse en cuenta que en las escalas graduales no figura cada pena como un grado de las mismas, sino que está dividida cada pena en dos o tres grados de la escala. Consideración especial se concede a la embriaguez: quienes en tal estado queden privados de conciencia y ejecutaren un delito o falta sería castigado con una pena discrecional, no inferior a la mitad de la correspondiente al hecho ejecutado con malicia. Y, en general, las imprudencias o negligencias —que, como ya sabemos, para D. Luis Silvela y el Proyecto, no tienen la categoría de delitos— serían castigadas al prudente arbitrio de los tribunales sin que pudiera exceder la pena de dos años, de un año o de seis meses según las tres categorías que la imprudencia podría tener. Con una notable adición: si el culpable hubiera omitido algún cuidado especial que debiera tener por razón de sus funciones, la pena podría doblarse e incurrirse además en inhabilitación. Curioso antecedente de la culpa profesional, concepto inexistente en los anteriores proyectos e incorporado al Código penal vigente en 1963.

Dignas de mención, en cuanto precursoras de modificaciones posteriores en el Código, eran las normas relativas al concurso de delitos. Para la acumulación de penas en el caso del llamado real o material se establece el límite del triple de la pena mayor y, en todo caso, el de cuarenta años. La reducción se aplicaría también a las penas impuestas en distintos fallos, y, si éstas han sido dados por diferentes tribunales, se remitirían las actuaciones al tribunal superior. Cuando un mismo hecho constituyera dos o más delitos o faltas o cuando uno de ellos hubiera servido de medio para cometer el otro, se impondría la pena del más grave en su grado más alto, o, al prudente arbitrio judicial, la pena inmediatamente superior. Y, si los hechos, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tuvieran entre sí tal conexión que debieran ser apreciados como una sola acción continua, se aplicaría en su grado máximo la pena correspondiente a la totalidad de la acción.

Mas si la aplicación de estas reglas resultase, a juicio del tribunal, más «dura» que la imposición de las penas correspondientes a las dos o más infracciones, se impondrían todas estas penas (art. 111). Como vemos, con tales disposiciones se adelanta el Proyecto a la modificación que en el artículo 90 del Código de 1870 (71 del vigente) se hizo en 1908, e incluso al párrafo final del artículo actual 70 introducido por la ley de 1967. Última reforma de gran timidez, al exigir para aplicar la limitación que las penas impuestas en distintos procesos, pudieran

haberse enjuiciado en uno solo por la conexión de los hechos. Subrayemos también que, al referirse a la posibilidad de apreciar varios hechos, constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, como una sola acción continua, aparece la noción, todavía imprecisa, del delito continuado.

Al llegar a la prescripción, no podía por menos D. Luis Silvela que recordar dos de sus donosos cuentos publicados en «El Imparcial» (año 1880) y recogidos dos años después en el ya citado librito *El Código penal y el sentido común* (Madrid, 1886) con el seudónimo de Elías Visllú, y dirigidos a burlarse de las supuestas excelencias del Código de 1870. Para evitar que «no se perdone ni se olvide» (como en el caso de una persona respetable y de edad avanzada, perseguida con fines caciquiles por el robo de un pavo realizado humorísticamente en su lejana juventud) era necesario que el plazo para la prescripción del delito comenzase a contarse al ser cometido el delito, no al ser descubierto. Para suprimir «la pena del torpe» (o sea, los últimos diez años del condenado a treinta, mientras su codelincuente fugado podía por la prescripción de la pena a los veinte, visitar a su compañero y ofrecerle su protección gracias a la fortuna adquirida manejando el producto del botín) el Proyecto estudiado extendía el plazo para la prescripción de la pena al doble del de duración de la mayor de las impuestas en la sentencia, sin que nunca pudiera bajar de treinta años.

Pasando a los delitos en particular, observaremos que los delitos contra la Religión no ocupan el título primero del libro segundo, como en el Proyecto de Bugallal, sino que se integran entre los delitos contra la Constitución; pero sí en el de Alonso Martínez había una sección dedicada a un concepto tan general como la violación de los preceptos constitucionales en materia de religión y culto, donde se atendía en primer término a la protección de la religión del Estado y secundariamente a los demás cultos (e incluso el de Bugallal sancionaba en el art. 144 las conductas contrarias al precepto constitucional de la tolerancia) el de Silvela se limitaba, entre las infracciones contra la Constitución, a las conductas contrarias a la religión del Estado, llevando al título de los delitos como la libertad, las vejaciones o apremios por las ideas o prácticas religiosas con arreglo a las leyes (artículo 554). En cuanto al concepto de manifestación pública (prohibidas por la Constitución a otros cultos) los Proyectos de Bugallal y de Silvela comprendían los signos puestos a los muros exteriores.

El título V se dedicaba a los «Delitos contra la seguridad general», comenzando como más graves, por el incendio y los estragos. En el capítulo cuarto del mismo título se insertaban los contrarios a la seguridad general y la provocación a cualquier otro delito. Dentro del mismo reaparece la figura de la vagancia, suprimida en el Código del 70 (pero para constituirla en circunstancias agravantes, con lo cual los efectos podían ser mucho más graves). En el Proyecto ahora examinado, reaparecido el delito de vagancia, la pena es solamente la de destierro o un arresto de un día a seis meses, y es potestativo de-

clararlos sometidos a la vigilancia de la autoridad. Mas para que fuera punible la vagancia era necesario una de las siguientes circunstancias: ser los vagos aprehendidos disfrazados o llevando pasaportes, cédulas de vecindad o certificados falsos o armas cuyo uso no esté justificado a juicio del tribunal, o que tenga en su poder objetos de valor que racionalmente pueda presumirse que provienen de un delito. Correspondían estos conceptos a los llamados por los clásicos infracciones de sospecha; hoy los comprenderíamos en la peligrosidad social con la aplicación consiguiente de medidas de seguridad.

El título de las falsedades (VII) no solamente mantiene la benignidad del anterior Proyecto (consistente en rebajar las penas de quienes no ocasionen perjuicios considerables ni hayan producido escándalo (art. 458) sino que para una parte de las falsedades (las de signos públicos y las de valores monetarios) se exime de pena cuando se dé una especie de arrepentimiento activo: a los que antes de consumada la falsedad o de haber hecho uso de los objetos o efectos falsificados y de haberse incoado procedimiento criminal sobre le delito, lo denunciaren a la autoridad, revelando los nombres de los codelincuentes y facilitando la detención o captura. Mas los tribunales, al aplicar esta excepción, declararán, sin embargo, sujetos a vigilancia de la autoridad a los comprendidos en ella.

El título de delitos contra las personas comprenden, a diferencia del Código del 70, en un mismo capítulo, bajo el epígrafe «Delitos contra la vida», el homicidio, el parricidio, el asesinato, el infanticidio, el aborto y el auxilio para el suicidio, con la posibilidad, en este último, de rebajar la pena hasta cuatro grados. En el capítulo sobre las lesiones desaparece la figura de la castración, quedando, pues, comprendida en las mutilaciones. Y en una serie de disposiciones especiales se trata del disparo de arma de fuego, que había de ser castigado como tentativa de homicidio, «salvo los casos que obliguen a aplicar las reglas generales».

En los delitos contra la libertad y la seguridad (tít. XIII) es una de las novedades más dignas de mención y encomio la ampliación del capítulo dedicado al abandono de niños, extendiendo la represión al de personas desvalidas. Se aumentan las penas en el primer caso y quedan incorporados los preceptos de la ley de 1878 sobre ejercicios peligrosos de los menores.

Digno de particular mención, por los problemas que ha planteado a juzgadores y comentaristas, es el tratamiento del robo con violencia o intimidación en las personas. El Código del 70, lo mismo que el actualmente vigente, sólo toma en cuenta para determinar las penas las violencias personales y sus resultados, sin atender a la valoración de lo sustraído. Lo cual ha permitido algunos casos de apoderamiento de grandes cantidades en que la violencia o intimidación en las personas actúa a favor del reo. Para evitar tal contrasentido, el Proyecto Silvela comienza por establecer para el robo con violencia o intimidación en las personas una penalidad según la cuantía: dos años y un

día de prisión hasta diez años de presidio si lo robado no excede de 25.000 pesetas; diez años y un día hasta catorce de reclusión cuando exceda de 25.000 pesetas. A continuación se reproduce la norma del Proyecto de 1882 acerca del robo con resultado de muerte de alguna persona que no haya tenido participación en el delito. Y, finalmente, si con motivo u ocasión del robo se hubiere cometido otro delito, los tribunales harían aplicación de lo dispuesto para el concurso de delitos. Claro está que por aquí se podía haber empezado; pero de todos modos lo transcrito es superior a lo actual. La ampliación del robo a los casos de extorsión por amenaza de divulgar secretos o de emplear cualquier otro medio análogo de difamación, y la agravante de doméstico o el grave abuso de confianza para el robo con fuerza en las cosas, constituyen otras modificaciones con relación al Código entonces vigente.

En las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, a diferencia del Código del 170, que castigaba a quienes se coligaran con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regulas sus condiciones (art. 556) el Proyecto Silvela castiga solamente a quienes empleen violencias o amenazas o ejercieren cualquier otra coacción. Con lo que se adelanta a la ley de huelgas de 1909, dada por el Gobierno de Maura.

El Proyecto fue dictaminado por una Comisión de la que formaban parte don Luis Silvela y don Francisco Lastres, ambos conocidos como penalistas. Los restantes eran el Marqués de Vadillo, Marqués de Trive, Amorós, Iglesias, que no tenían significación como especialistas. La Comisión hizo pocas modificaciones, pero dos de ellas sustanciales y, por su alcance político, es de suponer se hicieran de acuerdo con el Gobierno: una de ellas se refería a la ejecución de la pena de muerte, la otra a los delitos publicitarios. En el dictamen de la Comisión se declaraba que en los diputados figurantes en la misma, uno se había manifestado tenazmente abolicionista del castigo capital; mas no se dice quién era. Sin dar solución al enigma, dedicamos una nota a las publicaciones y tendencias en ellas manifiestas de los especializados como penalistas (16).

Hemos hablado ya de la ejecución de la pena de muerte, tema en el cual pareció llegarse a un término medio: prevaleció la opinión de suprimir la publicidad como ya se establecía en el Proyecto del 82,

(16) SILVELA, en la primera parte (edición primera) de su «Derecho penal», decía (pág. 268): «La reclusión durante la vida del penado y su muerte no ayudan, sino que hacen imposible el restablecimiento del derecho»; pero en la segunda parte (o sea, la dedicada al Derecho español, pág. 338) publicada el año 1879, leemos: «Dejando aparte la cuestión teórica y de política criminal sobre si es legítima o debe abolirse en nuestro país en las circunstancias presentes...» Parece, pues, adoptar respecto a España una posición dubitativa. D. Francisco Silvela, en la Exposición de motivos del Proyecto, manifiesta una opinión favorable, no sólo a la pena de muerte sino también a las ejecuciones públicas. LASTRES fue defensor de criterios humanistas en sus publicaciones sobre materias penales: *La cárcel de Mañrid*, 1877. *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, 1876. *D. Bosco y la caridad en las prisiones*, 1888. *La Prisión preventiva y sus efectos*, 1895.

pero se atendió a los escrúpulos de don Francisco Silvela (manifiestos ya en su Discurso en la inauguración del año judicial) mediante la exposición pública del cadáver, «en cementerio, capilla u otro lugar a propósito de fácil acceso» (art. 44). El espectáculo seguía siendo malo, pálido recuerdo de los «cuartos» en los caminos expuestos en el antiguo régimen, pero igualmente inútil pues no es de creer, por desacreditado que esté un Gobierno, que las multitudes deconfían a la vez de su rigor y de su veracidad.

Más importancia tenía la adición de un libro cuarto al Código; libro destinado a los delitos de imprenta. Había sido una aspiración de los liberales que a los delitos de esta clase se les juzgase conforme al Código penal y es sabido el reproche formulado, al discutir el Código del 70, contra el Gobierno que había encontrado el modo de insertar con arte en aquel cuerpo legal una ley especial. En 1885 lo intentado era ya mantener una ley especial sin disimulo, adhiriéndola sin escrúpulos al texto del Código penal. Mas lo peor era la desigualdad del tratamiento según la especie del delito y la naturaleza del sujeto pasivo (17).

Los delitos y faltas a que se refiere este libro sólo serían punibles cuando se hubieran consumado, y se considerarían consumados: los libros y folletos cuando se hubieran repartido más de seis ejemplares o se hubiera puesto algún ejemplar a la venta. En las publicaciones periódicas y hojas sueltas, cuando se haya extraído más de seis ejemplares del establecimiento en que se haya hecho la tirada. En los carteles, cuando se haya fijado alguno en cualquier paraje o establecimiento público, o se haya repartido más de seis ejemplares. Cuando sea conocido y quede sujeto a la autoridad del tribunal el que haya redactado el escrito o trazado la estampa, pero resultare insolvente para hacer efectivas las responsabilidades civiles, se exigirían subsidiaria y sucesivamente al director, editor y al jefe del establecimiento tipográfico (art. 660). El tratamiento penal de estos delitos era radicalmente desigual; los contrarios a la seguridad exterior del Estado y algunos del título segundo del libro tercero (los de lesa majestad o los que provoquen discordia o desobediencia en el Ejército) o el de provocación al delito, estarían sujetos a la misma penalidad que si no se hubieran realizado por los medios publicitarios. Los demás delitos o faltas estarían castigados solamente con multa. Mas cuando el delito se hubiere cometido en una publicación periódica, el tribunal acordará como complemento de pena la suspensión en los casos que se determinan. Podrá durar de cinco a cincuenta días si la publicación fuera diaria. Si no lo fuera, por 3 a 30 números. Cuando se cometa un delito que lleve consigo la suspensión del periódico ya suspendido tres veces, y el tribunal estime el propósito de seguir delinquiendo... se decretará la suspensión por el término de un año. Y si los tribunales

(17) Véase: *Dictamen de la Comisión del Congreso en «Diario de Sesiones»* (18 de abril 1884), el cuarto libro, en págs. 61 a 63.

estiman excesivas las penas personales —teniendo en cuenta el grado de malicia, el momento y las circunstancias— no siendo el delito de lesa majestad— podrían rebajar a su prudente arbitrio aquellas penas o conmutarlas por otras, siempre que fueran inferiores a las que resultarían de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código. El contraste es notorio: rigor en los delitos contra el Estado o el Ejército; lenidad en los demás. Rigor con la prensa periódica, a diferencia de otras publicaciones. Para explicarnos tal actitud debemos recordar algunos antecedentes de la política seguida por quien presidía el Gobierno.

Desde que el 10 de noviembre de 1810 las Cortes de Cádiz proclamaron la libertad de imprenta, después de un apasionante discurso pronunciado por don Agustín Argüelles, se habían dado multitud de disposiciones sobre este tema con distinto carácter según la ideología y habilidad de los Gobiernos. El de la Unión liberal, presidido por O'Donnell, teniendo a Canovas del Castillo como ministro de la Gobernación, había modificado primero y sustituido después una muy rigurosa ley del anterior ministro Nocedal. La nueva, de 1857, intentaba, al parecer, seguir una línea media, como correspondía a un partido político formado por antiguos moderados y progresistas; pero no logró el difícil empeño. Mantenía dicha ley un juez de imprenta y un tribunal especial presidido por el mismo, pero anunciaba la constitución de un tribunal de Jurados, el cual nunca nunca llegó a funcionar. Era rebajado el depósito previo y las penas pecuniarias. No había fuero privilegiado para los delitos de imprenta, pero los militares que delinquieren por medio de ella quedarían acogidos a la Ordenanza del Ejército. Asimismo serían juzgados por los tribunales que establecerían las Ordenanzas, con sujeción a la citada, los escritos que tendiesen a rebajar la fidelidad o disciplina de la fuerza armada de un modo que no esté previsto en las leyes militares. Es imposible —dice Eguizabal— dictar una disposición más insensata e improvisada. Consecuencia fue que los periódicos dejaron de ocuparse de asuntos militares (18).

Es evidente que el sistema del Código del 70 con su circunstancia modificativa mixta, la determinación del autor por el sistema llamado de las cascadas, y el delito de provocación para delinquir, realizada mediante procedimiento de publicación (arts. 582 y 583) no se consideraban ya suficientes para la defensa del régimen político. El primer Gobierno de la Restauración había aceptado procedimientos dictatoriales para suspender los periódicos de la oposición, pero, impuesta, al consolidarse la Restauración, la necesidad de legalizar el régimen, ya no podía manifestarse suficiente «introducir con arte en el Código penal una ley especial», como se dijo en los debates sobre el del 70 (19), y, apartándose de los abundantes precedentes en el siglo,

(18) EGUIZÁBAL, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre imprenta desde el año 1480 hasta el presente*, Madrid, 1874, pág. 233.

(19) NÚÑEZ BARBERO, *La Reforma penal de 1870*, Salamanca, 1829, pág. 27.

en vez de una ley independiente, se adhirió al Código nada menos que un libro cuarto, donde se encuentra la aplicación a los delitos de imprenta de los preceptos comunes, más también otros especiales cuya crítica ya hemos insinuado. Es probable que si el Proyecto Silvela hubiera sido discutido, el nuevo libro hubiera dado lugar a apasionados debates.

Lo cual no ocurrió porque la muerte de Alfonso XII determinó una crisis ministerial: a Cánovas sucedió Sagasta y a Francisco Silvela reemplazó Alonso Martínez en la cartera de Gracia y Justicia.

IV. CRÍTICA E INFLUENCIAS DEL PROYECTO SILVELA.—Si el de 1880 y el de 1882 han sido poco conocidos por los penalistas españoles de la siguiente centuria —con notoria injusticia sobre todo por lo referente al segundo—, el de los hermanos Silvela ha sido objeto de grandes alabanzas y de repetidas imitaciones sobre ciertos puntos concretos.

Don Jerónimo Vida, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, fue duro en su crítica, a la cual dedicó un opúsculo (20), cuya síntesis es: la diferencia en la preparación de un Proyecto de Código penal, el cual iba a unificar la legislación penal italiana, para la cual el ministro Mancini requirió el consejo de Tribunales, Universidades, Colegios de abogados y otras personas acreditadas como penalistas, Silvela había tratado de imponer «su sello personal y de partido», sin consultar a quienes hubieran podido asesorarle (21). Así el Código español sería, en lo fundamental el viejo Código, y «ni por asomo resuelve y ni siquiera plantea, ninguna de las cuestiones que por entonces se agitaban en la ciencia penal». Aún sin participar en las exageradas alabanzas tributadas al Proyecto Silvela por la mayoría de los penalistas españoles, el juicio de don Jerónimo Vida me parece excesivamente riguroso. A don Luis Silvela le encomendaron la adaptación del Código de 1870 a la Constitución de 1876; hubo de aceptar por disciplina de partido ciertas imposiciones que pesaron sobre su criterio, generalmente bueno, y, por otra parte, se inspiraba en las doctrinas de la escuela correccionalista, que profesaba al menos en parte, y que tampoco habían de ser aceptadas en su totalidad por los políticos, quienes las consideraban utópicas, ni tampoco el Estado español podía permitirse la erección del número necesario de penitenciarías celulares, cuyo régimen era un dogma de la doctrina de Röder, adoptada por la escuela correccionalista española.

Dorado Montero se limitó a decir que el Proyecto de Silvela «tenía poco de notable», más el lugar donde lo dijo no se prestaba a juicios más extensos (22).

(20) JERÓNIMO VIDA, *El Proyecto de Código penal. Apuntes críticos*, Madrid, 1885.

(21) MANCINI, *Proyecto de Código penal italiano*, trad. de Romero Girón, Madrid, págs. 605 y ss.

(22) *Enciclopedia Jurídica Seix*, primera edición, tomo 6, págs. 605 y ss.

Réplica al ataque de don Jerónimo Vida fue un folleto titulado: *Proyecto de Código penal del Gabinete liberal conservador, comentado por los extranjeros. Juicios críticos de Garofalo, Lehr y Kirchenheim*. Madrid, 1887 (23).

De estos autores el más calificado es el magistrado Garófalo. En el «Archivio di Antropologia, Psiquiatria e Medicina legale» publicó un artículo con el título: *Il progetto del Codice penale spagnolo presentato alle Cortes il 29 dicembre 1884 dal Ministro de Grazia e Giustizia d. F. Silvela* (1885). Alaba ciertos aspectos por el subjetivismo, como el incluir en la tentativa el delito imposible y hacer punible la inducción aunque el delito no hubiera llegado a cometerse por causas ajenas a la voluntad del inductor. Garófalo califica este precepto de «triunfo», aunque la verdadera doctrina (esto es, la de la escuela positiva) va más lejos, pues considera como delitos perfectos los hechos del mandato aceptado». Encomia también otros preceptos procedentes de los Códigos españoles anteriores: así la atribución al tribunal sentenciador del internamiento en un hospital adecuado de los enfermos mentales que hubieran cometido un delito, a diferencia de las leyes italianas que atribuían esta competencia a las autoridades administrativas. No estaba conforme Garófalo con el tratamiento dado al reincidente por el Proyecto español, que se limitaba a imponer la pena superior en uno o dos grados; solución no aceptable para la escuela positiva. Encontraba escaso el uso que de la relegación hacían los legisladores españoles. Como no podía menos de ser, Garófalo, partidario de la pena de muerte «contra la corriente», se manifestaba satisfecho de la conservación en España del castigo capital tanto en el Código vigente como en el proyecto de Silvela. Se manifestaba también a favor del plazo de los treinta años, exigido por el proyecto español para la prescripción del delito en casos para los cuales el Proyecto Zanardelli se contentaba con veinte, y también de la interrupción del plazo prescriptivo por la comisión de un nuevo delito. Encontraba inmejorable la agravación de la pena para las lesiones ignominiosas; la gravedad reconocida al secuestro y al estupro violento (violación). En cambio le parecían demasiado graves las penas conminadas a los duelistas. Como vemos, de los preceptos ponderados por el famoso criminalista italiano: unos se encontraban ya en el Código de 1870; otros proceden de la tendencia subjetivista derivada en España de la doctrina correccionalista y coincidente en esa tendencia con el positivismo. Coincidencia, claro está, muy parcial, reservada a algunos temas; pues mientras aquella miraba a la enmienda, Garófalo perseguía la eliminación. Por ello no deja de consignar reservas: «el Proyecto Silvela —dice— no es ciertamente nuestro ideal... mas aunque en general sea grande la distancia, el criterio de oportunidad produce el acuerdo en muchos puntos». En definitiva, la escuela positiva, nacida en fecha entonces reciente, no había construido un sis-

(23) La portada del folleto no lleva nombre del autor, pero es de suponer la mano de los hermanos Silvela, que actuaban en legítima defensa.

tema jurídico viable (lo cual no ocurrió hasta la publicación del Proyecto Ferri es 1921 y sus *Principii di diritto criminale* (Turín, 1928). Pero se oponía al Proyecto Zanardelli, elaborado principalmente con los principios de la escuela clásica, y aprovechaba todas las ocasiones posibles para presentar la oposición: una de ellas le pareció a Garófalo el Proyecto Silvela en algunos de sus preceptos.

Lehr, abogado consultor de la Embajada francesa en Suiza, caballero de la Legión de honor, miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, condecorado con la orden de Carlos III, manifestó su relación afectiva con nuestro país por medio de un artículo titulado: *Les nouveaux Projets de Code pénal espagnol de 1884 et 1885*, publicado en la «Revue de droit international» (Bruxelles, Leipzig et París, 1885). Este extenso trabajo consiste principalmente en la traducción al francés de muchos de los preceptos del Proyecto español. La aportación crítica es muy escasa y no acusa el articulista gran información penalista. «La obra que tenemos a la vista —dice— es de las más notables, tiene por sí un valor excepcional y honra grandemente a los jurisconsultos que han cooperado a su realización.» Le llama la atención la calificación de tentativa a las absolutamente inidóneas, y también la distinción entre tentativa y delito frustrado, que tampoco se encuentra en otras legislaciones. Celebra la no aceptación por el legislador español de la fórmula francesa de las atenuantes genéricas, y también la concepción del encubrimiento como dos delitos distintos y no como participación en el delito principal. En materia de penas compara el número de ellas en distintas legislaciones para demostrar el exceso en la española: 16 en el Proyecto Silvela, 7 en el italiano, 3 en el Código holandés. Considera saludable el mantenimiento de la pena de muerte; pero se extraña de que como sanción única sólo figure en el atentado contra el soberano, faltando en casos como el del condenado a la más grave pena privativa de libertad que matare al guardián o a su compañero de prisión (a lo cual el traductor español opone que en esos casos funcionaría la agravante de reincidencia). Otras de las escasas objeciones de Lehr es la gravedad de las penas impuestas a los duelistas. Finalmente observa la ausencia de correspondencia entre lo que el Código español llama faltas y las contravenciones del Código francés. Y acepta como bueno el libro cuarto que la Comisión dictaminadora añadió al Proyecto.

Acusa mejor formación el trabajo del profesor Kirchenheim, de Heidelberg (24). En su opinión distínguese este Código por el número extraordinario de penas y por la restricción del arbitrio judicial. Demuestra un cuidadoso estudio de los clásicos extranjeros. En los artículos referentes al Derecho penal internacional (que faltaban en el Código de 1870) encuentra correspondencia con el derecho de los Países Bajos. Señala también el arbitrio judicial para castigar la imprudencia o negligencia. Entre las alabanzas, figuran las dedicadas

(24) KIRCHENHEIM, *Der spanische Strafgesetzentwurf* (1884), *Proyecto de Código penal español*, en la revista «Gerichtsaal», vol. XXXVII, págs. 421 y ss.

a las sanciones a las personas jurídicas y la determinación con que están definidas las figuras delictivas. Hace constar también que en delitos contra la Religión y en los delitos contra el Estado, el Proyecto español se separa de la legislación vigente en otros países.

Posteriormente fue el Proyecto español ensalzado por Hafter (25) como la más notable manifestación de la doctrina que afirma la responsabilidad criminal de las personas sociales (aunque Silvela cree, que la responsabilidad criminal es individual, sin embargo, de lo cual la suspensión y la disolución de las mismas tienen el concepto de complementos de la pena o consecuencia del delito).

Los Proyectos españoles son citados en obras de legislación comparada. La publicada, bajo la dirección de Liszt, por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho penal, inserta la referencia que Rosenfeld hace de los Proyectos de Alonso Martínez y de Silvela (26) sin alusiones a su contenido. Y la *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, tomo IV de la parte general, al tratar Goldschmidt de la pena, menciona a Silvela (Proyecto de) y es el único español que cita. Como medidas de seguridad cita las consecuencias del delito establecidas por Silvela, incluyendo la suspensión de periódicos y la disolución de sociedades. También alude a la pena accesoria de privación de la patria potestad y de la tutela de quienes realizan delitos valiéndose de niños o contra niños. Pero no formula ningún juicio crítico.

A estas referencias extranjeras, esmaltadas algunas con elogios, concretados a determinados preceptos, han seguido con carácter más general notables penalistas españoles. Saldaña dice del de Silvela: «es el más científico de los proyectos españoles; es el más meditado y que dejó más huella en España y en el extranjero». «Es en parte una transacción entre los dos Proyectos de 1880 y 1882; la tradición y la renovación...», pero con soluciones y desenvolvimiento propio» (27). Y pondera particularmente las sanciones a las personas sociales, a través de las cuales considera el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las mismas, no obstante lo que llama «teórica negativa» de Silvela (28). En cambio, al Proyecto de Alonso Martínez le considera Saldaña con «más propósitos de originalidad que logro de esencial renovación» (29) y llega a considerar preferible la definición del delito dada por Silvela (cuyos inconvenientes ya hemos visto) a la de Alonso Martínez, que en

(25) HAFTER, *Die Delikt und Straffähigkeit der Personenverbände*. Berlín, 1903, pág. 55.

(26) Véase la traducción española hecha de la versión francesa por Posada.

(27) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de von Liszt, t. I, pág. 559. Id., *La Reforma del Código penal*, Madrid, 1920, pág. 53.

(28) SALDAÑA, *Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, Madrid, 1927.

(29) No todos desdénaron los Proyectos de Alonso Martínez. Garrigues (Joaquín) en un trabajo de estudiante por la fecha, de maestro por el contenido, maneja los proyectos de aquél con elogio en *Ensayo de una crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, 1920.

realidad no es una definición del delito sino la expresión del principio de legalidad: tan necesario éste como inútil aquélla.

La superioridad del Proyecto Silvela ha sido proclamada por nuestros más afamados penalistas como Cuello Calón y Jiménez de Asúa (30) cuyo criterio hemos respetado sus discípulos. Pero en mi *Derecho penal, Parte general* (Madrid, 1949) tengo escrito: «El Proyecto Silvela es el más importante por una serie de aciertos parciales, recogidos en la legislación posterior» (pág. 65). Hoy no tengo inconveniente en ratificar esta opinión, reducida a los aciertos parciales y a los efectos sobre la legislación posterior; pero creo, después de un estudio más detenido, que no han sido debidamente estimados los elementos procedentes del Proyecto del 82, y que deben señalarse también errores originales del Proyecto Silvela, probablemente no imputables al insigne penalista —al menos en su conjunto— sino a exigencias políticas, como el libro cuarto añadido en el Congreso por la Comisión dictaminadora.

La popularidad del de Silvela se debe a su difusión: se hizo una edición particular a nombre de don Francisco Silvela, y, sobre todo, se debe a la segunda edición del Tratado, segunda parte, revisada por el sobrino, don Eugenio, donde se anota en varias materias los criterios del proyecto silvelino, pero no de los demás. El de 1882 no lo he encontrado, sino raramente, en alguna biblioteca y en el *Diario de Sesiones*. Es evidente, también, que el primero fue enviado al extranjero.

Una crítica imparcial, sin el prejuicio de poner al uno sobre el otro, obliga a reconocer en el de Silvela:

A) Elementos acertados procedentes del de 1882. En la parte general: el título preliminar sobre la ley penal; la amplia fórmula de los estados de incoscienza; la atenuante final, que abre el camino al arbitrio judicial para apreciar las condiciones personales del reo; la restauración del concepto de la alevosía de la reforma de 1850; y, principalmente, el sistema de penas, que en el de 1882 es mejor que en el otro). En la parte especial, la atenuación de las penas en ciertos casos de falsedades; elevar a quince días el límite inferior de la curación o incapacidad para que las lesiones fueran delito; la sustitución en el robo con homicidio de esta última palabra por «muerte de alguna persona que no hubiera tomado parte en el delito».

B) Mejoras propias, aportadas en el Silvela, eran: la atenuante del arrepentimiento activo (que tenían antecedentes en el Código de 1822); la sustitución del encubrimiento, participación en el delito principal por dos figuras de delito (aunque no estamos conformes con los títulos en que se encuadraron); los complementos de penas, entre los cuales aparecen sanciones equivalentes a las modernas medidas de seguridad; las normas sobre el concurso de delitos, mejoradas con relación al Proyecto anterior, incluso con aproximada previsión del delito

(30) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 1.^a ed. Texto repetido en las sucesivas; JIMÉNEZ ASÚA, *Derecho penal*, I, § 245.

continuado; la mejor redacción de la vagancia como delito contra la seguridad, pero con limitaciones y sanciones razonables; la exención de penas en algunas falsedades; la inclusión en el mismo título de «Delitos contra la vida» del homicidio, el parricidio, el asesinato, el infanticidio y el aborto; la reducción del disparo de arma de fuego a tentativa de homicidio o de lesiones según los casos; el delito de abandono de personas desvalidas y no sólo de menores; la mejor regulación del robo con violencia o intimidación en las personas, mediante la consideración de la cantidad robada, y no sólo las violencias personales, llegando incluso al concurso de delitos.

C) Nos han parecido inadmisibles otras novedades: la restauración del concepto del delito tomado del Código del 22; la excesiva amplitud dada a la tentativa, incluyendo todo caso de delito imposible; el castigo de la inducción ineficaz; los párrafos explicativos de las eximentes de cumplimiento de un deber y de la obediencia debida, propicios a grandes abusos; el extravagante tratamiento de la embriaguez; la ejecución pública de la pena de muerte (sustituida, por la Comisión dictaminadora en el Congreso, con la exposición del cadáver) la protección en el capítulo de los delitos contra la religión solamente de la del Estado, sin ningún precepto alusivo a los otros cultos tolerados por el Estado, según la Constitución, y, finalmente, el libro IV adherido por la Comisión y dedicado a los delitos de imprenta, estableciendo un trato desigual según fuera el sujeto pasivo y el medio de la publicación.

En mayor o menor medida el Proyecto Silvela ha influido sobre varios proyectos o leyes posteriores.

En el Código penal de la Marina de guerra (año 1888) se copia la definición del delito como hecho ejecutado con malicia, y se eleva la minoría de edad para el sordomudo a la de dieciocho años.

Encargado por el Ministro Montilla de redactar un proyecto de Código penal a don Constancio Bernaldo de Quirós, se le recomendó tomase por base el Proyecto Silvela (31), si bien el encargado, obrando más sabiamente y al tanto del movimiento de la ciencia penal, prefirió atenerse al Proyecto de Stooss sin perjuicio de las influencias de Silvela.

El Proyecto de reforma del Código penal, redactado por la Comisión de codificación en 1912 (32): principalmente por sus miembros don Alvaro Landeira y don Víctor Covían conforme a las instrucciones dadas por el Presidente del Gobierno (Canalejas), por el Ministro de Gracia y Justicia, Arias Miranda, y don J. Aldecoa Villasante, presidente del Tribunal Supremo, se inició con la aprobación de 49 bases, más tarde desarrolladas en el texto de un Proyecto completo de Código, siendo publicadas en 1920. De las 49 bases, varias parecen de inspiración silvelista: las referentes a la tentativa, comprendiendo la im-

(31) BERNALDO DE QUIRÓS, Prólogo a *La Sentencia indeterminada*, de JIMÉNEZ ASÚA, Madrid, 1913, pgs. XX y XXI.

(32) Comisión General de Codificación, *Proyecto de reforma del Código penal*, Madrid, Reus, 1920.

posible (base 8.^a); la suspensión o disolución de sociedades cuando sus componentes cometen algún delito con medios que la sociedad les proporcionan (9.^a); paso del encubrimiento al libro segundo (1.^a); estados de inconsciencia (12.^a) edad con relación a la sordomudez (13.^a); prescripción de la reincidencia (15). Esto, sin embargo, de adoptar principios políticos, tras los cuales se ve la mano del presidente Canalejas: «que toda pena ha de ser correccional y temporal», excluyéndose, por consiguiente, la de muerte y las perpetuas.

Algunos preceptos del Código penal de la Zona que fue española en Marruecos derivan de la misma fuente: la eximente de los estados de inconsciencia (3.^a del art. 9); irresponsabilidad del sordomudo hasta los dieciocho años (núm. 4 del mismo art.); el encubrimiento como delito distinto (art. 300 y núm. 3 del 414).

También denuncia el mismo influjo el Código de 1928, como era lógico, ya que uno de sus principales redactores fue don Quintiliano Saldaña: responsabilidad criminal individual, pero suspensión o disolución de las personas jurídicas que proporcionen medios para delinquir, como medidas de seguridad (art. 44); delitos de encubrimiento (art. 513); clasificación de las eximentes en causas de justificación y causas de inculpabilidad (arts. 55 al 61); delitos contra la Religión del Estado.

Y en el Código vigente el cap. VII del tít. XIII del libro segundo, en virtud de la ley de mayo de 1950, rubricó el cap. VII del tít. XIII, en el libro segundo, «Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación». Más acertadamente el Proyecto de 1948 trató de situar la figura del favorecimiento en los delitos contra la administración de justicia; lo cual hubiera completado los criterios silvelinos.

V. LAS BASES DE ALONSO MARTÍNEZ.—La muerte de Alfonso XII y el llamado pacto del Pardo, determinaron la dimisión del Gobierno liberal conservador presidido por Cánovas y el advenimiento al poder del partido liberal con un Gobierno presidido por Sagasta, en el cual de nuevo desempeñaba Alonso Martínez la cartera de Gracia y Justicia.

Ciertamente en el partido liberal había muchos diputados nostálgicos de la Constitución de 1869 y por ello enemigos de la modificación del Código penal de 1870, en el cual veían reflejos de ésta. Mas Alonso Martínez era, antes que político, jurisconsulto, y, según confesó en el Parlamento, tenía por característica la perseverancia y, en su virtud, no toleraba las incongruencias en el sistema jurídico español. Por ello, la necesidad de armonizar el Código penal con la Constitución, ya proclamada en artículos y conferencias (33) entra de nuevo en sus preocupaciones, sin perjuicio de intentar también, con mejor éxito, renovar otras ramas jurídicas. En lo penal, esta vez, en lugar de presentar de nuevo su Proyecto de 1882 y buscando un procedimiento

(33) ALONSO MARTÍNEZ, *Reformas legislativas que demanda con urgencia muestra patria*, «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», 1881; *Proyecto de Código penal*, Madrid, 1882 (Exposición de motivos), págs. I a LXI.

más expeditivo, presentó en el Senado un Proyecto de ley de bases, cuya urgencia le inspira las siguientes palabras: «Hay un conflicto once años ha, que es un verdadero escándalo. Tenemos rigiendo un Código penal que está en desacuerdo en muchos puntos con la ley fundamental del Estado, y no es raro que el Tribunal Supremo tenga que reconocer en sus fallos dicha discordancia.»

Las bases presentadas fueron las siguientes:

1.^a Se pondrá el nuevo Código en armonía con la Constitución de 1876.

2.^a Se reducirán las escalas de las penas y éstas dentro de cada una de ellas al número suficiente para el castigo de los delitos en relación con los establecimientos penales que deben existir en los pueblos, en determinadas capitales de provincia y en Africa, Canarias y Ultramar, según las bases de un buen sistema penitenciario.

3.^a De conformidad con la reducción a que se refiere la base anterior, se determinará la penalidad de los delitos, señalando concreta y especialmente en cada caso la extensión de las penas.

4.^a Se concederá más amplitud a los tribunales para que puedan imponer las penas correspondientes según las circunstancias que concurren en los hechos punibles y condiciones individuales de cada delito.

5.^a Se clasificarán las circunstancias de exención, atenuación y agravación, fijando bien su trascendencia e importancia, atendida la naturaleza e índole de cada una en la realidad de la vida.

6.^a Se llenarán los vacíos que la experiencia haya hecho notar hasta ahora, ya que el castigo de algunos hechos justificables, que hoy se encuentran sin sanción penal o sin sanción suficiente, ya para dar más flexibilidad, según los casos, al rigor de las penas señaladas a varios delitos, ya para fijar el verdadero carácter y concepto de algunas, teniendo al efecto en cuenta la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo.

7.^a Se sacarán del libro segundo para llevarlas al tercero, que trata de las faltas, aquellos hechos punibles de lesiones, hurtos, estafas o daños, que por la poca entidad del perjuicio irrogado y menor criminalidad que revelan en el delincuente, puedan ser castigados con dicho carácter de faltas, sin riesgo ni perturbación en el orden social.

8.^a Se clasificarán las faltas que, por su verdadero carácter de delitos más leves, deban ser de exclusiva competencia de los Jueces municipales, para evitar conflictos con las autoridades gubernativas.

9.^a Los delitos que se cometan por medio de la imprenta se penarán con sujeción a las prescripciones del Código y conceptos de los delitos en el mismo definidos; teniendo, sin embargo, en cuenta la naturaleza de cada uno para aumentar o disminuir la penalidad, y se establecerá la responsabilidad subsidiaria de las empresas periodísticas para el pago de multas, indemnizaciones y costas, con suspensión de la publicación del periódico por insolvencia o falta de pago, en vez de la prisión sustitutiva del propietario o gerente.

10.^a Se completará la reforma del Código, haciendo en sus disposiciones aquellas modificaciones que surjan o resulten indicadas por consecuencia de las precedentes bases, y todas las demás que, sin alterar la sustancia de los preceptos del Código vigente, contribuyan a su mayor claridad y perfeccionamiento, así como a la mejora de su método.

Ciertamente las bases eran escasas y poco precisas. Quizá el Ministro esperaba la benevolencia de los conservadores, interesados en poner el Código en armonía con la Constitución por ellos creada principalmente; pero no fue así; por el contrario, aprovecharon la ocasión para obstaculizar la copiosa obra legisladora que realizaba aquel llamado Parlamento largo. El secretario de la Comisión dictaminadora, don Luis Silvela, presentó un voto particular combatiendo el sistema de no acompañarlas del Proyecto íntegro del Código, como se había hecho otras veces, y también la insuficiencia y vaguedad de las bases: el Gobierno podría, una vez aprobadas las bases, promulgar un Código a su antojo, lo cual constituiría «una dictadura científica y política». Una de las bases declaraba que se disminuiría el número de las penas: pero, ¿cuáles serían suprimidas?, ¿la de muerte o la reprensión privada? La sexta anunciaba «se llenarían los vacíos que hoy se encuentran de hechos justificables que no figuran en la legislación penal; pero, ¿cuáles?, ¿se piensa penar la usura?» La peor de las bases le parece la dedicada a los delitos de imprenta «por ser la única que decía algo». Mejor hubiera sido el procedimiento empleado para la aprobación del Código de 1870: presentar a las Cortes un proyecto de ley autorizando al Gobierno para la promulgación de un Código que acompañaba a la ley de autorizaciones. De no hacer eso, pudiera haberse sometido a las Cortes el Proyecto de 1884, presentado por don Francisco Silvela. Y llevó don Luis su apasionamiento hasta el punto de acusar al Ministro de sus aspiraciones a poner su firma al pie de todas las leyes que se publicasen en España; lo cual equivalía a censurar al Ministro por su gran laboriosidad.

Después de intervenir varios oradores (34) en el debate, se llegó a aprobar un proyecto modificado de quince bases, algunas de las cuales, más explícitas, encuadraban normas encontradas en el Proyecto de 1882. Como algunas son extensas y otras permanecen las mismas, recordaremos principalmente las novedades sin transcribir los textos enteros.

Base primera: Se pondría el Código de acuerdo con la Constitución, acompañando una sanción eficaz, amparando así los derechos de la nación como los derechos individuales. El Código determinará la responsabilidad penal en que incurran los tribunales, autoridades y funcionarios de toda clase que atenten a los derechos reconocidos en el artículo 1.º de la Constitución del Estado.

(34) Además de Silvela y Alonso Martínez, que dio la respuesta al primero, intervino el fiscal Colmeiro y el magistrado Aldecoa en pro; Fabié y Mena Zorrilla en contra. Véase tomo 71 de la «Revista general de Legislación y Jurisprudencia».

La base segunda venía a resumir el título preliminar del Proyecto de 1882, en tanto se refiere a las reglas de la extraterritorialidad de la ley penal para los delitos cometidos por españoles y extranjeros fuera de España, según los principios comúnmente admitidos por el derecho penal internacional, etc.

La tercera incluye la escala general de penas al modo que el Proyecto del 82 con muy ligera modificación; prohíbe la ejecución pública de la pena de muerte (sin la exposición del cadáver dispuesta por la última versión del Proyecto Silvela); prescribe que ningún delito sería castigado con pena única de muerte, salvo el delito de matar al Rey, ya sea consumado, frustrado o tentativa.

Según la base cuarta, en las penas privativas de libertad, el Tribunal tendría la facultad de declarar extinguidas las perpetuas a los treinta años; se dispone el abono de la prisión preventiva parcialmente y en proporción a la condena. Se declara obligatorio el trabajo de los penados y se dispone la distribución del importe del mismo, siete décimos para el Estado, responsabilidad civil y multa; los tres restantes para premiar la buena conducta, mejora de situación y tanto de reserva, que se entregará a la salida del establecimiento. Por la quinta base, en las penas privativas de libertad, el quebrantamiento de la condena no producirá aumento en el tiempo de duración de la pena; se castigará con recargo en la clase de trabajo y con las privaciones que autorizan los reglamentos.

La séptima base del Proyecto aprobado por el Senado era análoga a la cuarta del propuesto por el Ministro, en cuanto tendía a conceder a los tribunales mayor amplitud para la aplicación de las penas; pero se añadían las palabras garantizadoras «dentro de límites fijos». La octava de éste, equivalente a la quinta del propuesto, no experimentaba más variante que, además de condicionar la apreciación de las circunstancias por la naturaleza e índole según la realidad de la vida, se añade a esta vaga expresión, la más concreta de «el estado psicológico del culpable, según los resultados positivos que hayan alcanzado las ciencias antropológicas». Fue añadida esta última frase, signo de influencia de la escuela positiva, en virtud de una enmienda del senador Fabié. De análoga procedencia debe considerarse la base novena, adicionada también por el Senado y redactada así: «La reincidencia dejará de considerarse como una mera circunstancia agravante, y según su repetición y las condiciones de los reincidentes, serán éstos castigados con penas distintas de las señaladas para cuando no exista la reincidencia.»

No considerando suficiente la base primera del Proyecto del Gobierno, limitada a «poner en armonía el Código con los preceptos de la Constitución», el Senado aprobó la base once, que transcribo: «Se establecerán sanciones penales eficaces para proteger el culto, sus ministros, las ceremonias y manifestaciones públicas de la religión católica, que es la del Estado, así como para impedir que se escarnezca públicamente el dogma, sin perjuicio de la tolerancia religiosa, tal como se halla establecido en el artículo 11 de la Constitución». Y añade

la misma base: «Se considerará asimismo punible el quebrantamiento de las ordenanzas o disposiciones que dicten las autoridades administrativas sobre observancia de los días festivos, etc.»

Y como frase final de las bases autorizadas por el Senado, se hace la declaración: «No serán punibles la exposición y defensa de las ideas, sino cuando constituyan delitos o faltas definidas por el Código penal» Fue la última vez que, en el siglo XIX, una Cámara de las Cortes aprobó la reforma extensa del Código penal. Pero en el Congreso se paralizó definitivamente la nueva iniciativa de Alonso Martínez.

En la Comisión de diputados que, en 9 de mayo de 1887, dictaminó sobre el Proyecto aprobado por el Senado, figuraban el catedrático de Derecho procesal don Tomás Montejo como secretario, y el que más tarde fue presidente del Consejo, don José Sánchez Guerra. La Comisión aportó innovaciones, haciendo constar que para ello había contado con el asenso del Gobierno. El número de las bases desciende de 15 a 12, mas el contenido del Proyecto se dilata por la extensión de la base tercera dedicada a los delitos publicitarios. Lo cual demuestra la preocupación del Gobierno para dar efectividad a las sanciones, remediando en esta materia los fallos del Código de 1870.

Según dicha base, son responsables criminalmente por cualquier publicación delictiva como autores: el editor si el delito se comete en libro o folleto; el director, si se comete en publicación periódica, y el que hubiese ordenado la exposición de anuncios, carteles o cualquier otra publicación. En defecto de editor, director o publicador, respondería criminalmente el que hubiese escrito o dibujado el original. Y, en defecto de los anteriores, el jefe del establecimiento impresor. Para la responsabilidad pecuniaria se considerará coautor el propietario del periódico cuando en los tres meses anteriores a la perpetración del delito se hubiera cometido en el mismo periódico, dos veces por lo menos, otro análogo. Para llegar a las responsabilidades subsidiarias... se entenderá que no hay editor, director o redactor cuando no fueran conocidos, estuviesen ausentes o por circunstancias personales no pudieran hacerse efectiva su responsabilidad criminal. Se consideraría agravante la falta en la publicación de la firma del autor. Se establecían después en esta base una serie de hechos que deberían dar lugar a sanción penal, figurando en primer lugar la clandestinidad de las empresas.

En las demás bases, la Comisión dictaminadora mantenía el Proyecto del Gobierno con algunas modificaciones. Así se declaraba en éste que ningún delito sería sancionado sola y únicamente con la pena de muerte, salvo el de matar al Rey; y ésta excepción desaparecía en el Proyecto de bases de la Comisión dictaminadora. Se consignaba en cambio que los delitos contra la persona del Regente se castigarían con iguales penas que los perpetrados contra la persona del Rey (35).

(35) Véase las bases aprobadas por el Senado y modificadas por la Comisión del Congreso en *Diario de sesiones*, 22 marzo 1887.

La oposición fue más dura y eficaz en el Congreso que en el Senado.

Consumió el primer turno en contra el prohombre conservador Rodríguez San Pedro. Además de repetir la razonable objeción de Silvela en el Senado sobre la insuficiencia de las bases, comenzó por plantear estas tres: no bastaba llamar a la religión del Estado católica sin añadir apostólica, romana y no debía protegerse en la misma base a nuestra religión y a los cultos simplemente tolerados; debía mantenerse, como se aprobó en el Senado, la pena única de muerte para quien mate al Rey o lo intente; la base tercera sobre los delitos de imprenta y las personas responsables de ellos, resucitaba la figura desacreditada del «editor responsable». En este punto tenía razón el orador: si el Código del 70 abría el camino a la responsabilidad sin culpa con el llamado sistema de las cascadas, la base tercera, al poner al verdadero autor en último término, superaba claramente el defecto. Rodríguez San Pedro sostuvo la publicidad de las ejecuciones capitales, como lección de moralidad social; doctrina hoy completamente abandonada.

Más importancia tuvo el ataque de don Gumersindo Azcárate, catedrático de Legislación comparada en la Universidad de Madrid y diputado republicano. De los dos Proyectos presentados en 1882 y 1884, encontraba preferible el primero en su aspecto político, el segundo en el técnico. El debate planteado en 1887 tenía un gran interés político. En primer término, el Reglamento de la Cámara no era conforme al sistema seguido: si se había aprobado unas bases para el Código civil eran condicionadas a la presentación posterior del texto completo del Código a las Cortes. Además, el Derecho penal tiene un interés político más importante que el civil. Pero el tema político lo planteó a mayor altura: el mundo contemporáneo había luchado contra el absolutismo y la teocracia. La Constitución de 1869 había significado una victoria contra esos enemigos, así como la del 76 significaba un retroceso. El Proyecto de 1882 ya había incluido entre los delitos de lesa majestad, «impugnar con publicidad la legítima autoridad del Rey.» Ciertamente, entre las bases se había incluido ahora la sexta declarando impune la exposición y defensa de las ideas, pero está acondicionada por no constituir delito ni falta: con lo cual el precepto establecido en la primera parte de la frase queda desvirtuado. Mas los principales argumentos fueron *ad hominem*: era ministro Montero Ríos en el Gobierno que ocupaba el banco azul (o sea, quien había firmado el Código del 70) uno de los ministros que se sentaban en el banco del Gobierno en aquella coyuntura había dicho en el debate sobre aquel Proyecto de la Constitución que no tenía alma. Pero la principal ofensiva contra las personas hubo de sufrirla Alonso Martínez, al que recordó Azcárate que había sido ministro en un Gobierno moderado y ahora se manifestaba liberal en el Congreso y se había manifestado conservador en el Senado.

En verdad Azcárate, al elevarse a los espacios de la política constitucional, se olvidó de la política criminal, y pocas cosas dijo sobre las

bases en particular. No obstante haber expresado en su discurso conocer la reacción general en todos los países contra el exceso de legalismo, que a su vez había extremado las precauciones y garantías contra el arbitrio judicial, afirmó después ser la sexta la base que le había parecido peor; no obstante implicar el aumento del arbitrio judicial y la importancia que había de concederse al elemento subjetivo del delito conforme a los postulados entonces programados por los positivistas (con los cuales no estaba don Gumersindo muy conforme) y también por los correccionalistas, esto es con los penalistas de la Institución libre de enseñanza, agrupación en la cual el catedrático de Legislación comparada ocupaba un puesto muy señalado.

Por la Comisión respondió don Tomás Montejo con el buen sentido y la moderación que hemos estimado cuantos fuimos más tarde discípulos suyos en la cátedra de Derecho procesal. Sus argumentos principales fueron: eran varias las leyes que se habían aprobado por el procedimiento de las bases, y ésta no se proponía hacer un Código nuevo sino modificarlo en ciertos de sus preceptos (36).

El día 21 de mayo de 1887 se dio por terminada la discusión de la totalidad y el presidente anunció la discusión particular de cada una de ellas, leyéndose la primera y se suspendió la discusión, que no volvió a reanudarse. Y el Código penal español continuó en desacuerdo con la Constitución hasta que la reforma de 1932 lo armonizó con la Constitución de 1931. Salvo el breve plazo en que el Código de 1928, al establecer secciones distintas para los delitos contra la religión del Estado y los delitos contra la tolerancia religiosa, volvió a poner ambas leyes en armonía sobre este tema.

VI. PROYECTOS MENORES.—Damos este nombre a los limitados a la reforma de pocos artículos, a diferencia de los que hemos estudiado, los cuales se presentaban como Códigos completos, sin perjuicio de copiar la mayor parte de sus artículos del Código de 1870, mas introduciendo novedades en materias importantes.

A) Proclamada la primera República española y nombrado ministro de Gracia y Justicia don Nicolás Salmerón, se apresuró a presentar a la Asamblea nacional un Proyecto con dos artículos, que decían así:

Art. 1.º: Queda suprimida la pena de muerte en todo el territorio de España.—Art. 2.º: Desde la publicación de esta ley dejará de ejercitarse la gracia de indulto para todos los delitos. A continuación se razonaba brevemente: «La ley penal no es un resorte para contener a los pueblos en la obediencia por el escarmiento y el terror, sino un medio para afirmar la justicia, no sólo de un modo externo, sino en el espíritu de los hombres; consagrando por siempre la inviolabilidad de la vida.» Salmerón era un correccionalista total y uno de esos hombres

(36) Véanse los discursos de R. San Pedro Azcárate y Montejo, en *Diario de sesiones*, 18 mayo 1887 y siguientes.

de principios, que siguen a éstos sin reparar en las exigencias de la realidad. La firmeza de sus convicciones se comprobó cuando, siendo presidente del poder ejecutivo, renunció al cargo antes que confirmar la pena capital impuesta a desertores del Ejército que luchaba contra los carlistas. Respecto a los indultos, el párrafo segundo del artículo 2.º, añadía: «Continuará, sin embargo, en vigor para la rebaja de condena el artículo 2.º del Código penal y el 20 de la ley provisional para el ejercicio de la gracia de indulto. Salvo el caso de solicitarlo el tribunal, conforme al artículo segundo del Código penal, se suprimían los indultos porque, en su concepto de la pena, el delincuente tiene derecho a ella, medida educativa establecida en su beneficio, según la doctrina correccionalista. Salmerón solicitó y obtuvo de Röder un informe titulado: «Reforma del sistema penal español mediante el régimen celular». Lo escribió sin visitar las prisiones españolas y sin darse cuenta de que las posibilidades del Estado español para construir los costosos edificios celulares, eran muy escasas. La supresión de los indultos denuncia también falta de criterio realista, pues, aparte de ser el derecho de gracia un instrumento político en ocasiones nada despreciable, mientras no existiera un régimen de sentencia indeterminada, la reducción de las condenas por la buena conducta del penado puede ser más que un acto de gracia un premio a la buena conducta.

Este mismo ministro nombró una Comisión para preparar un nuevo Código penal, y otra para redactar una ley penitenciaria. Según Salillas, estos Proyectos no le han sido conocidos, a pesar de su destino como funcionario técnico del Ministerio. Parece que terminó una parte general del Código penal y la ley penitenciaria. Nos dijo también el ilustre criminalista que de ambas Comisiones formó parte Concepción Arenal, pero también que renunció a ellas antes de terminarse sus trabajos: lo cual puede ser interpretado como expresión de disconformidad (37).

B) Repetidas interpelaciones parlamentarias habían solicitado de los Gobiernos la reducción a faltas de ciertos delitos, cuya gravedad se estimaba por días de curación o por el valor de las cosas sustraídas o dañadas. De este modo se evitaría que algún hurto de diez céntimos había sido juzgado por una Audiencia con intervención del Jurado. Los Ministros Villaverde y Cos Gallón habían aprobado la opinión, que, sin embargo, creían realizable cuando se procediera a la reforma total del Código penal.

Como ésta no llegara, en 1895 el Ministro de Gracia y Justicia en un Gobierno de Sagasta, don Antonio Maura Montaner, presentó un Proyecto de miras cortas (38) limitada en la parte penal a modificar

(37) SALILLAS, *Doña Concepción Arenal en la ciencia penitenciaria*: artículo publicado en el primer tomo de las *Obras completas* de la insigne ferrolana; tomo I, págs. 49 y 50.

(38) Este Proyecto se funda en la supresión de Audiencias y Juzgados de Instrucción, necesaria, al parecer, por motivos económicos. Véase *Diario de Sesiones del Senado de 24 de enero 1895*.

las fronteras entre delitos y faltas a favor de éstas cuando las lesiones o los ataques a la propiedad fueran de escasa importancia. La Ley modificaba 27 artículos del Código penal: Se reducía la esfera de las lesiones a las de curación o incapacidad para el trabajo por lo menos de quince días, siendo mera falta las de menor duración (en el Código del 70 el límite mínimo del delito eran ocho días). Serían falta los hurtos que no excedieran de cinco pesetas o de diez si fuese de sustancias alimenticias, frutos o leñas siempre que no hubiere concurrido la circunstancia de haber sido condenado el culpable por delitos de robo, hurto o estafa, o dos veces por falta de estafa o de hurto. (Como se ve, entre la redacción del 70, modificada por el decreto de 1 de enero del 71, que declaraba falta el hurto por valor de menos de 10 pesetas, y la reforma del 76, volviendo a la consideración de delito de todo hurto, el Proyecto de Maura venía a quedarse en un término medio). También se reducían a faltas las estafas y otras defraudaciones por valor que no excediera de 25 pesetas, etc. Al artículo 625 se añadía: «Cuando un mismo hecho, simultánea o sucesivamente, fuese objeto de persecución gubernativa y judicial, la autoridad que primero hubiera entendido en el asunto será la competente para castigar la falta. Y un artículo nuevo y sorprendente, a la par que típico de una época, decía: «La infracción del impuesto de consumos ejecutada a mano armada o tumultuariamente, o por quien fuera reincidente, se castigará con multa del duplo y arresto mayor en sus grados medio y máximo.»

El Proyecto presentado por Maura en 1895 cuando era Ministro liberal de Gracia y Justicia, no se aprobó. Pero, más tarde, cuando don Antonio Maura era jefe del partido liberal conservador y presidente del Gobierno, y siendo Ministro de aquella cartera el Marqués de Figueroa, se aprobó la Ley de 5 de enero de 1907, por la cual se hicieron falta las lesiones hasta de quince días (inclusive el décimoquinto día), y también el hurto menor de 10 pesetas, o de leñas u otros productos forestales por valor que no excediere de 20 pesetas, siempre que el infractor perteneciere a la comunidad.

VI. CONCLUSIONES.—Las bases de Alonso Martínez se hundieron por su propia fragilidad más que por el empuje de los contrarios. El Parlamento llamado largo (1886-1890) había conseguido la aprobación de varias leyes: del Jurado, de Asociaciones, las bases para el Código civil y luego éste en su totalidad; la electoral, instaurando el sufragio universal. Nunca hubo un período de tiempo tan aprovechado en materia legislatora. El Proyecto de Código penal quedó en suspenso. Alonso Martínez, que había conseguido la aprobación del Código civil, fue nombrado Presidente del Congreso.

Ahora bien: ¿Cómo es posible que en un período de calma política, Gobiernos estables, Parlamentos duraderos, y sumisos a los Gobiernos la mayoría, no se llegó a conseguir la aprobación del Código penal?

Los partidos políticos de la Restauración, con el fin común de consolidarla, procuraron seguir una línea media, con una oposición más

aparente que real en el régimen de alternamiento de los Gobiernos; y de uno y otro lado se procuraba incorporar a sus filas a las fuerzas más moderadas de los grupos no dinásticos.

A Cánovas no le importaba demasiado que el Código penal vigente igualase a todos los cultos para la protección penal: primero porque la inmensa mayoría católica, con algunas excepciones de indiferentes pero no afiliados a otras religiones, borraba todo peligro para la religión del Estado. En segundo lugar, Cánovas en su largo primer Gobierno, se había acostumbrado a emplear medios expeditivos cuando fuera necesario para defender el régimen. Así, el problema de las manifestaciones públicas de otros cultos fue resuelto por la Orden de 28 de octubre de 1876 y una circular enviada a los Gobernadores. Por otra parte, si el Código resultaba insuficiente para la defensa política y social, empleaba el recurso de las leyes especiales. Si el propio Cánovas y don Francisco Silvela habían protestado en el Parlamento septembrino contra las «fugas» de Zugasti para perseguir los secuestros en Andalucía, al volverse a presentar este fenómeno criminal, se dio la llamada Ley de secuestros de 1877, que atribuía la competencia para el castigo de estos delitos a la Jurisdicción militar (39). Y lo mismo hizo al demostrarse la ineficacia de la Ley de explosivos promulgada en 1894 por los liberales (sin eficacia porque, recién instaurado el Jurado, al Tribunal del mismo correspondía la competencia) la Ley de represión del anarquismo, de vigencia temporal, atribuyó estos crímenes a los Consejos de guerra (1896).

Castelar había anunciado su retirada de la política, aconsejando a sus seguidores la incorporación a la Monarquía si ésta se liberalizaba, considerando signos de este giro liberal las leyes del Jurado, de Asociaciones y del Sufragio universal, aprobadas en el Parlamento largo. Nada dijo sobre la cuestión secundaria que era, en realidad, la del Código penal; pero en el partido liberal, donde Alonso Martínez había demostrado tanto celo por adaptar el Código penal a la Constitución, figuraban —como había hecho constar Azcárate en sus intervenciones parlamentarias— varios Ministros y otros que lo habían sido, procedentes de la revolución de Setiembre, que veían en la igualdad conservada para la protección de los cultos un símbolo también de la liberación del régimen al cual se habían incorporado.

Finalmente, la ciencia penal en nuestro país no estaba en situación favorable para hacer un Código penal que al propio tiempo fuera bien recibido por los políticos y los prácticos. Eran éstos fieles a los libros publicados por Pacheco (en 1888 se publica la quinta edición de las *Lecciones de Pacheco*, y la sexta de su *Código penal concordado y comentado*). De Carrara, la gran figura de la escuela clásica italiana, apenas se encuentran citas en nuestros escritores de materias penales. Sóloamente se traduce en España la *Teoría de la tentativa y la complici-*

(39) SILVELA (Fr.), *La oposición liberal conservadora en las Cortes constituyentes de 1869 1871*; ZUGASTI, *El Bandolerismo (Estudio social y memorias históricas)*, Madrid, 1876. *Introducción*, volumen III, págs. 154 y 155.

dad, en 1877, por Romero Girón. Los científicos o los que disfrutaban al menos la fama de tales, eran los correccionalistas, seguidores de Röder, conocido en su país por sus campañas en pro del régimen celular, más que por su teoría de la mejora, procedente de la filosofía de Krause. Un eco de la escuela positiva italiana aparece en una de las bases aprobadas senador Fabié; mencionando los resultados positivos que hayan alcanzado las ciencias antropológicas. Y en el discurso de Villaverde en la inauguración del año judicial 1891-1892, se trata de esta escuela, si bien refutando el determinismo (40). Pero estas ideas (las correccionalistas y las de la escuela positiva en los primeros tiempos), no eran las más adecuadas para ser acogidas por los políticos que elaboraban un Código penal. Su preocupación principal era ensanchar el arbitrio judicial, demasiado restringido en los Códigos de 1848 y de 1870 y suprimir también los preceptos sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, cuya nueva regulación dejan para una ley especial penitenciaria. Y hay también otros aciertos, nacidos del buen sentido y la experiencia. Pero no se les podía exigir que adoptasen ideas utópicas. Que éste es el principal inconveniente de las mismas: deslumbrar con su brillo e impedir la adopción de otras concepciones más conformes con las realidades presentes y, por consiguiente, más eficaces (41).

(40) VILLAVERDE, *Discurso de inauguración del año judicial 1891-1892*. En este discurso se refiere a la escuela positiva italiana (según parece siguiendo informaciones recibidas de D. Rafael Salillas) pero combate el determinismo. Villaverde trató también de tema análogo en *Influjo del positivismo en las ciencias morales y políticas* (Memorias de la R. Academia de Ciencias Morales y Políticas, vol. III, págs. 175 y ss). El discurso en la inauguración del año judicial es también interesante por sus elogios de los Proyectos de C. p., no sólo de los presentados por ministros de su partido (Bugallal, Silvela) sino también muy especialmente, de los de Alonso Martínez, compensando así la cerrada oposición que los conservadores hicieron al intento de armonizar el Código con la Constitución. Villaverde anunciaba también su propósito de modificar el Cód. p.; pero, por su breve estancia en el Ministerio de Gracia y Justicia (del cual pasó al de Gobernación) quedó reducido su trabajo a un anteproyecto. (Véase la citada tesis de A. Liranda, páginas 38 a 40.)

(41) Debo manifestar mi profundo agradecimiento al profesor de la Universidad autónoma Yáñez Román, que me ha proporcionado importantes datos para componer este artículo.

Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia*

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCION

La regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, dispone: “Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante décimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen conveniente”.

Este precepto experimentó una notab'e transformación a lo largo de las distintas reformas de que fue objeto nuestro Código penal. El Código de 1870 establecía: “Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo”. Se partía de la idea de que el legislador, “al señalar la pena total del delito, ha debido tener en cuenta toda la gravedad que pudiera alcanzar por razón de las circunstancias que concurrieran en su autor, por tanto —concluía Viada— no cabe traspasar este límite legal de la pena señalada al delito” (1). Posición acorde con el estricto legalismo que en materia de determinación de penas adoptó el Código de 1870 (2).

La reforma de 1932, manteniendo la declaración anterior como regla general, concedió, sin embargo, arbitrio a los Tribunales para

* El texto del presente artículo se corresponde esencialmente con la disertación mantenida, el 23 de junio de 1971, en la solemne clausura de curso del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, del que es director el profesor Del Rosal. Hemos añadido las imprescindibles referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

(1) S. VIADA, *Código Penal reformado de 1870*, I, 4.^a ed. (Madrid, 1890), pág. 464.

(2) Cfr. R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870* (Salamanca, 1969), pág. 59.

que, en caso de reincidencia, pudieran aplicar la pena inmediatamente superior (3).

El legislador de 1944, inspirándose en los artículos 70, 71 y 157 del Código de 1928 y obediendo —en el decir del profesor Castejón— a dictados de defensa social, convirtió en obligatoria, a partir de la segunda reincidencia, la elevación de la pena en grado, dejando únicamente al arbitrio de los Tribunales la elevación en dos (4). Posibilidad de elevación en dos grados que convirtió, a partir de 1944, en paradójicos privilegios, preceptos que con anterioridad ostentaban un inequívoco carácter agravatorio, como por ejemplo, el párrafo 2.º del artículo 516, que establece para el hurto la pena sólo superior en grado cuando el culpable fuere dos veces reincidente. Pero de la problemática que plantea éste y otros preceptos específicos sobre la plurirreincidencia, no podemos ocuparnos ahora. Nuestra atención se va a centrar en la disposición general contenida en la regla 6.ª del artículo 61 del Código penal.

Presupuesto de esta regla es, según exigencia expresa de la Ley, la concurrencia de la agravante decimoquinta del artículo 10. En este precepto se ofrece una definición normativa de reincidencia: “Hay reincidencia —dice— cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título del Código”.

La agravante decimoquinta requiere necesariamente que el sujeto esté *ejecutoriamente condenado* al delinquir de nuevo. La reincidencia no se puede identificar, en consecuencia, con la mera repetición de delitos (5).

Durante largo tiempo, el Tribunal Supremo, a efectos de apreciar la segunda reincidencia, no lo entendió sin embargo así. “Es doctrina uniforme y reiteradamente sentada por esta Sala —declara la Sentencia 9 noviembre 1957— que el reo que al delinquir estuviere ejecutoriamente condenado dos o más veces por delitos comprendidos en el mismo Título del Código, es multirreincidente aun en el caso de que las condenas precedentes, hubieran recaído en una misma sentencia” (6).

La verdad es —como observa Rodríguez Devesa— que “no puede haber segunda reincidencia si no se ha apreciado la primera, y el artículo 10 es terminante en cuanto que para el concepto técni-

(3) Código penal de 1932, artículo 67, regla 6.ª. Cfr. *Anteproyecto de Reforma del Código Penal que eleva al Gobierno la comisión jurídica asesora* (Madrid, 1931), pág. 35.

(4) F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944* (Madrid, 1946), pág. 41.

(5) J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. (Madrid, 1971), pág. 611.

(6) En el mismo sentido, entre otras muchas, sentencias 8 julio 1953, 12 noviembre 1959 y 29 enero 1962.

co de reincidencia no basta una pluralidad de delitos condenados en una misma sentencia" (7).

En este mismo sentido de estricto respeto al concepto legal de reincidencia, se orienta una reciente dirección jurisprudencial. La importante Sentencia de 25 de enero de 1972, dictada bajo ponencia de Díaz Palos, imprime un giro decisivo: "de la noción legal de multirreincidencia del número 15 del artículo 10 en relación con la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, se deduce que sólo puede imponerse la pena superior en uno o dos grados, a *partir de la segunda reincidencia* por lo que resulta obvio que sólo puede declararse segunda vez reincidente a quien lo fue por primera vez en anterior sentencia, o lo que es lo mismo, que para que haya doble reincidencia es preciso que se hayan dictado por lo menos dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que en el segundo de tales fallos se haya apreciado la primera o simple reincidencia". Acertada interpretación sobre la que vuelve a insistir la Sentencia de 22 febrero 1972, dictada bajo ponencia de Sáez Jiménez, en la que se advierte: "En cuanto a la "multirreincidencia", según reciente orientación de esta Sala, si los robos fueron incriminados en una sólo y única sentencia impedirían la real existencia de la "segunda reincidencia" necesaria e imprescindible para que pueda entrar en juego la citada regla 6.^a del artículo 61 y ser producidos los peculiares efectos agravatorios de la concurrencia de la multirreincidencia.

Línea jurisprudencial que continúa y desarrolla, en ponencia de Escudero del Corral, la Sentencia de 18 de octubre de 1972, en la que se ofrece la siguiente fundamentación:

"Variando el criterio anteriormente sostenido, de que la multirreincidencia a que se refieren los artículos 61, regla 6.^a, 516 núm. 3.^o, y 530 del Código penal, podía deducirse de la existencia de una sola sentencia precedente, con tal de que se reprochara en ella, dos o más delitos, comprendidos en el mismo título del Código de aquel que se juzgaba, esta Sala en su importante Sentencia de 25 de enero de 1972, atendiendo a la literalidad normativa, que sólo permite imponer la pena superior en grado o grados, a partir de la segunda reincidencia, a quien lo fue por primera vez en anterior sentencia, estimó que para que se produzca doble reincidencia es preciso que se dictaran dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que en el segundo de tales fallos se haya apreciado la primera o simple reincidencia; posición justa y legal si se atiende a la necesidad de respetar

(7) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 612, nota (101).

la expresa dicción de las normas; a la distinción entre pluridelincuencia —varios delitos— y plurirreincidencia —delitos antecedentes que operan en los subsiguientes— con la secuela de una mayor perversidad, en quien ya fue altamente castigado y advertido, continuando el fracaso de la prevención especial; a que lo esencial no es la condena, sino a la declaración del llamado doctrinalmente estado de “reidad”, con individualizada conminación; a la eficacia del principio humanitario “pro reo”, que elude sin más la virtualidad de la mera repetición, así como la de la interpretación peyorativa en contra de aquél; y por fin, a que la reincidencia es un concepto jurídico que impide que pueda darse segunda reincidencia sin que previamente hubiere recaído la primera, lo que no resulta viable, sin que al menos se hayan dictado dos sentencias condenatorias antes de realizarse el delito en qué se estime la segunda reincidencia, y de que en dicha segunda condena se haya estimado existente la primera reincidencia, para todo lo que, como quiera también la mejor doctrina científica, no es suficiente que las resoluciones judiciales sean de distinta fecha, sino que es preciso que la primera de ellas haya sido estimada a virtud de la reincidencia en la segunda, lo que debe ser precisado por las Audiencias con todo rigor en los hechos probados, o al menos resultar demostrado por deducción fundada, de acuerdo con el intervalo de tiempo existente entre ellas y las fechas de las causas que las motivaron”.

Muy importante, desde el punto de vista práctico, resulta la oportuna advertencia de que no es suficiente que las anteriores resoluciones judiciales sean de distinta fecha, sino que “es preciso que la primera de ellas haya sido estimada a virtud de la reincidencia en la segunda”, y la consiguiente exigencia de que tal extremo “debe ser precisado por las Audiencias con todo rigor en los hechos probados”. El criterio de que, en su caso, basta que el mencionado requisito resulte al menos demostrado por deducción fundada, de acuerdo con el intervalo de tiempo existente entre las sentencias y las fechas de las causas que las motivaron, aun siendo, en sí mismo considerado, admisible (se exige, en efecto, que ha de “resultar demostrado por deducción fundada”), entraña, sin embargo, el riesgo de originar presunciones contrarias al reo en una materia en la que, como resalta la propia sentencia comentada, debe otorgarse virtualidad al principio “pro reo”. Y ciertamente sería inadecuado que una interpretación simplista del criterio reconocido en la sentencia 18 de octubre de 1972, condujese a presumir, sobre la base del tiempo existente entre las sentencias y las fechas de las causas que las motivaron, que la primera de las resoluciones fue tomada en consideración en la segunda

de éllas, motivando la apreciación de reincidencia. Se desvirtuaría, así, en definitiva, la doctrina establecida en la misma Sentencia de 18 de octubre de 1972 que, como hemos visto, exige que tal extremo *resulte demostrado*, y no meramente presumido.

Esta nueva orientación del Tribunal Supremo que parece haberse confirmado ya, según acabamos de ver, merece ser acogida con beneplácito. En efecto, la primitiva doctrina jurisprudencial iba más allá de lo que permite el tenor literal de la Ley, en una materia desfavorable para el reo. Tal vez porque desde el punto de vista criminológico lo más significativo de la plurirreincidencia sea la habitualidad o la inclinación al delito que revela, y esta habitualidad o inclinación al delito puede mostrarse también y de modo idéntico por la repetición de delitos no constitutiva de reincidencia en sentido legal. Pero la regla 6.^a del artículo 61 no autoriza desde luego a semejantes equiparaciones, precisamente porque la fórmula legal suscita importantes objeciones desde la perspectiva criminológica.

II. ASPECTOS CRIMINOLOGICOS

El párrafo inicial de la agravante decimoquinta —“ser reincidente”— en si mismo considerado pudiera conducir a conclusiones engañosas. Podría hacer pensar, en efecto, que la ley considera como agravante un particular “modo de ser” del sujeto. La lectura de la definición de reincidencia que se contiene en el segundo párrafo muestra, sin embargo, que la agravación depende del dato formal de la existencia de anteriores condenas.

El verdadero modo de ser del sujeto puede resultar indiferente. El autor habitual o profesional que ha vivido durante años del producto de sus robos, no es reincidente en sentido legal si tuvo la suerte de no haber sido descubierto y juzgado hasta después de cometido el último delito de la serie. Quien en los comienzos de la mayoría de la edad penal fue condenado por un hurto y después de muchos años de vida ordenada y conforme a Derecho, impulsado por una situación de penuria económica —que no llega a fundamentar en el caso concreto mas que la apreciación de un estado de necesidad incompleto— vuelve a cometer un hurto es, inexcusablemente, según la ley *reincidente* (8).

Con razón habló ya Pacheco de una “reincidencia legal” para destacar que la agravante prevista por el Código difiere de la realidad criminológica del hábito: “El que que mata tres hombre de seguida, el que comete treinta robos —escribía Pacheco— no es rein-

(8) Cfr. A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, I (Burgos, 1870), página 435.

cidente aun en los delitos que perpetra. Habrá hábito; reincidencia legal no la hay". (9).

La presencia de condenas anteriores obliga ineludiblemente a aplicar la agravación, sin que le esté permitido al Tribunal hacer averiguaciones sobre la auténtica personalidad del autor. Como ha dicho en más de una ocasión el Tribunal Supremo, con cierto acento de amargura, no está permitido "tomar en consideración las condiciones del delincuente, y la naturaleza, los motivos y los efectos del delito". (10).

Sin duda la reincidencia es una cualificación que afecta a la persona del autor, que se convierte, merced a ella, en reincidente en sentido legal. Pero se trata de una cualificación que no se deriva del propio modo de ser del sujeto. Como subrayó un ilustre comentarista resulta chocante que, en definitiva, la agravación dependa no ya de la conducta personal del culpable, "sino de acontecimientos totalmente ajenos a la misma, y desde luego a su voluntad, como es la actuación judicial. Su habilidad o torpeza, la diligencia de la policía, la actividad o retardo burocrático de las secretarías judiciales, determinan de facto la agravación" (11).

La plural recaída en el delito puede ser el fruto de una particular inclinación al crimen o de hábito criminal. Pero puede ser también un fenómeno ocasional que no revele un particular tipo de personalidad criminal. Beza dos Santos, gran especialista en la materia, habló de delincuentes *pluri-ocasionales*, y en nuestra patria el profesor Antón pone de relieve que es posible recaer a veces en el delito sin que deje de ser ocasional por la repetición de las circunstancias externas productoras del estímulo (12). Y esto puede ser significativo sobre todo en recaídas muy distanciadas en el tiempo.

El parágrafo 17 del Código penal alemán, según la reciente reforma introducida por la Ley de 25 de junio de 1969, admite la prescripción de la reincidencia, declarando que, a efectos de la apreciación de la misma, no puede ser tomado en consideración el hecho delictivo anterior si entre éste y el siguiente han transcurrido más de cinco años. Pero, como se sabe, la distancia temporal entre las condenas, por muy dilatada que sea, no impide, según nuestro Derecho vigente la apreciación de la reincidencia (13). El Real Decreto de 14 noviembre de 1925 dispuso el cese de los efectos de la condena

(9) J. F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, I, 3.^a ed. (Madrid, 1881), págs. 238-239.

(10) Sentencias 13 octubre de 1956 y 6 febrero 1959, entre otras.

(11) A. QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed. (Madrid, 1966), pág. 238.

(12) J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I (Madrid, 1949), pág. 390.

(13) El T. S. tiene declarado, en consecuencia, que es irrelevante el tiempo que media entre las dos condenas, e incluso que haya transcurrido el plazo de prescripción de la pena impuesta por los anteriores delitos. Vid. sentencias 8 mayo 1936, 25 noviembre 1940, 6 octubre 1942, 19 diciembre 1945 y 17 de octubre 1956.

anterior cuando pasara el tiempo necesario para la prescripción del delito. Pero este Decreto fue derogado por el Código de 1928, restablecido por Decreto de 31 mayo de 1931 y vuelto a derogar por el Código de 1932. De *lege ferenda*, en tanto persistan como agravantes la reincidencia y reiteración, concebidas al estilo actual, parece indudable la conveniencia de admitir la prescripción.

La reincidencia, tal como la configura formalmente la ley, dice muy poco desde el punto de vista criminológico. En el segundo Congreso Latino-Americano de Criminología, celebrado en Santiago de Chile en 1941, fue aprobada la tesis del profesor Schweitzer de abolir el criterio de considerar apriorísticamente a la reincidencia como índice de peligrosidad. En apoyo de su tesis dijo literalmente el profesor chileno: "La reincidencia, considerada en la forma en que la hemos precisado, no pasa de ser otra cosa que un hecho objetivo, material, tangible y demostrable; pero sin una significación propia, que se revele y aprecie por sí misma, aisladamente considerada del delincuente y de las circunstancias que le rodearon en el momento de delinquir. Casos hay —concluía— en que la reincidencia no significa absolutamente nada" (14).

En el más reciente movimiento de reforma penal, parece tenerse clara conciencia de la necesidad de atender a las circunstancias de la recaída para atribuir significación a la reincidencia. Incluso aquellos proyectos, como el oficial alemán de 1962 o el portugués de 1963, que defendieron en su momento la elevación de pena a partir de la segunda reincidencia en delitos dolosos, se preocuparon de condicionar esa elevación a las circunstancias del caso concreto.

El parágrafo 61 del proyecto alemán subordinaba la elevación de pena a que se le pudiera "reprochar al autor, a la vista de la clase y circunstancias del hecho punible realizado, el haber desatendido la advertencia de las anteriores condenas". Maurach, en estudio sobre las metas político-criminales que perseguía el proyecto, ejemplifica señalando que la elevación de pena no debería tener lugar cuando el tercer hecho se comete bajo el influjo de aguda necesidad, presiones exteriores, fuertes arrebatos o intensas pasiones (15).

En similar sentido se orientó el artículo 90 del Proyecto portugués. La agravación de la pena se hace depender de la demostración de que, al condenado por lo menos dos veces por delitos dolosos, "consideradas las circunstancias del caso concreto, no le sirvieron de prevención contra el crimen las condenas anteriores". El profesor Correia, autor del Proyecto, destaca que la comisión del nuevo delito puede no tener fuerza indiciante de falta de respeto o desatención de las condenas anteriores, como sucede por ejemplo, en caso de ter-

(14) Cit. por N. HUNGRÍA, *Comentarios ao Código Penal*, III, 2.^a ed. (Río, 1955), pág. 110.

(15) R. MAURACH, en *Verhandlungen des dreiundvierzigsten deutschen Juristentages*, I, 3, A (Tübingen, 1960), pág. 30.

cer delito cometido en exceso de legítima defensa. Precisamente por eso —advierde Correia— “parece adecuado, ante todo, hacer depender el funcionamiento de la reincidencia de la comprobación por parte del juez de que, atendiendo a las circunstancias del caso, las anteriores condenas no sirvieron al delincuente de prevención contra el crimen” (16).

En nuestro Derecho positivo —como puso de relieve Quintano— la apreciación de la reincidencia “tiene un carácter exclusivamente objetivo, medible burocráticamente por los renglones de las hojas de antecedentes penales” (17). Si a pesar de ello se persistiese en el intento de ver detrás de la reincidencia un tipo de autor, sería al precio de recurrir a una presunción. Habría que admitir que la ley presume *iuris et de iure* que la recaída en el delito, después de precedentes condenas, demuestra la existencia de un especial tipo de personalidad criminal. Pero operar con una presunción de esta índole resulta altamente insatisfactorio, y va en contra de la propia teoría de los tipos de autor, que no se complace con presunciones legales, sino que invoca realidades psicológico-naturalistas. Sirva de ejemplo la interpretación propugnada en Italia por Bettiol. A su juicio, el reincidente es un “tipo legal criminológico-represivo de autor”, y añade: “El tipo es indudablemente un tipo legal en cuanto es la ley la que lo diseña, pero el legislador se basa sobre una realidad psicológico-naturalista, la de la inclinación al delito, que el individuo ha dejado que se formase en su ánimo cuando hubiera podido evitarla” (18).

En el concepto de reincidencia que ofrece nuestro Código, falta como requisito esencial esta base psicológico-naturalista, que no siempre existe, y si nos empeñamos en afirmar lo contrario, caemos en una presunción tan inadmisibles desde el punto de vista criminológico como la que expresamente sentaron, entre otras, las Sentencias de 31 diciembre y 12 noviembre 1912: “Probado que el culpable fue anteriormente condenado por delito al que la ley señala igual o mayor pena, resulta evidenciada su habitualidad para la delincuencia”; “no obsta a su apreciación la antigüedad con que haya sido penado el culpable por diversos delitos, pues tal repetición de actos punibles demuestra de un modo evidente su habitualidad para la delincuencia”.

Que la reincidencia no presupone necesariamente habitualidad vino a reconocerlo expresamente la Ley de Vagos y Maleantes al referirse, en el apartado 1.º de su artículo 3 a “los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal”. Se admitía, de esta suerte, que hay reincidentes que no suscitan, siquiera a título presuntivo, la idea de habitualidad. Y en

(16) E. CORREIA, *Direito Criminal*, II (Coimbra, 1968), pág. 167.

(17) A. QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 239.

(18) G. BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, 7.ª ed. (Padova, 1969), pág. 598.

la misma línea se mueve la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al declarar en su artículo 4: "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".

La habitualidad criminal tiene su fundamento en aquélla ley biológica en virtud de la cual un acto, a medida que se repite, exige menos esfuerzo para ser realizado. Por ello no basta una multiplicidad de actos delictivos. Es preciso que la repetición se haya incorporado al carácter del sujeto, surtiendo el efecto propio de todo hábito. Llamamos hábitos —indica Lersch— a formas fijas, estereotipadas, de acción y de conducta que se constituyeron en el curso de la vida por la repetición, y que desempeñan un considerable papel en la vida psíquica, pues alivian la conciencia y dejan la atención disponible para nuevos objetivos y necesidades imprevistas (19). En consecuencia, el hábito criminal puede describirse como "la condición personal del individuo que con su persistente actividad criminal demuestra haber adquirido una notable aptitud para cometer delitos" (20).

La noción de reincidencia, tal como la define nuestro artículo 10, y la noción de habitualidad deben mantenerse separadas. La reincidencia puede engendrar o no hábito criminal. Por otro lado, la habitualidad no presupone la reincidencia, no sólo porque es incluso posible la existencia de habitualidad en delitos integrados por una pluralidad de acciones que forman, sin embargo, una sola infracción punible, sino además, por la sencilla razón de que si el autor habitual no ha sido anteriormente condenado, no se le puede calificar de reincidente.

La interesante Sentencia de 29 de abril de 1972 de la Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social, dictada bajo ponencia de Seijas Martínez, subraya la diferencia entre multirreincidencia y habitualidad en los siguientes términos: "Si bien es cierto que para apreciar la habitualidad no basta la repetición de infracciones punibles, sino que es necesario que esta reiteración haya creado una costumbre o hábito, de tal modo que constituya un elemento integrante de la manera de obrar o conducta del sujeto, esta circunstancia concurre en el encartado, lo que, indudablemente, no cabe confundir con la multirreincidencia que sus numerosos antecedentes penales le depara, que constituirá nota cualificadora para la agravación de la sanción penal que pudiera corresponderle en caso de subsiguientes infracciones delictivas, porque aun cuando ambos conceptos devienen en función de la repetición de un hecho, que es

(19) Ph. LERSCH, *La estructura de la personalidad*, II (Trad. Serrate Torrente) (Barcelona, 1959), pág. 495.

(20) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 6.^a ed. (Milano, 1969), pág. 523.

lo que constituye el común elemento objetivo de los mismos, y ambos, también, son determinantes de la conducta y actividad rebelde y antisocial del sujeto, integrantes del elemento subjetivo, igualmente común, sin embargo la multirreincidencia envuelve un concepto jurídico del que deriva la agravación de la pena, en tanto la habitualidad constituye un concepto social, que origina una medida de seguridad, previa declaración de peligrosidad del sujeto, como consecuencia del carácter antisocial y dificultad de enmienda, al recaer en el delito, haciendo de él costumbre, por lo que puede decirse que la habitualidad la constituye la costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, que viene a originar una determinada facilidad para la comisión de hechos punibles, y que nace en el sujeto por la existencia en el mismo de reflejos condicionados por los anteriores actos delictivos, por lo que, en definitiva, cabe afirmar que el delincuente habitual actúa obedeciendo a una interna tendencia criminal”.

En el Congreso penal y penitenciario internacional, celebrado en La Haya en 1950, Jiménez de Asúa proclamó que la reincidencia fue una noción jurídica muy importante en el pasado, como instrumento de agravación de la pena, pero que ahora, justamente a causa del progreso de la Criminología, aquélla noción se encuentra en retroceso. Lo que importa es atender a la tendencia criminal, a la delincuencia habitual o profesional que la repetición delictiva puede revelar. La criminología señala, en efecto, que la reincidencia o no tiene significado o si lo tiene es precisamente en cuanto índice revelador de un estado peligroso. Peligrosidad que deberá ser tratada—del tratamiento y liberación de los delincuentes habituales se ocupó ampliamente la Sección II del Congreso que acabo de citar, pero es un aspecto sobre el que no podemos detenernos ahora— con las adecuadas medidas de seguridad y corrección. De este modo, la Criminología denuncia al mismo tiempo la equivocación que supone reaccionar frente a la plurirreincidencia con la elevación de la pena (21).

Elevación de pena que aparece contraindicada, no sólo desde la perspectiva criminológica, sino también desde el punto de vista dogmático.

III. ASPECTOS DOGMATICOS

Conforme a los postulados de un Derecho penal de hecho y de acuerdo con la concepción retributiva de la pena, la gravedad de ésta oscilará al compás de la ilicitud del acto y de la mayor o menor culpabilidad del autor por haberlo realizado.

Desde este ángulo, la elevación de pena prevista para la pluri-

(21) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El delincuente habitual y el "recidivismo"*, en "El Criminalista", 2.^a serie, II (Buenos Aires, 1958), págs. 259 y sig.

rreincidencia aparece como un cuerpo extraño dentro del sistema acogido por nuestro Código. Ya Groizard lo percibió claramente y lo señaló así con el lenguaje propio de su tiempo: “He aquí —comentaba— un nuevo origen de aumento de pena: la pluralidad de delitos. Hasta aquí, las circunstancias examinadas han dependido siempre del hecho realizado. Han sido accidentes o han estado estrechamente relacionadas con el delito que se trataba de calificar. Ahora la responsabilidad viene de otro lado; surge de consideraciones independientes, de causas de todo punto ajenas al delito actual. La Ley va a ofrecer en estos números —advertía Groizard— un espectáculo al que no estábamos acostumbrados” (22).

Resulta obvio que el hecho del reincidente no presenta un mayor contenido de injusto que el hecho del no reincidente. Por ello, los esfuerzos para justificar dogmáticamente la elevación de pena discurren por el cauce de la culpabilidad. Y aquí tropezamos ya en primer lugar con la sin duda seductora —pero también artificiosa, como veremos seguidamente— teoría de la *culpabilidad por la conducción vital* (de culpabilidad de autor y culpabilidad de carácter hablan otros sectores doctrinales). A ella recurre expresamente, por ejemplo, para explicar la regulación del Código penal italiano, Bettiol. “El sujeto —escribe este autor— habría podido evitar, con un mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y, consiguientemente, que se formase en él la misma inclinación al delito. De suerte que él, a través siempre de la repetición de *acciones*, asumió un determinado *modo de ser* que postula una retribución mediante un aumento de pena por el ulterior delito cometido” (23).

La teoría de la culpabilidad por la conducción de vida suscita graves reparos que han hecho que no lograrse imponerse ni en la práctica ni en la doctrina de su propio país de origen, Alemania. Tal teoría se desarrolló en tiempos del nacional-socialismo como un intento para incorporar las figuras jurídicas que se mostraban dentro de Código como elementos espúeos, al genuino Derecho penal de culpabilidad. Se trataba de limitar de este modo, el Derecho penal del terror propio de la época. La teoría que estamos considerando fue uno de aquellos rodeos que bajo el nacional-socialismo urdieron la ciencia y la práctica alemanas para salvar la concepción de la pena como retribución justa y para no permitir que el sistema penal se convirtiera, incluso oficialmente, en un Derecho general de prevención del ánimo. Fue un esfuerzo para mantener dentro de los límites de un Derecho penal de culpabilidad un ordenamiento punitivo que, en realidad —como indica Maurach— se había apartado de la culpabilidad y se había entregado a la peligrósidad (24).

(22) A. GROIZARD, *El Código Penal*, I, cit., pág. 432.

(23) G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., pág. 598.

(24) R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (Trad. J. Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), I, pág. 77, y II, pág. 81.

El origen mismo de la teoría y sus motivaciones deben servir para hacernos sospechar que las figuras a las que pretende aplicarse no responden, en realidad, a los dictados de un auténtico Derecho penal de culpabilidad.

Por otro lado, se observa que la comprobación de la existencia de una culpabilidad de carácter haría preciso distinguir los casos en los que el hombre está en condiciones de superar los aspectos innatos de su carácter, sus taras hereditarias, sus anomalías biopsíquicas, de aquellos otros casos en los que carece de semejante posibilidad de superación. El cometido del juez, aun contando con todos los auxilios periciales imaginables, se convertiría en una misión prácticamente irrealizable, lo que de hecho daría lugar al nacimiento de criticables presunciones.

Añádase que en nuestro Derecho —según se deduce de la expresa declaración del artículo 1.º del Código penal— al autor del delito se le pena no por lo que *es* —no por ser más o menos perverso, más o menos rebelde, más o menos peligroso— sino únicamente por sus *acciones* y *omisiones*. Es cierto —como tantas veces se repite— que hecho y autor se implican mutuamente en una insuprimible relación dialéctica. Un hecho penal sin autor es tan inimaginable como un autor sin un hecho. Y es igualmente cierto que la personalidad del autor en cuanto aparezca *expresada* en el hecho puede —y debe— ser tomada en consideración a efectos de determinar la penalidad, pero siempre dentro de los márgenes penales ordinarios señalados para el hecho delictivo. En este sentido es inobjetable y resulta plausible la regla 4.ª del artículo 61 que remite a la mayor o menor gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Pero si en atención a la conducción vital del sujeto, quebrantamos los márgenes normales previstos para la comisión del hecho y le imponemos una pena superior, terminamos castigándolo, con este complemento, por lo que *es*, y no por lo que él *ha hecho*.

En el mes de marzo de 1971, algún diario madrileño daba la noticia, en su crónica de Tribunales, de que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, había impuesto la pena de dieciocho años y tres días al autor de tres falsificaciones de participaciones de lotería, a través de las cuales consiguió defraudar 453 pesetas (25). Se trataba —no es necesario advertirlo— de un plurirreincidente. El periódico destacaba la noticia, convencido de que produciría —como ahora se dice— impacto en la masa de lectores. Porque más allá de cualquier discusión teórica, la verdad es que el carácter retributivo de la pena tiene vigencia en la conciencia popular. Se sabe que la pena es un castigo proporcional a la gravedad del hecho, proporcionalidad que se rompe aparatosamente en casos como el mencionado, en los que se castiga al sujeto no sólo por lo que hizo, sino por lo que *es*. Estoy seguro que la impresión de la masa de lectores sería

(25) Diario "YA" del día 27 marzo 1971.

aún más profunda, si el periodista hubiese aclarado que el Tribunal sentenciador apuró su benevolencia y se movió sobre los mínimos legales.

Del desprestigio en que ha caído la teoría de la culpabilidad por la conducción de vida, nos da buena idea la posición adoptada en Alemania por la Gran Comisión que elaboró la reciente reforma penal. Resulta altamente significativo que en la exposición de motivos del Proyecto oficial de 1962 se haya indicado, en repetidas ocasiones, que el Proyecto repudia la idea de una culpabilidad por la conducción de vida. Uno de los puntos en que se insiste en ello, es precisamente el relativo a la reincidencia. Se pretende a toda costa fundamentar la elevación de pena para la plurirreincidencia en base a una mayor culpabilidad por el *acto aislado*. El hecho resultaría más culpable cuando se le pueda reprochar al autor el haber desatendido la advertencia que entrañan las condenas anteriores. La decisión de ejecutar el nuevo hecho sería más reprochable en tanto implica una falta de respeto por la advertencia contenida en las condenas precedentes (26). Habría así en el reincidente, frente al autor primario, una especie de “complemento de desobediencia” (27).

Tras esta construcción anida el equívoco a que puede dar lugar, si no se maneja con la cautela precisa, el concepto normativo de culpabilidad. Sin duda, la culpabilidad es reprochabilidad, pero no cualquier clase de reprochabilidad. Es el juicio de reproche que formulamos al autor basándonos en el *deber jurídico* de omitir la acción antijurídica. Más concretamente aún, en el deber jurídico-penal de abstenerse de ejecutar el hecho injusto. Porque, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la antijuridicidad —para la que es determinante el total ordenamiento jurídico— la cuestión de cuando se da culpabilidad debe contestarse atendiendo tan sólo al Derecho penal (28).

Pues bien, para justificar que la culpabilidad por el acto aislado es mayor cuando lo realiza un reincidente, no bastará invocar la desobediencia de éste o su falta de respeto ante las condenas precedentes, sino que será necesario demostrar que al reincidente incumbe personalmente un cualificado deber jurídico-penal más intenso de omitir el hecho. Aspecto que se silencia, porque, como es obvio, constituye un absurdo admitir que el reincidente esté jurídicamente más obligado a no matar, a no robar que el resto de los ciudadanos.

Con razón el Proyecto alternativo alemán prescindió de un párrafo correlativo al 61 que figuraba en el Proyecto oficial, y criticó a éste por la elevación de pena propugnada para la plurirreincidencia. Los autores del Proyecto alternativo destacaron que el oficial, pese a

(26) *Entwurf 1962* (Bonn, 1962), págs. 182-183.

(27) La expresión se utiliza en el *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1966), pág. 111.

(28) Cfr. R. MAURACH, *Tratado*, cit. II, pág. 52.

la referencia a “la reprochabilidad por haber desatendido las condenas anteriores”, no consiguió evitar el quebranto del principio de la culpabilidad por el hecho aislado, y cayó en la esfera de la expresamente repudiada “culpabilidad por la conducción vital”, creando la figura de lo que Bockelmann llamó “mini-delincuente habitual” (29). Téngase en cuenta, por lo demás, que, a la vista de nuestra regulación positiva, habría que hablar en todo caso de una “presunción de mayor culpabilidad”, porque “lo cierto es que basta con el dato objetivo de la anterior o anteriores condenas, para que su apreciación haya de verificarse ineludiblemente, sin que sean permitidas indagaciones de ningún género acerca de la conciencia y voluntad del sujeto en el momento de delinquir” (30).

A nuestro juicio, debe renunciarse al intento de explicar la función agravatoria de la plurirreincidencia desde la perspectiva de un Derecho penal de culpabilidad. Y esto hace, efectivamente, en nuestra patria, un sector doctrinal y cierta línea jurisprudencial, que invocan expresamente para fundamentar la elevación de pena, a partir de la segunda reincidencia, la mayor peligrosidad del autor (31).

Aparte de que tal invocación equivale a reconocer la quiebra de los principios propios de un Derecho penal de culpabilidad, semejante fundamentación tropieza con serias dificultades derivadas del mismo ordenamiento positivo español.

En efecto, el mismo ordenamiento reconoce expresamente en alguna ocasión que la reincidencia no siempre es signo de una mayor peligrosidad. Se deduce así, según hemos visto, por ejemplo, del artículo 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo texto hemos mencionado ya anteriormente. Por otra parte, el legislador declaró expresamente en el preámbulo de la Ley de 20 diciembre de 1952 que “la exclusión de los reincidentes y reiterantes del beneficio de la rehabilitación da por supuesto, de un lado, la idea de la imposibilidad de su regeneración que es contraria a los principios cristianos, y de otro, una *peligrosidad que no siempre existe*, sobre todo cuando ambas condenas son muy distantes en el tiempo”.

Obsérvese asimismo que la doctrina que apela a la mayor peligrosidad provoca otra consecuencia inadmisibles. En los casos en que los reincidentes sean declarados, conforme al artículo 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, peligrosos y se les aplique la correspondiente medida de seguridad, quienes fundamentan la elevación de la pena en la mayor peligrosidad, deberán admitir que de un idéntico y único presupuesto —peligrosidad del autor— se deriva la aplica-

(29) Vid. *Alternativ-Entwurf*, cit., pág. 111.

(30) M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, I (Barcelona, 1964), pág. 426.

(31) Así, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, I (Murcia, 1946), págs. 411-412, y, entre otras, sentencias 21 enero 1952 y 29 mayo 1964.

ción de dos sanciones: la elevación de pena en uno o dos grados y la imposición de la medida de seguridad.

Si bien es cierto que la doctrina de la mayor peligrosidad no puede fundamentar satisfactoriamente la elevación de pena en los casos de multirreincidencia, tiene, en cambio, el mérito de haber destacado el verdadero significado que ésta puede revestir: el de ser síntoma de un estado peligroso. Al mismo tiempo pone en evidencia que estamos aquí ante una pena por la peligrosidad y, por tanto, ante una pena injustificada.

IV. PERSPECTIVA POLITICO-CRIMINAL

Siempre que una regulación legal prescinde de las indicaciones criminológicas y desatiende los más elementales principios dogmáticos, el fracaso en cuanto a los objetivos político-criminales está prácticamente asegurado.

La obligación de imponer la pena superior en grado, hará que los Tribunales en muchas ocasiones, en aras de un elemental sentido de equidad, renuncien a hacer uso de la facultad que les reconoce el artículo 4 de la Ley de Peligrosidad Social. ¿Por qué? Porque como ya el aumento de pena previsto para la plurirreincidencia es, según hemos visto, una pena por la peligrosidad, decretar la imposición complementaria de medidas de seguridad, equivale a la imposición de una doble sanción en base al mismo y único presupuesto. Recordemos el caso anteriormente mencionado. ¿Cómo va a pensar el Tribunal que se ha visto obligado a imponer al autor de las falsificaciones y estafa de 453 pesetas dieciocho años y tres días, en declararle peligroso y decretar que cuando extinga esa pena, sea internado en un establecimiento de custodia para comenzar a cumplir una medida de seguridad?

La solución —de la que ciertamente no son responsables los Tribunales, sino la propia Ley— no puede ser más desacertada político-criminalmente. Mediante la obligatoria elevación de pena, se castiga lo que no se debe castigar y al renunciar a la imposición de la medida de seguridad se descuida lo que necesitaba tratamiento: la peligrosidad.

La multirreincidencia muestra inequívocamente el fracaso de los efectos de prevención especial de las penas anteriormente impuestas. Cuando se propugna como oportuna para combatir la plurirreincidencia una elevación de la pena, se olvida incompresiblemente que el grave error de la antigua política criminal fue, precisamente, el de suponer que la pena-retribución, especialmente exasperada en su afflictividad, podía extirpar la delincuencia habitual. Fue el gran fracaso de los clásicos, que los positivistas supieron aprovechar para combatir la pena y defender la necesidad de dar paso a todo un nuevo sistema penal, integrado únicamente por sanciones preventivas.

Ante el fracaso de la función de prevención especial de la pena que la plurirreincidencia revela, parece muy poco acertado que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención a través del mismo medio que fracasó ya con anterioridad.

Cuando la Ley, ante el demostrado fracaso de las penas anteriores, opta una vez más por la elevación de la nueva pena, puede decirse con Groizard que lo único que sucede es que los legisladores no han sabido desatar el nudo y lo han cortado (32).

(32) A. GROIZARD, *El Código penal*, I, cit., págs. 438-439.

La condena condicional en España

Apuntes para su historia

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMÁN

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *El "status" político y legislativo de la España de fines del XIX.* A) *La política "regeneracionista" del Gobierno Silvela.* B) *El panorama legislativo y doctrinal de fines de siglo en lo penal.*—II. *Primer planteamiento a nivel parlamentario de la condena condicional: Un debate en torno a las reformas presupuestarias de Villaverde. La intervención de don Segismundo Moret en el Congreso de los Diputados.*—III. *El primer "Proyecto de ley sobre la suspensión de la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez": EL PROYECTO TORREÁNNAZ.* A) *La personalidad política y labor legislativa de don Luis María de la Torre y de la Hoz.* 1.—El Proyecto del Conde de Torreánna: a) El ámbito de aplicación de la condena de ejecución condicionada. b) Criterio mixto de concesión de la condena condicional. 1) La idea de prevención general y el interés público. 2) La idea de prevención especial y la cláusula genérica de la "malicia excesiva". c) La exclusión de los llamados "delitos privados" y de las penas accesorias. d) La rehabilitación de los condenados condicionalmente. e) Los presupuestos legales de aplicación de la condena condicional. 1) La imputabilidad disminuida. f) El "tipo de la revocación" de la condena condicional. g) El período de suspensión. h) La no extensión de la condena condicional a las faltas. i) Conclusiones. 2.—El Dictamen de la Comisión acerca del proyecto de ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez. 3.—La discusión del Proyecto en el Congreso. El voto particular de don Trifino Gamazo al Dictamen de la Comisión.—IV. *El Proyecto MONTILLA Y ADÁN de Código penal. La intervención de don Constancio Bernaldo de Quirós. Razones de su inviabilidad.*—V. *El Proyecto de ley de reforma del Código penal de don Francisco-Javier UGARTE Y PAGÉS.*—VI. APÉNDICE I.—VII. APÉNDICE II.

I.—EL "STATUS" POLÍTICO Y LEGISLATIVO DE LA ESPAÑA DE FINES DEL XIX

El hecho incontestable de que el planteamiento de la condena condicional haya tenido lugar, por vez primera, en nuestro país durante el año último de la centuria pasada y en un momento histórico-político de singular importancia no es fruto del azar o la casualidad, ni se debe tampoco a la fuerza de movimientos de pretendido signo pseudo-correccionalista, cuya originalidad escasa y falta de coheren-

cia sistemática determinaron su difusa influencia en la legislación penal española de la época. De ahí que para comprender ese fenómeno original en nuestra patria sea menester echar una ojeada a la situación política y legislativa, especialmente en lo que toca al marco jurídico-penal, por la que atravesaba la España del último tercio del siglo, es decir, en el momento en que, en base y a impulso de las motivaciones ubicadas en el más acendrado utilitarismo, se planteó “la conveniencia” de introducir en el oxidado mecanismo de nuestra legislación penal una institución con la marcada finalidad de actuar como sustitutivo corrector del denostado con razón y no menos desacreditado indulto regio en su papel de “fuente de economías del presupuesto”, según ingeniosa y acertada frase de ARIAS DE MIRANDA (1).

A) La política “regeneracionista” del Gobierno Silvela

La España surgida del *desastre* ocasionado por la pérdida de las colonias y causa a la vez de uno de los movimientos crítico-literarios de mayor auge en su historia mostraba a gritos la necesidad de convocar unas Cortes Constituyentes elegidas libremente a fin de sondear la voluntad del país respecto a cómo debían ser asentadas las bases de la *regeneración* y vida nueva.

Sin embargo, el Gobierno de regeneración apareció viciado ya en su mismo origen, por cuanto el traslado del poder de manos de Sagasta —que, después de la crisis provocada el 27 de febrero de 1899 en la Alta Cámara por la petición de depuración de responsabilidades del Ejército y de la Armada solicitada por Martínez Campos, no podía vivir de la “conmiseración” de sus adversarios— a las de Silvela respondía perfectamente al consabido turno de los partidos, de modo que, a pesar de la base tan amplia y extensa (tanto que desbordaba los estrechos límites de su partido, la Unión Conservadora) del Gobierno Silvela —constituido el 4 de marzo de 1899 y en el que se contaban “los dos más conspicuos y fieles adictos a Silvela”, Dato y Fernández Villaverde (Ministros de Gobernación y de Hacienda, respectivamente), aparte del Marqués de Pidal (Fomento), Durán y Bas (Justicia) y el General Polavieja (Guerra)—, el Gobierno tenía ante sí una ardua y nada grata labor.

De la situación que el Gobierno Silvela se aprestaba a remediar da fe el discurso pronunciado por don Francisco en la Presidencia del Consejo el 31 de mayo, en el que “la verdadera revolución desde arriba” patrocinada por aquél venía a resumirse sobre todo en la política de austeridad que el Gobierno estaba dispuesto a poner en práctica. Eco resonante de la misma voz lo constituyó el habitual mensaje de la Corona leído por la Reina regente en la sesión de apertura de las Cortes —2 de junio—, donde resaltaba como “el más apremiante

(1) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII (Debate sobre la Ley de Presupuestos —Presupuesto del Ministerio de Gracia y Justicia—) [20 de noviembre de 1899], pág. 2354.

y difícil empeño que vuestro mandato os impone el de ordenar la Hacienda pública...". Y, en fin, el remedio aparece ya concretado en la reforma presupuestaria llevada a cabo por Villaverde, el cual dio ya el 17 de junio de 1899 lectura en el Congreso de los Diputados a su Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, si bien quedaban todavía por discutir otros proyectos relativos a diferentes sectores de la Administración Pública —a los cuales había hecho expresa referencia el discurso de la Corona— como eran, por ejemplo, los de reforma del Código Penal y del de Comercio, de las leyes del jurado, de la justicia municipal, etc. (2); en resumen, cuestiones todas ellas íntimamente vinculadas con el programa de política "regeneracionista" emprendido por el Gobierno de don Francisco Silvela.

B) *El panorama legislativo y doctrinal de fines de siglo en lo penal*

Generalmente cuando se tratan los temas de carácter jurídico y concretamente los de naturaleza jurídico-penal, suelen dejarse a un lado las implicaciones políticas y económicas que aquéllos llevan frecuentemente consigo. De ahí, pues, que las proposiciones de reforma legislativa postuladas única y exclusivamente en base a idearios plasmados en principios abstractamente formulados no tengan por lo general viabilidad práctica a causa de su falta de apoyo en la realidad para la que han sido pensadas.

En consecuencia, si es que puede hablarse de un *idearium* en la ciencia jurídico-penal española de fines de siglo, ése desde luego no llegó jamás a aflorar en propuestas pre-legislativas, habida cuenta de que incluso los dos proyectos más importantes de Código penal presentados al Congreso después de 1870 —el de ALONSO MARTÍNEZ (1882, 1887) y el de SILVELA (1884)— se deben, el primero a la inagotable labor legislativa personificada en un solo individuo, el más prolífico legislador que a lo largo de nuestra historia hayamos tenido (3), y el segundo presenta notables puntos de contacto con lo que, en

(2) ZABALA Y LERA, Pío: *Historia de España, Edad Contemporánea 1808-1923*, vol. II, Barcelona, 1930, 94 y 95; FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Historia Política de la España Contemporánea (1897/1902)*, Madrid, 1968, 223 y 224. Asimismo, véase, para lo relativo a las reformas deseadas y proyectadas en la administración de justicia, el *Proyecto presentado por el Ministro don Luis María de la Torre, modificando el Código Penal, las leyes de Enjuiciamiento criminal y del Jurado y la Orgánica del Poder Judicial, de 4 de noviembre de 1899* [en *Gaceta* del jueves, 9 noviembre 1899, pág. 489, y en *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. único al núm. 56, de 4 de noviembre 1899]; *Dictamen de la Comisión del Senado* de 15 noviembre 1899. En motivaciones económicas similares se inspiró el denominado Proyecto Maura y Montaner de 21 enero 1895, que rebaja ciertos delitos a la calidad de faltas.

(3) El Proyecto presentado el 17 de junio de 1880 por don Saturnino ALVAREZ BUGALLAL [del cual existe una edición titulada *Proyecto de Código Penal redactado por la Comisión de Códigos y presentado a las Cortes por el señor Ministro de Gracia y Justicia*, Madrid, Imprenta de Fortanet, calle de la Libertad, núm. 29, 1880] no merece, en materia de penas, que se haga mención de él, puesto que pocas modificaciones introduce en ese sentido.

realidad, será más tarde el programa de la escuela positiva italiana (4), lo cual no obsta en modo alguno a la originalidad del mencionado proyecto en algunos puntos, como en lo concerniente a la responsabilidad criminal directa de las personas jurídicas (5); mien-

Por el contrario, más meritorio es el Proyecto de Código penal presentado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, al Senado el 11 de abril de 1882 [*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Ap. 1.º al Núm. 79: Proyecto de ley, presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia, sobre autorización para plantear el nuevo Código penal*]; proyecto que aparece literalmente reproducido en *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Ap. 4.º al Núm. 10, 14 de diciembre de 1882*, si bien su debate queda suspendido hasta que de nuevo, el 19 de noviembre de 1886, presentó al Senado el Ministro de Gracia y Justicia, don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, 10 bases de un proyecto de Código penal con idéntico texto, y en 22 de marzo de 1887 se trate al Congreso de los Diputados [*Diario, Ap. 1.º al número 52*] el Proyecto de ley, remitido por el Senado, relativo a las bases para la reforma del Código penal, articulado en 15 bases. El Dictamen de la Comisión, referente al proyecto de ley, remitido por el Senado, relativo a las bases para la reforma del Código penal, emitido en el Congreso de los Diputados el 9 de mayo de 1887 [*Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso, Ap. 3.º al Núm. 86*] limita el número de las bases a 13 solamente.

En síntesis, el Proyecto consta de un total de 649 artículos, incluida la disposición final, y va precedido de un extenso preámbulo a su articulado. En su confección intervinieron, por otro lado, don José Aldecoa y Villasante, por entonces Magistrado de la Sala 2.ª del T. S. y nombrado en 1910 Presidente del Tribunal Supremo. *Vide, además, infra, pág. 312, nota 11.*

(4) El Proyecto Silvela fue presentado al Congreso de los Diputados el 29 de diciembre de 1884 [*Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Ap. 1.º al Núm. 54*] y simplifica, al igual que el de ALONSO MARTÍNEZ, las escalas penales, si bien “entiende que puede darse un paso en ese camino —el seguido por el Código penal de Holanda de 1881— de progreso europeo, suprimiendo de la actual escala penal la reprensión pública y la privada y la degradación como pena, quedando ésta reducida a ser condición para ejecutar la sentencia, cuando sean castigados eclesiásticos o militares...” *Cfr. Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Ap. 1.º al Núm. 54 [1884], pág. 7.*

En ambos proyectos se preceptúa el abono de la prisión preventiva al reo, lo que constituye una novedad digna de loa, pues dicho problema no volverá a plantearse hasta inicios del siglo xx. *Cfr. Proyecto de Código Penal, Imprenta Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1882; SILVELA, Fco.: Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes en 27 de diciembre de 1884, Madrid, 1885.*

(5) Basta una ojeada a la legislación comparada de la época para apreciar de inmediato que el Proyecto SILVELA representa uno de los primeros pasos pre-legislativos dados en el continente europeo sobre el espinoso camino de la incriminación o la punición de las sociedades, asociaciones, empresas, corporaciones, etc. Así lo reconoce HAFTER, para el cual, el proyecto debe calificarse, a este respecto, como la aparición más digna de constatarse en el movimiento doctrinal que afirma la capacidad de acción, de voluntad, de delito y de pena de las personas jurídicas. *Cfr. HAFTER, E.: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlín, 1903, págs. 34, 35 y 36.*

Lo verdaderamente importante, a mi juicio, es que, en esta materia, el proyecto va aún hoy en día por delante de la mayor parte de las legislaciones europeas vigentes, por cuanto opta expresamente por el denominado principio de la responsabilidad penal directa o “personal” de las corporaciones, de neta factura anglosajona (*personally corporate liability*). Véase, a este respecto, mi comentario con notas bibliográficas al libro de LEIGH, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, en *ADPCP.*, t. XXV, I (1972), 181 ss., esp. 185, 186 y 187.

tras que los proyectos restantes se reducen a simples intentos de reformas parciales (6).

Si tomamos, por consiguiente, en consideración el notable retraso de que adolecía la legislación penal española de la época, no debería resultarnos extraño que tanto en ninguno de los dos proyectos antes mencionados como tampoco en los restantes de reforma parcial haya encontrado acogida la institución de la condena condicional; a lo que debe agregarse, sin duda, la mala prensa que, de haberse planteado en esa época la condena condicional, habría tenido ésta, ya que, tal vez, se hubiera visto en ella una nueva modalidad más de los desacreditados decretos de indulto, tan dura y razonadamente criticados y causa de que ya a partir de nuestro primer Código Penal, el de 1822, se estableciesen, aunque sin conseguirlo entonces por perecer el Código con la caída del período constitucional en 1823 (7),

(6) Los restantes proyectos de finales de siglo, de los cuales únicamente llegó a ser presentado al Senado el de don Antonio Maura y Montaner [*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Proyecto de ley, presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia, introduciendo reformas en el Código penal, en las leyes orgánicas del Poder judicial y en las de enjuiciamiento civil y criminal*, Ap. 1.º al Núm. 44, 21 de enero de 1895, cuya esfera de reforma en lo penal afecta a la rebaja de algunos delitos a la calidad de faltas, aparte de la creación en su art. 2.º del delito de defraudación del impuesto de consumos ejecutada a mano armada o tumultuariamente, o por quien fuere reincidente, siendo, en suma, motivados por causas de evidente índole económica...], no introducen en nuestra materia novedades dignas de mención. El discutido, por no haber sido presentado a las Cortes, ni publicado con posterioridad, proyecto de Código penal de don Raimundo Fernández Villaverde (1891), que no fue presentado en ninguna de las Cámaras legislativas [lo único que a este respecto he podido encontrar es un "R. D. autorizando al M. de Gracia y Justicia para que presente a las Cortes un proyecto de ley estableciendo bases para la reforma del Enjuiciamiento criminal, de 14 de junio de 1891, en *Gaceta*, núm. 181, de 30 de junio de 1891, págs. 1023 ss.], admite el abono de la prisión preventiva, según informa José GONZÁLEZ MIRANDA y PIZARRO, en su tesis doctoral sobre *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código vigente, Discurso leído y mantenido en la Universidad Central el día 2 de julio de 1902 para obtener el grado de doctor en la Facultad de Derecho*, Madrid, Imprenta de los Hijos de M. G. Fernández, 1907 (pág. 38), el cual, por cierto, cita en las págs. 40 y 41 algunas reformas o intentos de reforma llevados a cabo por el Conde de Torrénaz, pero olvida mencionar el Proyecto Torrénaz de 1900 sobre condena condicional.

(7) El Código penal de 1822, en el capítulo X ("De los indultos") del Título Preliminar, establece una normativa claramente dirigida a limitar la regia prerrogativa del indulto, al disponer en su art. 158 que "ningún reo puede obtener indulto particular sino después de haber sido condenado por sentencia legal que cause ejecutoria", excluyendo, además, del indulto particular los arts. 160, 161 y 162 a una serie bastante amplia de delitos, a los reos de reincidencia y los supuestos en que no preceda el perdón del agraviado o de sus herederos, etc.... Lo cual no es obstáculo a la facultad otorgada al Rey por el art. 167 para que "en las faustas ocasiones de su advenimiento al trono, o de su casamiento, o el del Príncipe de Asturias, o del nacimiento de algún Infante, o de la conclusión de algún tratado de paz, pueda conceder, oyendo también al Consejo de Estado (art. 166), indulto general en favor de todos los que hayan delinquido, y no estén sentenciados hasta aquella fecha, de modo que cause ejecutoria; excluyéndose siempre los reos de alguno de los delitos exceptuados en los arts. 160, 161 y 162, además de los que S. M. tenga a bien

limitaciones a la regia prerrogativa del derecho de gracia, que, por cierto, venía a plasmarse en nuestra patria en “una ilimitada prerrogativa del abuso de la gracia”; límites que encontraron su más fiel exponente en el Real Decreto de 7 de diciembre de 1866 —*Gaceta* del 11 de noviembre del mismo año (8)—, firmado por el Ministro de Gracia y Justicia, don Lorenzo Arrazola, prohibiendo la concesión de indultos a penas no ejecutoriadas, así como el curso de solicitudes colectivas o de muchedumbres y los indultos generales entre otras prácticas abusivas de ese instituto.

Ello no obstante, de la situación en que se hallaba nuestra legislación hacia finales del siglo XIX da una idea bastante exacta el hecho de la vigencia de un Código penal —el de 1870— aprobado provisionalmente en un afán de proteger la Constitución de la revolución de

excluir del indulto, según las circunstancias”. En este último supuesto de indulto general estamos ante un caso cierto de “*abolitio paschalis*” del Derecho romano o, si se prefiere, de un “*lectisternium*”. Sobre las discusiones habidas en las Cortes sobre el mencionado cap. X del Título preliminar, vide: *Gaceta de Madrid*, Núm. 4, viernes 4 de enero de 1822, págs. 22 y 23; asimismo: *Diario de las discusiones y Actas de las Cortes Extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código Penal*, t. II, Imprenta Nacional, Madrid, 1822. Aunque, a decir verdad, el título referido fue aprobado casi sin discusión.

(8) No deja de resultar sorprendente la ausencia casi total que en la doctrina penal de nuestro país se observa de remisiones directas al *Real Decreto de 7 de diciembre de 1866* —*Gaceta* Núm. 1.345, martes 11 de diciembre de 1866—, firmado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, don Lorenzo Arrazola, siendo así que constituye una gran novedad tanto por lo exhaustivo y casuístico de su regulación. Como por entrañar la más dura crítica que en un texto legal (concretamente en la *Exposición a S. M.* que precede al texto del R. D.), se haya hecho en nuestra patria a los denostados *indultos generales inmotivados*. Incluso, actualmente, en un artículo sobre el tema (RODRÍGUEZ FLORES, M.^a Inmaculada: *El Indulto Penal, en Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, 110 ss., esp. 113), se dedican única y exclusivamente cinco líneas a “un proyecto en el que —dice la autora del citado artículo— se exponen a Isabel II los graves inconvenientes que suponía la concesión desmedida de indultos; esto —prosigue— fue el Decreto de 7 de diciembre de 1866”, etc.

Sin embargo, parece que no se trata de un proyecto, sino de un Real Decreto, precedido de una *Exposición a S. M.*, por cuanto parece que el mencionado cuerpo legal estuvo en vigor hasta que se publicó la ley de 1870 regulando el derecho de indulto, según reconoce, entre otros, el gran especialista que en la materia ha sido don Fernando CADALSO, en *La Libertad Condicional. El Indulto y la Amnistía, con un Apéndice relativo a la Condena Condicional*, Madrid, 1921, 204. Aunque el último inciso de la *Exposición* que precede al Decreto habla textualmente de someter a S. M. “el siguiente proyecto de Decreto”, parece que este texto estuvo en vigor, pues así lo reconoce también y da como vigente durante un cierto espacio de tiempo Emilio BRAVO: *La gracia de indulto*, Madrid, 1889, 15 y 58 y ss. Prohibiendo expresamente el citado R. D. en su art. 1.^o la concesión de indulto a penas no ejecutoriadas sino en casos extraordinarios, y aún así por acuerdo expreso del Consejo de Ministros, digamos, además, que el objeto de la crítica contenida en la citada *Exposición a Su Majestad* no es otra cosa que “*la generalizada petición de indultos a prevención o de penas no ejecutoriadas..., llegando el abuso ya a tal punto, que no sólo pendiente la tercera instancia o la segunda, sino la primera y aún sin concluir el sumario, se solicita el indulto, o desde luego o para cuando se imponga la pena, como si el fin del indulto fuera ya no sustraer a la pena, sino al juicio*” (!).

septiembre y cuya característica más sobresaliente era —y sigue siendo, en este aspecto— la construcción de las reglas de ejecución de las penas privativas de libertad como si de un sistema logarítmico se tratara, dando al traste, en suma, con cualquier intento de individualización judicial, al restringir al máximo el arbitrio del juez; males de un legalismo excesivo que arrastramos todavía en la actualidad (9), por cuanto el referido cuerpo legal, salvo en el interregno del Código de 1928 y la breve reforma de 1932, sigue aún coleando en nuestros días mutilado y desfigurado por sucesivas reformas parciales, fruto más de las necesidades urgentes que acaban siempre por prevalecer que de una obra legislativa meditada y madura. Era, pues, lógico en cierto modo que en tal esperpento “destilador” de penas no tuviera acogida posible la moderna institución.

Sin embargo, la disculpa fundamentada en consideraciones de orden cronológico —el primer proyecto francés sobre la condena condicional fue presentado al Parlamento del país galo por René BERÉNGER el 23 de mayo de 1884, siendo aceptado en líneas generales por Bélgica el 31 de mayo de 1888, “*loi établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal*” patrocinada por el Ministro LE JEUNE, y en Francia por la “*Loi du 26 mars 1891 sur l’atténuation et l’aggravation des peines*” [*Loi Berénger o Loi du sursis*] (10)— que podría aducirse en descargo de la

(9) “En el aspecto técnico, el juicio debe ser menos favorable —dice ANTÓN ONECA, refiriéndose a la reforma penal de 1870, en *El Código penal de 1870, spta.* del ADPCP., 1970, 250 y 251—: 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...*, y, prosigue ANTÓN ONECA, si bien “el Código de 1848 se había engendrado en una época de fuerte tensión contra 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*”.

(10) *Documents du Sénat, session de 1884. n°s 159 et 159 rectifié.* Cfr. LOCARD, Henri: *Commentaire de la Loi du 26 Mars 1891 (Loi Berénger) sur l’atténuation et l’aggravation des peines*, París, 1891, 1; VERNHES, Charles: *Du Sursis et de son introduction dans la Législation criminelle française par la loi du 26 Mars 1891*, THÈSE, París, 1899, 44 ss.; GEORGE, L.: *Du Sursis conditionnel à l’exécution de la peine (loi du 26 Mars 1891) et de la libération conditionnelle (loi du 14 Août 1885). Etude de droit français & de droit comparé*, París, 1895, 129 ss.; RAPPAPORT, Emil-Stanislaw: *La Loi de Pardon. Etude analytique des projets français*, París, Neuchatel, 1911, 31 ss.; GRÜNHUT, Max: *Bedingte Verurteilung*, en *ZStW.*, 64 (1952), 127 ss., esp. 129; LAJOYE: *La loi du pardon*, 1882; WORMS, E.: *Les condamnations conditionnelles suivant la loi française et les lois étrangères*, thèse, París, 1891; NÉGRE ET GARY: *La Loi Berénger et ses applications*, 1891; FELISCH: *Über das französische Gesetz von 1891 (La loi sur l’atténuation et l’aggravation des peines)*, en *ZStW.*, 12 (1892), 357 ss.; TREPPOZ: *Etude theorique et pratique sur les condamnations conditionnelles (loi Berénger)*, thèse, Lyon, 1894; MERINOUD: *Du Sursis à l’exécution des peines*, Lausanne, 1895; MORNET: *De la suspension conditionnelle des peines en cas de première condamnation*, thèse, París, 1895;

falta de presencia de la moderna institución en los proyectos de ALONSO MARTÍNEZ y de SILVELA, preocupados ambos por “extender algún tanto el arbitrio judicial para que dentro del género estimen y aprecien el delito en sus notas y caracteres individuales”, según declara la Exposición de Motivos del primero, y en reducir el número de las penas establecidas en el Código (11), no cabe extenderla, en cambio,

MEGE-LAVIGNOTTE, L.: *Du sursis à l'exécution des peines tel qu'il a été introduit dans la législation française par la loi du 26 mars 1891*, thèse, Poitiers, 1902; CLAVIER, H.: *Le sursis à l'exécution des peines*, thèse, Paris, 1908; MAHOUDÉAU: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, Paris, 1891; BREGEAULT: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, Paris, 1891. Sobre la ley belga “*établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal*” (ley núm. 218 de 31 de mayo de 1888). Cfr. Von LISZT: *Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung*, en *VDA.*, III (1908), 22, parágrafo 3: “*das belgisch-französische System der b. V.*”; *Die bedingte Verurteilung in Belgien*, en *Beilagen des XIV Bandes der ZStW.*, 14 (1894), 269 ss.; *Recueil des documents parlementaires et discussions relatifs à la loi du 31 mai 1888*, publié par le gouvernement belge, Bruxelles, 1888; PRINS, A.: *La loi sur la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles en Belgique*, en *Révue Penitentiaire*, 1888, 934 ss.; *Révue Penitentiaire*, 1889, 183.

(11) Así, en el Proyecto de ALONSO MARTÍNEZ se suprime, por ejemplo, el artículo 2.º del C. p. de 1870, “cuyo párrafo primero es innecesario y revela cierta dureza en la previsión de la ley, con lo cual se contraría o niega, en parte, el principio de interpretación favorable... Por lo tocante al segundo, *la gran latitud que se da a la medida de la pena y al arbitrio judicial* parecen suficientes garantías...”. “Otras correcciones se hacen en algunas de las circunstancias atenuantes del Código en vigor, con tendencia manifiesta, pues tal es uno de los caracteres de la presente reforma, a extender algún tanto el arbitrio judicial.” “La escala penal es objeto de un cambio radical y profundo, puesto que desaparecen del Código más de la mitad de las penas anteriormente establecidas”, ya que, según los razonamientos del insigne legislador, muy a los comienzos de regir el Código penal de 1848, observadores imparciales hicieron notar la imposibilidad material de cumplirlo, porque requería infinitos establecimientos penales de diversas clases y categorías... y así aconteció que las miras del legislador y los preceptos del Código fueron y son todavía *letra muerta*. Puestas sus miras en las modernas tendencias hacia la unificación de las penas, pretender realizar la reforma penitenciaria manteniendo en el Código una escala de penas extensa —declara la Exposición de Motivos— sería obra inútil y rayaría en temerario empeño”. Por otro lado, junto a otras novedades, introduce el proyecto el cómputo de la prisión preventiva (art. 38), haciéndose alguna reforma de cierta entidad sobre todo en cuanto concierne a la detención por insolvencia, cuyo *máximum* de tiempo se reduce prudentemente, etc. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 1.º al núm. 79 [1882], págs. 4 y 5.

Por su parte, el Proyecto SILVELA tiende, asimismo, a una simplificación de las escalas penales, pues, “a juzgar por el texto de nuestra legislación penal, la variedad de nuestras escalas excede a la de todos los Códigos que nos son conocidos; bien es verdad que esa triste riqueza ha sido siempre más nominal que real, pues desde la promulgación del Código de 1848 no han tenido sus preceptos aplicación completa en cuanto se refiere a las penas de privación de libertad y sus múltiples clasificaciones...”. Y aunque el ideal lo cifra SILVELA en la Escuela del alemán RÖDER, “fijando el legislador la clase de pena y quedando al arbitrio judicial su duración o cuantía, no siendo precisas ni escalas ni gradaciones...”, no puede hoy negarse —aun sin que quepa lugar a tales extremos— que “la práctica legislativa penal se inclina decidida y universalmente por esta tendencia, buscando la individualización del castigo por

a los posteriores proyectos de reforma, en los cuales tampoco se hace mención alguna sobre la condena condicional, porque, al fin y a la postre, las preocupaciones del legislador español eran muy distintas e iban por un camino muy diverso al recorrido por la ciencia penal europea de finales del siglo XIX. De idéntico modo que tampoco existe justificación —como no sea el enorme retraso de nuestra doctrina y legislación penales— para la nula acogida que los intentos franceses y belgas recibieron tanto en la doctrina como en la legislación patria de esa época, salvo, claro está, alguna escasa y honrosa excepción (12).

En síntesis, en la época posterior a la entrada en vigor del Código de 1870 la tan cacareada reforma del texto penal se redujo durante

medio del prudente arbitrio del juzgador". Consecuencia de tales premisas es el establecimiento de la "sujeción a la vigilancia de la autoridad, que no tiene carácter de pena", pues es una relación excepcional que se establece entre el Estado y el individuo como defensa y prevención contra los actos de éste. Pese a todo, suprime de la actual escala penal la represión pública y la privada y la degradación con pena y, además, no puede mostrarse más retrógrado en lo que a materia de perdón se refiere, pues afirma: "Si razones de prudencia no permiten aún suprimir las penas de prisión perpetua, y así lo reconocieron los autores de aquel proyecto (ALONSO MARTÍNEZ), no se explica bien cómo se entrega a un tribunal, por autoridad plenamente delegada, una porción tan considerable del derecho de gracia que por el art. 54 de la Constitución de la Monarquía corresponde al Rey; y si bajo ese punto de vista constitucional la cuestión es grave, no parece más justificada en el terreno práctico, pues el tribunal sentenciador por sí solo sin forma de juicio, no es fácil que reúna los medios y condiciones necesarios para ejercer una función de carácter tan notoriamente gubernativo como es el indulto". Crítica, en este punto, SILVELA el art. 39 del Proyecto ALONSO MARTÍNEZ, que permite al tribunal sentenciador declarar extinguida a los treinta años de su cumplimiento las penas de reclusión o inhabilitación perpetuas, a no ser que por la conducta de los reos, o por otras circunstancias apreciadas con vista de los antecedentes necesarios, no les consideren acreedores a este beneficio". Las consideraciones críticas que sobre materia de perdón o indulto hace Silvela son de la mayor importancia, por cuanto se reflejarán de nuevo en la crítica que don Trifino Gamazo dirigirá al Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz sobre condena condicional (1900). En torno al Proyecto Silvela, vide: *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 54 [1884], esp. 6, 7, 8 y 9. Acerca de los dos proyectos aludidos y de los restantes de finales de siglo, véase el excelente estudio realizado por ANTÓN ONECA, J.: *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, en *ADPCP.*, t. XXV, II (1972), 249 ss.

(12) Hago referencia, por supuesto, a don Constancio BERNALDO DE QUIRÓS: *Las Nuevas Teorías de la Criminalidad*, 1.ª ed., Madrid, 1898, 260 ss., donde trata de la condena condicional en el sistema norteamericano y en el franco-belga de un modo sistemático muy meritorio. En la 2.ª ed. de la misma obra, publicada en Madrid, 1908, subsiste esencialmente el contenido de la primera en lo concerniente al tema. Ningún otro autor español hasta 1900, según mis noticias, se ocupará del tema sustancialmente. Por otro lado, subrayemos el innegable valor que aún posee el librito de nuestro olvidado BERNALDO DE QUIRÓS, puesto que en la 8.ª edición del Tratado de SUTHERLAND & CRESSEY: *Criminology*, Philadelphia, New York, Toronto, 1970, en la nueva selección bibliográfica hecha por el discípulo de SUTHERLAND (vide, pág. 53, nota 8), sigue ostentando un puesto de primer rango la traducción que del librito del malogrado y desaparecido criminólogo español hiciera Alfonso SALVIO, bajo el título *Modern Theories of Criminality*, Boston, 1911.

todo el tercio del siglo a meros parches encaminados, antes que nada, a remediar situaciones criminales emanadas del problema político-social o de carácter esencialmente económico en un afán de ahorrar dispendios a la muy depauperada administración de justicia y penitenciaria (13). El krausismo correccionalista, si es que llegó a darse como sistema, no ejerció, empero, influencia alguna en la legislación penal; puesto que, aun reconociendo el influjo que como sistema filosófico-político tuviera el krausismo en nuestro país, concretamente en el ideario de hombres como Salmerón, Giner de los Ríos, Sanz del Río, etc., e incluso a la cabeza del Proyecto de Constitución Federal de la República española, de 17 de julio de 1873 —“Toda persona encuentra asegurado el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena” (13 bis)—, lo cierto es que en el campo jurídico-penal, “el pensamiento de los penalistas españoles, corrientemente llamados correccionalistas, al menos el de los más importantes, fue marcadamente ecléctico”, ya que sin duda “prestaron —subraya ANTON ONECA— acatamiento inicial a la escuela entonces en boga, porque lo estuvo dentro de un sector importante de

(13) La mayor parte de las reformas que se introducen en la administración de justicia e incluso en el Código penal vienen motivadas por razones de “ahorro presupuestario”. Véase, en este sentido: *Crónica de la Codificación española, I. Organización Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, 133 ss., esp. 163 ss., 196 ss.

Por otro lado, la presentación y discusión de una “Proposición de ley, del señor Casado y Sánchez, sobre reforma del art. 516 del Código penal relativo al bandolerismo”, que dio lugar a la “legalización” de la, hasta entonces de facto, ley de fugas, mediante un Proyecto de ley, aprobado definitivamente, dictando algunas disposiciones para reprimir el bandolerismo, el 13 de diciembre de 1876 y puesto en vigencia en 1877, dio casi tanto juego parlamentario o más que el Proyecto ALONSO MARTÍNEZ y, por supuesto, que el Proyecto SILVELA. Vide: *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 3.º al núm. 69, 23 mayo 1876; núm. 93, págs. 2361 ss.; Ap. 7.º al núm. 123, 14 de noviembre de 1876; núm. 127, págs. 3549 ss.; Ap. 1.º al núm. 137, 2 diciembre 1876; núm. 145, págs. 3996 s.; Ap. 6.º al núm. 145.

En lo que respecta a la situación penitenciaria por la que atravesaba el país, la Exposición de Motivos del Proyecto ALONSO MARTÍNEZ da una idea exacta ínsita en las palabras: “La insuficiencia, por no decir falta de sistema penitenciario, pues tal nombre no ha de profanarse aplicándolo a establecimientos de régimen continuo en aglomeración...” Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 1.º al núm. 79 [11 de abril de 1882], pág. 2.

(13 bis) El Título Preliminar del Proyecto de Constitución Federal, presentado a las Cortes el 17 de julio de 1873, comenzaba: “Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales...: núm. 8.º—El derecho a ser jurado y a ser juzgado por los jurados; el derecho a la defensa libérrima en juicio; el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena.” “Estos derechos —concluye el referido Título— son anteriores y superiores a toda legislación positiva.”

Acerca de tales derechos, calificados ya por los asambleístas de 1869 como “derechos ilegislables” y por Sagasta de “derechos inaguantables”, vide el exhaustivo tratado de José María MAÑAS: *El libro del buen ciudadano (Repertorio del derecho político español)*, Madrid, 1869, incluyendo en 2752 páginas el texto y las discusiones habidas en nuestras Cortes, a partir de la de 1812 hasta la de 1869 inclusive, esp., páginas 638 ss., 690 ss., 1130 n. y 1449 ss.

la intelectualidad española el krausismo, del cual era hija la doctrina alemana de la "mejora". Pero, al desarrollar su pensamiento propio, se dejaron llevar por el buen sentido; con lo cual vinieron a continuar, más que la doctrina de Röder, la tradición española de los varios fines de la pena" (14). Para cerciorarse de ello basta examinar los proyectos de reforma llevados al Congreso en ese espacio de tiempo. Por otro lado, el infructífero sistema del turno de los partidos dio al traste con la posible viabilidad de los proyectos más certeros, como es el caso del de ALONSO MARTÍNEZ.

Poco más puede decirse de la situación de la doctrina penal de fines del XIX, época en la que aquélla, encasillada y aherrumbrada en el oxidado texto del Código, dejó en su mayor parte pasar por su lado las novedades o corrientes más importantes producidas en el Derecho penal comparado para seguir aferrada a las no siempre puras construcciones tradicionales, o, en fin, para, llegado el momento de introducir alguna institución novedosa en nuestro sistema legislativo, afirmar: "Eso hace ya siglos que estaba en nuestras leyes patrias", como es el caso de algún renombrado autor, en lo que hace referencia a los orígenes de la institución de la condena condicional (15).

(14) Es frecuente, en la actualidad, hablar de "una escuela correccionalista" como la propia y característica escuela penal española; afirmación que considero del todo inexacta, aunque haya de considerarse la influencia del krausismo, a través del correccionalismo, en ciertos autores españoles, como sucede, por ejemplo, en el caso de Dorado Montero, que pese a ser "hijo respetuoso de la escuela correccional...", prevaleció en él la influencia positivista", como muy bien ha puesto de relieve ANTÓN ONECA, en *La Teoría de la Pena en los correccionalistas españoles*, en *Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, II, Santiago de Compostela, 1960, 1024 y 1025.

Digamos, por otra parte, que el mejor y más completo trabajo de investigación que hasta la fecha se ha publicado sobre Karl David Röder [hombre netamente influido por la filosofía del alemán Karl Christian Friedrich KRAUSE, filósofo casi desconocido, por incomprensido en el sentido estricto del término, en su país y autor de *Das System der Rechtsphilosophie. Vorlesungen für Gebildete aus allen Ständen*, 1874, edición dirigida por el propio RÖDER], es una tesis doctoral alemana de SCHWIETERS, Joseph: *Karl David August Röder. Ein biographischer Beitrag zur Geschichte des Strafvollzugs des 19. Jahrhunderts*, Inaugural-Diss., Münster, 1964, obra en la que aportando incluso documentos manuscritos por el propio RÖDER, aparece toda su vida y obra expuestas con máximo detalle. Su teoría de la *Besserung* es estudiada a fondo (págs. 90 ss.); asimismo es considerada la influencia que en su espíritu ejerció KRAUSE (37 ss.), para finalmente examinar a RÖDER ensamblado en la literatura de su época tanto en Alemania como en el extranjero, dedicando especial mención a España y a los autores españoles influenciados por el alemán.

Sobre el krausismo en nuestro país, *vide*: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte. Eine Sammlung von Verträgen und Schriften aus dem Gebiet der Philosophie und Geschichte*, t. 64, Tübingen, 1937; MARESCA, Mariano: *Aportación a una bibliografía del Krausismo español*, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 11, fasc. 2 (1971), 281 ss.

(15) En este sentido, después de afirmar SALDAÑA que "en el (concilio) de Coyanza (a. 1050), reinando Fernando I de Castilla, aparece una forma de *condena condicional*, llevando como supletoria de la pena, la penitencia", destaca con mayor énfasis, si cabe, que "en el ejercicio de la gracia o perdón, la Iglesia —aplicando siempre el sano principio de la *individualización del*

Un ejemplo acreditativo de lo dicho se encierra en las palabras proferidas por CANALEJAS en su *discurso* pronunciado ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación —1905— al referirse al *Derecho premial*, de tan fuerte arraigo en la filosofía jurídico-penal de Jeremy BENTHAM: “Pero la atribución de premiar conferida al mismo Poder judicial que castiga no se ha intentado aún, si bien no faltó quien ya hace años quisiera llevar a la esfera de los Tribunales la recompensa de la virtud anterior al delito, aplazando o eximiendo de cumplir la pena impuesta por la primera sentencia, y la recompensa para la abnegación rehabilitadora acreditada durante el cumplimiento de las condenas.” “Aludo —prosigue el insigne político español— a reformas que preparé como Ministro de Gracia y Justicia y de que hice mérito en mi discurso de apertura de los Tribunales en septiembre de 1889” (16). Y, en una nota a pie de página, aporta información sobre el movimiento legislativo europeo en favor supuestamente de la condena condicional. Mas lo cierto es que el meritorio y progresista discurso a que hace referencia su autor no alude en modo alguno a la condena condicional. Por el contrario, se trata en él de “reivindicar la verdadera finalidad correctiva y moralizadora de la gracia, que no ha de buscar en datos extraños al delincuente la justificación del beneficio a éste otorgado”, pugnando, en definitiva, por la posibilidad de *condicionar* no ya la concesión, sino la eficacia

delito— concede un amplio arbitrio a los inquisidores para que éstos apliquen el perdón..., según la *calidad de las personas y la calidad de los crímenes*, “precepto más amplio que el inglés” (!). Cfr. SALDAÑA, Q.: *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de Fr. Von LISZT, Madrid, Reus, t. I, 3.ª ed., sin fecha, págs. 301 y 385, notas 1 y 2, donde quizá como consecuencia del apasionamiento, no compensado en este caso por la información, osa comparar un precepto de las *Instrucciones* de Torquemada (!) con el articulado del *Probation of Offenders Act de 1907*; cuya preceptiva, concretamente la sección 1.ª, subsección 2.ª, trasladada al castellano en la nota 2, sin que, a decir verdad, se corresponda su contenido con el contenido real del mencionado precepto del *Act inglés*, modelo, por otro lado, en materia de condena condicional y *probation system*.

(16) *Discurso leído por el Presidente Excmo. Sr. D. José Canalejas y Méndez en la sesión inaugural de 1904-905*, celebrada el 28 de marzo de 1905, bajo la presidencia de S. M. el Rey D. Alfonso XIII, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 66 y 67, nota 1. A la pág. 66 expresa el insigne político: “¿Por qué estimulando, y cuando fuere necesario, supliendo, las manifestaciones de la gratitud individual o colectiva, no ha de acoger el Estado entre sus instituciones ético-jurídicas las de un nuevo *derecho premial*?” Por otra parte, en la pág. 67, nota 1, expresa que el *Consejo Penitenciario español* estudia actualmente un *proyecto sobre condena condicional*, habiendo encomendado la ponencia a los señores Montero Ríos, Capdepón y al catedrático de la Universidad de Madrid, señor Valdés Rubio. Proyecto que, a pesar de mis intensas investigaciones, no he podido hallar. Pese a todo, de la importancia de estas dos páginas del discurso de Canalejas da fe el influjo ejercido por su contenido en un trabajo realizado por el entonces incipiente penalista Luis JIMÉNEZ DE ASÚA: *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, Madrid, Reus, 1915. Aun más: el ejemplar del referido discurso que he utilizado —perteneciente hoy a la biblioteca del Instituto de Estudios Jurídicos, Sección de Derecho Penal, con la *signatura J. IV, 20*— está acotado y anotado en las dos páginas citadas con letra manuscrita del propio JIMÉNEZ DE ASÚA, con notas muy esclarecedoras al margen.

del indulto y la introducción por vía de ensayo de la libertad condicionada, según el ejemplo de algún país europeo (17). La institución de la condena condicional, ni siquiera su regulación por la ley belga de 1888, no estaba, pues, presente en las palabras como tampoco en la mente del entonces Ministro de Gracia y Justicia; lo cual, sin embargo, no debe privar ni un ápice del valor progresista ínsito en el discurso pronunciado el 16 de septiembre de 1889.

En conclusión, y con relación a la época de referencia, cabría traer aquí las palabras pronunciadas por GARCÍA GOYENA en 1843: "Si un código penal es el retrato fiel de la sociedad, tal cual se halla al tiempo de dársele, no cabe duda de que, pasado este tiempo, nosotros mismos nos avergonzaríamos de nuestro propio retrato"; en este caso, del retrato plasmado en la legislación penal española de finales de siglo, porque encontraríamos en él los rasgos de nuestras miserias, de nuestros odios y de nuestras pasiones políticas, porque, a fin de cuentas, no puede haber imparcialidad en las leyes cuando no la hay en los hombres y hombres han de ser los legisladores (18).

II.—PRIMER PLANTEAMIENTO A NIVEL PARLAMENTARIO DE LA CONDENA CONDICIONAL: UN DEBATE EN TORNO A LAS REFORMAS PRESUPUESTARIAS DE VILLAVERDE. LA INTERVENCION DE DON SEGISMUNDO MORET EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Factores diversos confluyeron, pues, en el planteamiento por vez primera en nuestra patria del tema de la condena condicional. Por ello, es menester remitirse de nuevo a la impronta político-económica que los motivó, y concretamente a la difícil situación económica que había advenido con el *desastre*.

La crítica que de la Ley de Presupuestos presentada por VILLAVERDE había ya hecho MORET en las Cortes había sido de verdadero "corte académico" —según refiere FERNÁNDEZ ALMAGRO (19)—, aunque mayor interés representa para nosotros el momento crucial en que éste dio la batalla a las reformas presupuestarias: a la hora del debate sobre un *Proyecto de ley cuyas disposiciones deben producir economías en los gastos de personal y material de los Tribunales* —29 de noviembre de 1899— en las acaloradas sesiones que tuvieron por escenario el Palacio del Congreso de los Diputados. Y fue

(17) *Discurso leído por el Excmo. Sr. D. José Canalejas y Méndez, Ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los tribunales, celebrada en 16 de septiembre de 1889*, Madrid, 1889, págs. 26 ss., esp. 31 ss., esp. 33, lugar en el que esboza una corta historia patria de intentos legislativos encaminados a "condicionar el indulto", y 34.

(18) GARCÍA GOYENA, Florencio: *Código Criminal Español según las Leyes y Práctica vigentes comentado y comparado con el Penal de 1822, el francés y el inglés*, t. I, Madrid, 1843, 13, en un sentido similar al apuntado en el texto.

(19) FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Historia Política de la España Contemporánea 1897/1902*, Madrid, 1968, 231.

precisamente aquí donde salió a la luz, con toda su crudeza, el realismo de MORET.

A los triunfalismos que afloraban en la doctrina penitenciaria española de la época, al tratar de la situación de nuestros establecimientos penitenciarios, opuso MORET el patético panorama real de nuestro sistema carcelario. En realidad, MORET no hacía, a este respecto, nada que no fuera hacerse eco de la sincera visión que de tan escabroso problema había ofrecido ya ALONSO MARTÍNEZ en la Exposición de Motivos de su Proyecto de Código Penal —presentado por primera vez al Congreso el 11 de abril de 1882—, al referirse a “*la insuficiencia, por no decir la falta de sistema penitenciario, pues tal nombre no ha de profanarse aplicándolo a establecimientos de régimen continuo en aglomeración*” (20). Mas lo cierto es que, en esta dirección, don Segismundo MORET fue aún más lejos, ofreciendo un completo cuadro estadístico de la población penal española en aquella época, de su procedencia de medios laborales o industriales, proponiendo, en primer término, que “mientras se llega al sistema de las *colonias agrícolas* (21), mientras no sea posible poner fuera de las grandes ciudades grupos de estos trabajadores penados, etc., se reconcentre en los establecimientos que el Gobierno designe la parte de población penal que haya de trabajar en ellos; y que la otra parte, que es la mayor, vaya a los trabajos públicos... con la esperanza de que cumpliendo bien podrán obtener más pronto y con más justicia alguno de esos indultos que tanto se prodigan...”. Y viendo, ello no obstante, en una solución de esa naturaleza algo de carácter meramente provisional, prosiguió su certera crítica, subrayando que “esta cuestión del sistema carcelario afecta a toda España, porque no solamente se paga por el Ministerio de Gracia y Justicia, sino por el de la Guerra, por el de Marina, por las Diputaciones y por los Ayuntamientos, contribuyendo estas Corporaciones populares en tanta cantidad como el Presupuesto General del Estado...” En resumen, concluía el insigne Diputado: “Habéis traído a las Cortes un proyecto de ley cuyas disposiciones deben producir economías en los gastos del personal y material de los Tribunales”, y, ciertamente, “lo que hay que hacer es extraordinario, radical...”. “Pues bien: las dos disposiciones, las dos leyes, si así vale llamarlas, para las cuales llamo en este momento la atención del Gobierno y del Congreso, están inspiradas: la una en las ideas de doña Concepción Arenal, y tiende a disminuir en cuanto sea posible la prisión preventiva... (22); *la otra*

(20) *Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia* (ALONSO MARTÍNEZ), *sobre autorización para plantear el nuevo Código penal*, Exposición de Motivos, en *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 1.º al núm. 79 [11 de abril de 1882], pág. 2. *Vide supra*, pág. 307, nota 3.

(21) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII, núm. 74 [29 de noviembre de 1899], Discusión sobre la Ley de Presupuestos, 1899-1900, pág. 2354.

(22) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII, núm. 74 [29 de noviembre de 1899], pág. 2354. La razón o motivo en que se apoya MORET para proponer dicha ley —que luego sus-

en la ley francesa llamada ley Beránger (sic), cuya traducción traigo aquí, y para que los señores Diputados no se molesten en buscarla, la entregaré a los taquígrafos rogando la inserten en el "Diario"..." (23). La síntesis que de la concepción ínsita en dicha ley da MORET y su proyección sobre el panorama penitenciario español quedan fielmente plasmadas en sus palabras finales: "... sistema en que la corrección penal y el mejoramiento social van unidos a una economía considerable en los gastos del Estado".

Pues bien: "en la falta de recursos y en que los obstáculos son siempre las economías" coincidió con la línea sustancial del discurso del señor MORET el por entonces casi recién nombrado Ministro de Gracia y Justicia, don Luis María de la Torre y de la Hoz, Conde de Torreánaz —el cual había sucedido al dimitido, como consecuencia de la candente "cuestión catalana", Durán y Bas (24)— y que llegó a exclamar, en tono profético: "¡Dichoso el Ministro que une su nombre a leyes como esa, a la cual ha unido el suyo Beránger! (sic)." "Esa es —añadía— una de las cosas en que yo he pensado muchas veces desde el primer momento, porque los resultados que está dando en el extranjero son verdaderamente satisfactorios. Pues ésta es una de las cosas que pueden estudiarse y ponerse por obra sin gastar dinero (!), y aquí también hay otra cosa que por mi parte estudiaré" (25).

citará el Proyecto de ley de Torreánaz— es que "hoy es más fácil hacerlo porque los medios antropométricos dan la seguridad de tener sujeto al penado".

(23) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII, núm. 74 [29 de noviembre de 1899], págs. 2354 y 2355: "La ley a que se ha referido el señor Moret —dice literalmente el *Diario* en la pág. 2355— en su discurso, es la siguiente. Ley francesa sobre atenuación y agravación de las penas de 26 de marzo de 1891"; a continuación aparece inserta la traducción transcrita de los siete artículos de la referida ley, faltando un inciso en el art. 6.º de la misma, ya que en el precitado artículo se expresa: "La presente ley se aplica a las colonias donde haya sido declarado aplicable el código penal metropolitano (nacional) en virtud de la ley de 18 de enero de 1877." Y, a continuación, el inciso que falta en el texto entregado a los taquígrafos por MORET: "Se promulgarán decretos sobre la aplicación que pueda hacerse a las restantes colonias."

(24) Sin el apoyo de Polavieja —el cual dimitió disconforme con la política centralista de Silvela—, Durán y Bas se vio y se las deseó para salir airoso de la situación nada envidiable en que se encontraba: "ni le era dado suscribir las tesis todas del catalanismo, ni le resultaba airoso desautorizarlas desde el Gobierno", constata FERNÁNDEZ ALMAGRO. Por añadidura, la resistencia al pago de los tributos en toda España con que la Comisión permanente de las Cámaras de Comercio había amenazado se practicó en Barcelona en octubre de 1899, encontrándose entonces el Ministro de Justicia ante el dilema de hacer cumplir la ley: proceder al embargo de los bienes pertenecientes a los contribuyentes morosos por razones no ya fiscales, sino políticas. Negándose el alcalde de Barcelona a dar autorización para un procedimiento tal al delegado de Hacienda, surgió el inevitable choque entre alcalde y Gobierno, que se resolvió con la dimisión del primero y la subsiguiente —10 de octubre de 1899— de Durán y Bas. Cfr. FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Historia Política de la España Contemporánea 1898/1902*, Madrid, 1968, 234 ss., esp. 237 y 238; ZABALA Y LERA, Pío: *Historia de España, Edad Contemporánea 1808-1923*, vol. II, Barcelona, 1930, 95 y 96.

(25) Contestación del Ministro de Gracia y Justicia, Conde de Torreánaz,

En síntesis, creo queda suficientemente demostrado que la cuestión relativa a la conveniencia de introducir en nuestro sistema jurídico-penal una institución como la condena de ejecución condicional vino impulsada única y exclusivamente por causas de índole económica, al plantearse el problema de la introducción de la misma como un sucedáneo, más justo, del indulto, pero atendiendo a idéntica finalidad económica: evitar el ingreso o la estancia en prisión de un número excesivo de población penal a cuyo sustento, alimentación y régimen de tratamiento adecuado no bastaban los escasos recursos de que entonces se disponía por parte de la administración penitenciaria. En la base del problema está ausente, pues, toda consideración humanitaria o de política criminal. El moderno instituto vio abiertas sus puertas en nuestro país a caballo de las necesidades económicas; en suma, de las necesidades de la práctica, sin ninguna clase de arropo jurídico por parte de la doctrina penal española (26).

Es, por tanto, de justicia traer aquí a MORET como el primer español que planteó a nivel parlamentario la conveniencia de introducir en nuestro país la condena condicional, aunque por motivos muy diversos de los que por entonces movían a la doctrina jurídico-penal franco-belga y alemana a plantearse la cuestión. A diferencia, pues, de lo sucedido en otras latitudes, donde a un excesivo rigor legalista en materia penal se intentaba oponer una institución dotada de la flexibilidad de la condena de ejecución condicional como una especie de corrección de la ley o de válvula de seguridad del Derecho (27) y, por tanto, en un sentido claramente definido en favor de una mayor amplitud en el otorgamiento del derecho de gracia, en nuestro suelo, por el contrario, el planteamiento inicial ofrecía unas coordenadas completamente distintas, por cuanto se partía del abusivo ejercicio de la prerrogativa regia del indulto, de forma que, en realidad, se trataba más bien de introducir un instrumento no tanto correctivo de la legalidad imperante cuanto restrictivo de los abusos cometidos por el poder ejecutivo en materia de indulto.

La condena condicional llegaba de este modo a nuestro país en una hora de extremas dificultades y se abría un pequeño resquicio por una de las escasas ventanas que, semiabiertas, pretendían airear-

al Diputado señor Moret, en *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII, núm. 74 [29 de noviembre de 1899], pág. 2356: "No nos equivocamos, prosigue el Ministro, nuestro punto de vista ha de ser siempre *no gastar dinero*."

(26) Al contrario de lo que ha sucedido en otros países, donde en el último tercio del siglo XIX la bibliografía sobre el tema es abundante; lo cual no quiere decir que tales países —como es el caso de Alemania— no se hayan mostrado remisos a la hora de introducir el moderno instituto en su legislación. Sobre bibliografía de esa época, *vide per todos*: LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung...*, en *VDA.*, III (1908), 1 ss. esp. 2, 3, 4 y 5.

(27) En este sentido, fundamenta el perdón, desde el prisma filosófico-jurídico, Andreas THOMSEN, parafraseando a R. von IHERING, el cual utilizaba la sugestiva expresión "*Sicherheitsventil des Rechts*". Cfr. THOMSEN, Andreas: *Das Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1906, 174.

lo. De la importancia de la iniciativa de MORET dan fe no sólo las palabras del Conde de Torreánaz en la contestación a su discurso, sino también el hecho de que este Ministro cumplió su palabra, siendo el *primer* legislador que confeccionó en nuestro país un proyecto de ley sobre la condena condicionada. Mas éste es un extremo de gran importancia que merece consideración aparte por haber influido sobremanera en los proyectos posteriores.

III.—EL PRIMER PROYECTO DE LEY SOBRE “LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE CIERTAS PENAS LEVES EN BENEFICIO DE LOS QUE HAN DELINQUIDO POR PRIMERA VEZ”: EL PROYECTO TORREÁNNAZ (*)

Si bien don Luis María de la Torre y de la Hoz Quintanilla y Vega, con ocasión de la memorable sesión parlamentaria del 29 de noviembre de 1899, se mostró claramente a favor de la iniciativa planteada por MORET, especialmente en lo relativo a la introducción de la prisión preventiva —“en lo que realmente puede ofrecer el señor Moret, decía el Ministro, *algo que no cueste dinero* y que pueda ser inmediatamente eficaz para aliviar la población de las cárceles de partido, sobre todo, es en la prisión preventiva” (28)—, lo cierto es que siendo aún Ministro de Gracia y Justicia presentó —por vez primera en nuestra patria— sendos proyectos de *suspensión de la ejecución de ciertas penas leves* y de fijación de “reglas para el abono del tiempo de prisión preventiva”, ambos con fecha idéntica —8 de enero de 1900— (29).

Si a don Segismundo MORET corresponde, pues, el mérito innegable de haber sido el pionero en plantear la cuestión de la condena condicional en el Parlamento, a don Luis María de la Torre y de la

(*) Don Luis María de la Torre y de la Hoz, Conde de Torreánaz, nació en Anaz, pueblo de Santander, el 24 de mayo de 1827, muriendo en Madrid en 1901. Empleado del Consejo Real y Diputado por Santa María de Nieva (Segovia), se apartó de la política a partir de la revolución de septiembre de 1868, hasta el momento de la restauración alfonsina, concediéndole Alfonso XII el título de Conde de Torreánaz. Perteneció a las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación, siendo, además, Vicepresidente del Senado en 1896 y, como queda dicho, Ministro de Gracia y Justicia desde el 25 de octubre de 1899 hasta el 18 de abril de 1900, fecha en que fue aceptada su dimisión por el Rey. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Legislatura de 1900 a 1901*, pág. 3; *Crónica de la Codificación Española, I. Organización Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, 199, nota 31.

(28) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII, núm. 74 [29 noviembre 1899], pág. 2356.

(29) Ciertamente, como ha podido comprobarse, tanto el Proyecto ALONSO MARTÍNEZ como el SILVELA se ocupan del cómputo de la prisión preventiva. *Vide supra*, notas 4 y 11. Los referidos proyectos de don Luis María de la Torre y de la Hoz aparecen insertos el mismo día en la *Gaceta de Madrid* [10 de enero de 1900], t. I, págs. 109 y 110. *Vide* APÉNDICE I y II.

El 8 de enero del mismo año habían sido presentados ya los dos proyectos a las Cortes.

Hoz, Conde de Torreánaz, corresponde, sin duda, el de haber sido el primer Ministro de Gracia y Justicia que haya presentado en España un proyecto de ley sobre la condena de ejecución condicionada.

A) *La personalidad política y labor legislativa de don Luis María de la Torre y de la Hoz.*

Montañés de origen, fue don Luis María de la Torre y de la Hoz monárquico conspicuo, tal y como podía presumirse desde su más temprana formación, pues ingresó muy joven en el Real Seminario de Nobles de Madrid, de donde pasó con posterioridad al Colegio de Borbón, de París, para continuar allí sus estudios hasta el momento de su ingreso en la Universidad Central de Madrid, en cuya Facultad de Derecho cursó estudios de jurisprudencia y alcanzó el grado de doctor.

Concluidos los estudios universitarios, ingresó casi de inmediato en el Cuerpo Auxiliar del Consejo Real, siendo más tarde Oficial mayor en una de las secciones del Consejo de Estado, pasando, además, a partir de este momento, a ocupar diversos puestos de importancia política: jefe de sección del Ministerio de Gracia y Justicia, director general del Registro de la Propiedad, consejero de Estado, gobernador del Banco de España, bibliotecario del Ateneo y académico de la de Ciencias Morales y Políticas.

Militante desde siempre en las filas conservadoras, obtuvo el acta de Diputado a Cortes por el distrito de Santa María de Nieva (Segovia) el año 1858, desempeñando tal puesto en el Congreso hasta el advenimiento de *La Gloriosa* y el consiguiente destronamiento de Isabel II, momento en que se apartó de la por entonces difícil vida política, volviendo a la palestra con la Restauración borbónica, valiéndole, por otra parte, su fidelidad a los borbones el título de Conde de Torreánaz y posteriormente su nombramiento en 1887 como senador vitalicio.

Viejo político de escaso relieve, pero fiel adicto siempre a las consignas de su partido, autor de un buen estudio histórico acerca de *Los Consejos del Rey durante la Edad Media* (30) y de un interesante y riguroso Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (11 de febrero de 1886) acerca de *Los antiguos gremios*, ducho en la dureza de las escaramuzas parlamentarias, había sucedido don Luis María de la Torre y de la Hoz en la cartera de Gracia y Justicia al “socorrido” Durán y Bas en un difícil momento en que se ponía ya de manifiesto el fracaso de la política “regeneracionista”, excesivamente moderada, emprendida por el Gobierno Silvela, que, lejos de apagar los viejos rescoldos de la no menos vieja cuestión catalana, los avivó aún más, si cabe, extendiendo al resto del país el grave problema derivado del incremento habido en las cargas tributarias, provocando así un *climax* real de “*resistencia colectiva al pago de los tributos en toda España*”; resistencia que

(30) FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Ob. cit.*, pág. 238.

tomó cuerpo a raíz de la llamada hecha por la Comisión Permanente de las Cámaras de Comercio y que dio lugar a una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo calificando tal conducta como constitutiva del delito de rebelión (31), con lo que, en definitiva, no se hacía otra cosa que dar una "presunta" tipificación delictiva, aunque distinta desde luego y a todas luces inconstitucional (32), al presupuesto fáctico contemplado ya en el texto del articulado del Proyecto de don Antonio Maura y Montaner (33). Si traemos, por tanto, aquí esta espinosa cuestión, es, sobre todo, a resultas de la decisiva intervención que el Ministro Torreánaz tuvo en el nacimiento de la discutida Circular de 17 de noviembre de 1899, "... de la cual —dice don Luis María de la Torre contestando a la interpelación que en el Senado hiciera al Gobierno el señor Dávila sobre el alcance de esa Circular y si el Gobierno aceptaba su contenido, etc.— *asumo toda la responsabilidad...*, pues el Fiscal del Tribunal Supremo, llamado por mí, y después de haber conferenciado conmigo, y de acuerdo conmigo, ha dictado esa circular..." (34).

Pese a todo y a que tales interpretaciones extensivas de la ley

(31) En este número debe comprenderse el hecho de resistir colectivamente al pago de los impuestos establecidos por las leyes, dice la Circular de la F. T. S. de 17 de noviembre de 1899, refiriéndose al núm. 6.º del art. 243 del C. p. 1870, que calificaba como "*reos de rebelión* los que se alzaren contra el Gobierno para cualquiera de los objetos siguientes: 6.º Usar y ejercer por sí o despojar a los Ministros de la Corona de sus facultades constitucionales, o impedirles o coartarles su libre ejercicio". De tan interesante problema y no menos jocosamente calificado desde el punto de vista jurídico-penal, se ocupó DORADO MONTERO, Pedro: *A propósito de la resistencia al pago de la contribución, Aspecto legal*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, número 13, 15 de mayo de 1900. Por consiguiente el título del citado artículo que se da en algunas recopilaciones bibliográficas de las obras de DORADO MONTERO, las cuales aluden a dicho estudio con la nomenclatura "Si la resistencia al pago de las contribuciones es delito, según las leyes españolas" es totalmente incorrecto. Incurren en este error: BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Prólogo a Naturaleza y Función del Derecho* (obra póstuma de DORADO), Madrid, 1927, ofreciendo una lista bastante completa de las obras del Profesor de Salamanca; VALLS, Fco. Javier: *La Filosofía del Derecho de Pedro Dorado Montero 1861-1919*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 11, fasc. 2 (1971), 193 ss., esp. 272, incidiendo en idéntico error.

(32) Cfr. DORADO MONTERO, P.: *A propósito de la resistencia al pago de la contribución, Aspecto legal*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, 15 de mayo de 1900; asimismo, la interpelación dirigida al Gobierno por el Sr. Dávila, en *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 69 [20 de noviembre de 1899], págs. 1245, 1246 y 1247.

(33) *Vide supra*, pág. 310, nota 6. El artículo 2.º del Proyecto Maura se limita a crear *ex novo* el delito de defraudación del impuesto de consumos ejecutada a mano armada o tumultuariamente, o por quien fuere reincidente, sin llegar, por supuesto, tan lejos como lo haría más tarde la Circular de la Fiscalía del T. S., la cual tipifica tal conducta, cuando la resistencia sea colectiva, como constitutiva del delito de rebelión. Véase la nota 31.

(34) Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 69 [20 de noviembre de 1899], págs. 1245, 1246 y 1247. El reaccionarismo ínsito en la contestación del Ministro Torreánaz no puede ser, por cierto, mayor, por lo que el interpelador no vacila en criticar "las crueles arrogancias del Sr. Ministro", pues "lo que S. S. fulminó fue una amenaza a las Cámaras de Comercio".

penal se han dado en nuestro país precisamente con ocasión de los delitos de carácter más grave, como es el caso del delito de rebelión militar (35), la inoportuna circular no pasó inadvertida a los ojos del penalista, dirigiendo DORADO MONTERO al contenido de aquélla severas críticas, tanto desde el punto de vista penal como desde el puramente constitucional, por cuanto, en su opinión, no sólo se trata en este supuesto concreto de “una inclusión virtual, tácita”, de la resistencia al pago de los tributos en el artículo 243, número 6.º, —pues, “encontrándose el Gobierno con que esa resistencia no es delito, según las vigentes leyes, y necesitando, por otra parte, considerar como punible dicha acción, ha encargado a su fiscal, al fiscal del Gobierno, que es el fiscal del Tribunal Supremo (por eso este fiscal cambia conforme cambian los Ministerios), que por su mandato convierta en delictuoso un acto que no es tal, conforme a la legalidad que nos rige...”—, y, en consecuencia, de una inadmisibile interpretación analógica, sino que también se trata de un supuesto de creación de tipos delictivos por la Fiscalía del Tribunal Supremo, siendo así que, expresa DORADO, “el problema sólo es posible resolverlo por medio de una verdadera ley”, habida cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo *no* tiene en materias penales fuerza legal, como la tiene, en las civiles, el recurso de casación por infracción de doctrina legal”. Por lo que, a fin de cuentas, “el Gobierno debe saber —concluye DORADO— que ese documento tiene el mismo valor legal, para el fin que se busca, que este artículo mío, y debe, por lo tanto, saber que lo que viene haciendo, y pretende hacer, no es legal. Es gubernamental, si se quiere; pero legal, no” (36).

Ello no obstante, aun en tan delicado momento y en un período de tiempo muy corto, su labor legislativa —por desgracia, ignorada

(35) Así en los momentos en que las exigencias de ejemplaridad se ponen al rojo vivo se ha recurrido en nuestro país a la figura de la rebelión militar como un *omnium accusatorum complementum* (HEPP, *Die Bestimmungen des Römischen Rechts über den Hochverrath in ihrem Verhältnisse zur heutigen Doctrin und Praxis*, en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1837, 353, nota 1), en el sentido de que apenas se ha recurrido al tipo legal previsto a tal efecto, o cuando se ha recurrido a él se ha hecho deformándolo para aprehender lo inaprehensible. Así, el cambio que en la doctrina jurisprudencial se ha operado en el campo de la rebelión militar a consecuencia de la R. O. Circular de 17 de enero de 1873 —origen y fuente directa del delito de rebelión militar tal y como en la actualidad se concibe e interpreta en nuestra jurisprudencia común y castrense— puede apreciarse perfectamente en la S. 4 de febrero de 1874, primera del T. S. que, de acuerdo con el contenido de la referida Circular, califica de rebelión militar el alzamiento carlista efectuado en algunos pueblos granadinos el año 1873 bajo el mando de un Alférez del Ejército en situación de reemplazo. Frente al anterior criterio del Alto Tribunal (S. 3 de julio de 1872) en un caso idéntico, la mencionada anteriormente sostuvo que, con arreglo a las normas contenidas en la Circular, el mentado Alférez era “oficial de reemplazo y como tal militar vivo y activo de ejército”, actuando reclutando gente portando armas y mandada “por un jefe militar, por lo cual debe considerarse como de tal carácter (militar) el delito de rebelión de que es objeto esta causa...”.

(36) DORADO MONTERO, P.: *A propósito de la resistencia al pago de la contribución, Aspecto legal*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, núm. 13, 15 de mayo de 1900, dos págs.

casi por completo— merece ser destacada, a pesar de que la mayor parte de los proyectos presentados al Congreso se vieron obstaculizados y, a la postre, reducidos a la nada. Dimitido oficialmente Durán y Bas el 24 de octubre de 1899 [si bien conviene aclarar que su dimisión real se produjo, disconforme con la política del Gobierno hacia la “cuestión catalana” y con la, por otro lado, moderada descentralización administrativa, ya el 10 de octubre de ese mismo año, a raíz de la dimisión del Alcalde de Barcelona, doctor Robert], le sucedió, una vez reanudadas las Cortes, don Luis María de la Torre y de la Hoz —25 de octubre de 1899—, el cual ocupó la cartera de Gracia y Justicia durante unos seis meses, esto es, hasta el día 18 de abril de 1900, fecha en que, debido a una de las “crisis parciales” que afectaron al Gobierno Silvela y conseguidos prácticamente los objetivos de la política económica por aquél emprendida, es decir, la consolidación de la deuda pública amortizable [téngase en cuenta que la *Ley de Presupuestos* de don Raimundo FERNÁNDEZ VILLAVERDE fue, después de arduos y enconados debates, aprobada, al fin, el 31 de marzo de 1900, época en la que el Conde de Torreánaz ocupaba todavía el cargo de Ministro de Gracia y Justicia], pasó a ocupar esta última cartera don Francisco Javier González de Castejón y Elío, Marqués del Vadillo, catedrático de Derecho Natural de la Universidad de Madrid, hombre muy afecto, en suma, a don Alejandro Vidal, y en cuyo balance legislativo debe anotarse la aprobación de la primera ley española *sobre abono del tiempo de prisión preventiva* tras la caída en desuso de la preceptiva del R. D. de 7 de octubre de 1853; si bien la proposición de ley, pese a ser distinta, arrancaba del primer proyecto moderno que en esta materia se elaboró en nuestro país y fue, precisamente, a instancia del Ministro don Luis María de la Torre (37), el cual, más que hacerse eco de la petición de MORET, no hizo, a este respecto, otra cosa que contemporizar con la candente cuestión surgida en el Senado con ocasión del planteamiento de la

(37) *Gaceta de Madrid*, viernes 18 de enero de 1901, pág. 229: *Ley sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales*, de 17 de enero de 1901, firmada por el Ministro de Gracia y Justicia, don Javier González de Castejón y Elío, Marqués del Vadillo. Con fecha 29 de enero de 1901 [*Gaceta* del 31 de enero de 1901, pág. 425] se publicó una *Real Orden Circular a Presidente y Fiscal de Audiencias* sobre cómo debe aplicarse el abono de la prisión preventiva. *Vide*, además, la nota 29 de este apartado.

Aunque hablamos de “primera” ley sobre abono de la prisión preventiva, lo hacemos sin ignorar la existencia del R. D. de 7 de octubre de 1853, cuyas disposiciones dispensaban a los reos de penas correccionales de la mitad del tiempo de la prisión sufrida, con la exclusión de los supuestos en que concurriesen circunstancias agravantes, de los de robo, hurto y estafa superiores en cuantía a los cinco duros, al igual que los casos de reincidencia y de falsedad. El Decreto aludido se aplicó hasta la promulgación del Código penal de 1870, que no lo incluyó entre sus disposiciones, cayendo por completo en desuso cuando, promulgada en 17 de septiembre de 1882 la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ésta lo ignoró también, evidenciando así nuestra legislación penal una gravísima laguna, al menos hasta que el discutido Decreto fue restablecido de nuevo en su vigencia el 2 de noviembre de 1879. Cfr. BRAVO, Emilio: *La Gracia de indulto*, Madrid, 1889, 31 y 32.

solicitud dirigida al Presidente del Consejo por reclusos de Valencia, Ocaña y Palencia en apoyo de que les fuese computado en sus respectivas condenas el tiempo sufrido en prisión preventiva; solicitud a la que se adherieron la mayor parte de los senadores, encabezados por ESTEBAN COLLANTES, el cual pretendía insertar la reforma del citado R. D. de 1853 entre el articulado del Proyecto de ley presentado por Torreánaz modificando el Código penal, las leyes de Enjuiciamiento criminal y del Jurado y la orgánica del Poder judicial (38), para lo cual traía a colación algún ejemplo de “los escándalos” que en materia de prisión preventiva venían sucediéndose con relativa frecuencia, como, *ad exemplum*, el del “infeliz que está tres años sufriendo prisión preventiva, y luego es condenado a un año de prisión, obligándosele, al acabar los tres años de prisión, a empezar a cumplir la pena. De modo que resulta con cuatro años de prisión en lugar de uno” (39).

En tan corto espacio de tiempo, y dejando a un lado la ley de 1 de enero de 1900, que adicionó al artículo 248 del Código Penal de 1870 un inciso en el que se castigaban “con las mismas penas los ataques a la integridad de la nación española o a la independencia de todo o parte de su territorio, bajo una sola ley fundamental y una sola representación de su personalidad como tal nación” (40) [ley que,

(38) *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 70 [23 de noviembre de 1899], págs. 1320 y 1321. Aunque el Ministro reconoce que “el mal” a que alude ESTEBAN COLLANTES es “hasta cierto punto exacto”, y que, por tanto, estudiará el problema, opone, ello no obstante, a pesar de la insistencia del referido senador [*Ibidem*, Núm. 88 [13 de noviembre de 1899], pág. 1564], que el tema de la prisión preventiva “no debe tener lugar en esta ley”.

(39) *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 70 [23 de noviembre de 1899], págs. 1320 y 1321. El planteamiento del problema vuelve a resurgir con ocasión de la discusión del Proyecto Torreánaz sobre prisión preventiva de 8 de enero de 1900. En este sentido comienza la discusión del mismo —decretada de carácter urgente por el Senado en sesión de 11 de enero de 1900— con la intervención de ESTEBAN COLLANTES y la alusión del Ministro a las causas que motivaron el proyecto: “El Sr. Esteban Collantes presentó una instancia de los reclusos de Ocaña y Valencia, y con este motivo fijó mi atención en la necesidad de reformar las disposiciones vigentes sobre abono de la prisión preventiva”. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, número 106 [12 de enero de 1900], págs. 1916 y ss., con una intervención de don Luis María de la Torre y de la Hoz en defensa de su proyecto frente a las críticas de “timidez” que le dirigió ESTEBAN COLLANTES.

(40) Por vez primera se introduce expresamente en el art. 248 del C. p. de 1870 (y en la legislación penal española) la calificación como delito de rebelión de los ataques a la integridad de la Nación española, etc., en suma, ciertos actos de separatismo, el 1 de enero de 1900 *por ley ordenando la nueva forma en que han de ser redactados algunos artículos de la legislación vigente* (*Gaceta* del martes 2 de enero de 1900, pág. 9), en cuyo art. 5.º se añade: “Si los delitos a que el artículo anterior se refiere fueran cometidos por medio de la imprenta, el grabado o cualquier otro medio o forma de publicación, o en Comisiones o Corporaciones por medio de discursos o emblemas, las publicaciones que por ellas fueren objeto de dos condenas sucesivas, y las Asociaciones en que se cometan en espacio menor de dos años, podrán ser suprimidas unas y disueltas otras por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a petición del Ministerio Fiscal y en forma de recurso extraordinario, que se sustanciará con sujeción a lo prevenido en el artículo 959 de la ley de En-

dicho sea en honor a la verdad, no salió de manos de don Luis María de la Torre, sino más bien del propio Gabinete Silvela, cuyo Presidente, don Francisco Silvela, es el que firma el Real Decreto —*Gaceta* del martes 2 de enero de 1900, pág. 9— promulgando la “*Ley ordenando la nueva forma en que han de ser redactados algunos artículos de la legislación vigente*”, se promulgó durante su gestión como Ministro de Gracia y Justicia una “*Ley de 9 de abril de 1900 reformando los artículos 102, 103 y 104 del Código Penal*” —*Gaceta* del martes 10 de abril de 1900, pág. 157—, relativos a la ejecución de la pena de muerte, que dejará de ser pública y se ejecutará a las dieciocho horas de notificada la sentencia (41).

Sin embargo, las propuestas legislativas más sobresalientes salidas de la cartera de Gracia y Justicia durante la gestión del susodicho Ministro no pueden considerarse con independencia del contexto político, social y, sobre todo, económico que rodeó a la *Ley de Presupuestos* de VILLAVERDE, puesto que, en cumplimiento de algunas de

juiciamiento Criminal.” Sin embargo, la ley no parece haber salido del Ministerio de Justicia, ni, por supuesto, de la Comisión de Codificación, ya que aparece expresamente firmada en la referida *Gaceta* por “*El Presidente del Consejo de Ministros, Francisco Silvela*”, y no, en cambio, por el Ministro de Justicia, Conde de Torreánaz. Una prueba concluyente de lo expuesto nos la ofrece el propio intitulado del proyecto de la ley mencionada: “*Proyecto de ley presentado por el Presidente del Consejo de Ministros aclarando las disposiciones del n.º 7 del art. 7 del Código de Justicia Militar*”. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 72 al Núm. 52 [1899], pág. 971. Valga, asimismo, esta aclaración para difuminar cualquier malentendido que pudiera surgir por el hecho de que la “*Ley sancionada por S. M. aclarando las disposiciones del n.º 7 del art. 7 del Código de Justicia Militar*” aparezca, ello no obstante, en el *Diario* firmada por don Luis María de la Torre. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 12 al Núm. 99 [30 de diciembre de 1899].

(41) Con la reforma introducida en 9 de abril de 1900 [*Gaceta* del martes 10 de abril de 1900, pág. 157] se suprime en nuestro país la publicidad de la pena de muerte, en lo que desempeñó un relevante papel una propuesta de Ángel Pulido. Véase: *Proposición del Sr. Pulido y otros Sres. Senadores, reformando los arts. 102, 103 y 104 del Código penal*, en *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. 3 al Núm. 102 [15 de diciembre de 1899], e intervención del Ministro, en *Ibidem*, Núm. 142 [1 de marzo de 1900], págs. 2689 y ss.

Con ello, nuestros legisladores se limitaban a hacerse, al fin, eco de una corriente de opinión que se había hecho sentir con especial desasosiego con ocasión de la discusión en el Congreso de los Diputados del Proyecto de Código penal de ALONSO MARTÍNEZ, el cual suprimía la publicidad de las ejecuciones capitales. Así, con motivo de la presentación al precitado Proyecto de una enmienda por el señor Mosquera y otros diputados solicitando la abolición de la pena de muerte, mantuvo una interpelación en el Congreso de los Diputados VILLALBA HERVÁS, solicitando, mientras el Gobierno no decidiese al respecto, la suspensión de las ejecuciones de pena capital, trayendo a colación una noticia aparecida en *El Clamor de Castellón* y reproducida en *El Liberal* del 21 de junio de 1887: “*Las convulsiones del desgraciado José Sana-huja —dice la mencionada noticia— duraron largo rato, más de un minuto; y aun se hubiese prolongado más la agonía del desgraciado reo, a no haberlo advertido con dura e imprecavida frase el corresponsal de un diario de Valencia. Entonces el verdugo agarró (sic) más. Y basta.*” Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, núm. 122 [23 de junio de 1887], págs. 3873 y 3874.

las exigencias previstas en este último texto mencionado, el Conde de Torreánaz presentó en el *Senado* —4 de noviembre de 1899— un “*Proyecto de ley modificando el Código penal, las leyes de Enjuiciamiento criminal y del Jurado y la orgánica del Poder judicial*” (42) sin otra finalidad que la expresada de llevar a cabo las economías estudiadas por el Gabinete Silvela en los servicios de Gracia y Justicia y tratando, en definitiva, de reducir a la mitad la consignación presupuestaria de 1.580.000 pesetas señalada para la indemnización a testigos y peritos y utilizando, además, como medio de “considerable ahorro”, el rebajar a la calidad de faltas las lesiones de menos de quince días de duración y elevar las cuantías de los hurtos, estafas y daños cuando su autor no sea reincidente.

Precisamente por venir basado en las directrices de la Ley de Presupuestos de VILLAVERDE, el mencionado proyecto fue objeto de una dura oposición en el *Senado* (43), presentándose al dictamen de la Comisión del mismo varias enmiendas, como las emanadas de don Eduardo Martínez del Campo y de don Eduardo Cobián. Fue, pues, esta oposición la que redujo el proyecto del Conde de Torreánaz a unas simples bases insertadas como apéndice al artículo 17 de la Ley de Presupuestos, bases aprobadas conjuntamente con la citada ley presupuestaria el *31 de marzo de 1900*, siendo todavía Ministro de Hacienda VILLAVERDE y de Gracia y Justicia don Luis María de la Torre y de la Hoz.

Mas aunque la mayor parte de la labor legislativa del Ministro incidía con las coordinadas planteadas por la reforma presupuestaria, tal y como se ha apuntado, fueron llevadas por él al Parlamento otras proposiciones legislativas destinadas a culminar las metas de dicha política económica, aunque, si bien es verdad, sin resultado fructífero alguno, debido más a la ignorancia de sus compañeros de viaje que a otro motivo cualquiera.

En este sentido, el *8 de enero de 1900* aparecía insertado en el

(42) *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Ap. único al Núm. 56 [4 de noviembre de 1899]; *Gaceta* del jueves 9 de noviembre de 1899, pág. 489]. Véase extensamente sobre el tema: *Crónica de la Codificación española, I. Organización Judicial*, Ministerio de Justicia, 1970, págs. 199 ss., libro que, a pesar de no aparecer en él el nombre de su autor, el señor Laso, funcionario del referido Ministerio, ha sido confeccionado mediante una recopilación de materiales llevada a cabo, no por la Comisión de Codificación, sino por el citado funcionario. Sobre las incidencias de los debates sobre el Proyecto, vide: *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 70 [23 de noviembre de 1899], págs. 1320 y 1321. Vide *supra*, notas 38 y 39.

(43) Véase una detallada exposición del problema en: *Crónica de la Codificación española, I*, págs. 201 ss.; el referido proyecto fue presentado el 4 de noviembre de 1899, tal y como se ha dicho. La Comisión dictaminadora del *Senado* sobre el mismo estuvo integrada por Lavín, Arrazola, Rodríguez San Pedro, Marqués de Cervera, Concha Castañeda, Campa y Lastres. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 58 [7 de noviembre de 1899], pág. 1062. Los dos *Dictámenes* emitidos por la misma lo fueron respectivamente en 15 de noviembre y 13 de diciembre de 1899, siendo por fin aprobado el debatido proyecto el 22 de diciembre de 1899 por la Cámara legislativa Alta. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, Núm. 96 [22 de diciembre de 1899], pág. 1771.

Diario de las Sesiones de Cortes —Gaceta del miércoles 10 de enero de 1900, tomo I, págs. 109 y 110 (44)— un “*Proyecto de ley presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez*”. Y también con idéntica fecha presentó, asimismo, el Ministro un “*Proyecto de ley fijando reglas para el abono del tiempo de la prisión preventiva en el cumplimiento de la condena*” —Gaceta del miércoles 10 de enero de 1900, tomo I, pág. 110 (45)—.

Ambos proyectos, a pesar de que venían a colmar graves lagunas existentes en el Derecho penal material y formal de nuestra patria, no pasaron, sin embargo, de las primeras escaramuzas parlamentarias, si bien la iniciativa de fijar reglas para el abono del tiempo de la prisión preventiva, problema hasta entonces olvidado casi por completo en nuestra legislación, logró un notable eco, por cuanto, aunque en base a un proyecto diverso, vióse convertida, finalmente, en ley el 17 de enero de 1901 —Gaceta del viernes 18 de enero de 1901, página 229—, fecha en que fue promulgada la denominada “*Ley sobre abono del tiempo de prisión preventiva en las causas criminales*”, siendo ya Ministro de Gracia y Justicia don Javier González de Castejón y Elío; pero, sin duda, la iniciativa había arrancado del primer proyecto de Torreánaz (46).

De todos modos, el proyecto sobre condena condicional no volvió —desde el 18 de enero de 1900— a ser objeto de debate o discusión en las Cortes, debido, en mi opinión, a un defectuoso enfoque en el

(44) Vide APÉNDICE I.

(45) Vide APÉNDICE II y nota 37.

(46) El Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz sobre abono del tiempo de prisión preventiva fue presentado al Congreso de los Diputados el 8 de enero de 1900, apareciendo en la *Gaceta* del miércoles 10 de enero de 1900, pág. 110. El *Dictamen de la Comisión acerca del proyecto de ley remitido por el Senado fijando reglas para el abono del tiempo de prisión preventiva en el cumplimiento de la condena* fue emitido el 17 de enero de 1900, incluyendo un artículo más (el 5.º) a los cuatro de que se componía el primitivo proyecto. Precisamente en la citada Comisión estaban, entre otros, el Marqués del Vadillo y Burgos y Mazo, ambos en calidad, respectivamente, de presidente y secretario de la Comisión. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 2.º al Núm. 107 [17 de enero de 1900], págs. 1 y 2. Al *Dictamen* de la Comisión fue dirigida una enmienda de los señores MUÑOZ RIVERO, SEGUÍ, FABIE, Faustino SILVELA y otros, en un sentido mucho más progresivo que el del proyecto y el del *Dictamen*, los cuales distinguían, a efectos del abono de la prisión preventiva, entre los reos condenados a penas correccionales (a los cuales se les abonaría todo el tiempo) y los que fueran condenados a penas afflictivas (a los cuales se les abonaría únicamente la mitad del tiempo que hubieran estado preventivamente presos). La citada *Enmienda* propone, por el contrario, en su artículo 1.º, que “a los reos que fueren condenados a *penas de privación de libertad* se les abonará, para el cumplimiento de sus condenas, *todo el tiempo* de prisión preventiva que hubieran sufrido durante el proceso”. La *Enmienda* supone un enorme progreso, por cuanto no sólo *unifica* las denostadas escalas penales en lo concerniente a las que suponen privación de libertad, sino también porque aboga por el abono de *todo el tiempo*. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 5.º al núm. 108, 18 de enero de 1900.

planteamiento de la proposición de ley, la cual hacía demasiado hincapié en el carácter gracioso del beneficio, punto éste que determinó un *voto particular* presentado por don Trifino Gamazo al *Dictamen* de la Comisión, y que venía, en realidad, a constituir una enmienda a la totalidad de la ley, en base a considerarla una merma o atentado a la regia prerrogativa del derecho de gracia, y, por consiguiente, anticonstitucional, según veremos más adelante. Y, por otra parte, debido, tal vez, a la premura que el Gobierno Silvela demostraba en sacar adelante la Ley de Presupuestos con su consiguiente reforma de la administración de justicia, mucho más significativa desde el punto de vista del “ahorro presupuestario”. Prueba de ello es que, una vez aprobada la Ley de Presupuestos, a fines de marzo de 1900, el Conde de Torreánaz dimite el 18 de abril de ese mismo año.

1. EL PROYECTO DEL CONDE DE TORREÁNAZ

Como ha quedado demostrado, llegaba el mencionado Proyecto a las Cortes sin prensa, buena ni mala (47) —en todo caso, con una fuerte oposición parlamentaria nacida más del desconocimiento del problema planteado que de verdaderas causas de escuela o de política criminal—, que le hubiese, si no facilitado del todo, sí, al menos, allanado un poco el camino. Mas lo cierto es que en la época nadie se ocupó de él, de su suerte o destino, como no fuesen DORADO MONTERO, por cierto en un razonado y duro tono de crítica (48), y, fuera de nuestra patria, SOMMER en un pequeño estudio sin más trascendencia que la de un simple artículo informativo en el que se da la traducción del texto del proyecto (49); e incluso la información que

(47) Hablando de la considerable trascendencia social del contenido del Proyecto, decía DORADO: “Los periódicos, sin embargo, guías y órganos de la opinión pública, según ellos se llaman, no le han prestado casi ninguna (atención), al menos los que yo he leído. ¡Vaya usted a saber por qué!” Cfr. DORADO MONTERO, P.: *Sobre la facultad de indultar los delitos concedida a los Tribunales*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, Núm. 7, 15 de febrero de 1900. Ello no obstante, el propio DORADO da noticia acerca de un periódico que sí se hizo eco del Proyecto: *La Correspondencia*, del 11 de enero del mismo año. Por otro lado, SOMMER [en *Ein spanischer Gesetzentwurf über die bedingte Verurteilung*, en *GS.*, 68 (1906), 231] señala que “prescindiendo de un artículo que sobre él publicó una revista técnica que aparece en Valladolid, no logró ninguna atención más”.

(48) DORADO MONTERO, Pedro: *Sobre la facultad de indultar los delitos concedida a los Tribunales*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Madrid, Año II, núm. 7, 15 de febrero de 1900, dos págs. Se trata de un artículo, ante todo, informador de las leyes que sobre la condena condicional se han promulgado —con información, a veces, inexacta— y dirigido a “tranquilizar a nuestro público”, como dirá más tarde el propio DORADO.

Es ésta una revista destinada esencialmente a los altos círculos políticos; de ahí su escasa difusión y su no menos difícil búsqueda.

(49) SOMMER: *Ein spanischer Gesetzentwurf über die bedingte Verurteilung*, en *GS.*, 68 (1906), 231-235, sobre el Proyecto del Ministro de Justicia, Conde de Torreánaz, de 8 de enero de 1900. Después de fijar el sistema español en el franco-belga, subrayando el desvío de aquél en lo que respecta a la concepción del plazo de prueba (“*au Bergewöhnlich lange Bewährungsfrist*”) y del cumplimiento de la condena, SOMMER parece ignorar que el Proyecto sí

con posterioridad a la época en que fue presentado al Parlamento se emitió sobre el Proyecto no puede ser más pobre —a pesar de la enorme influencia de éste en el Proyecto del Marqués de Figueroa de 31 de octubre de 1907 y en la subsiguiente Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908—, a la vez que, en ocasiones, muestra errores de bulto, como es el caso de un renombrado tratadista que, refiriéndose al Proyecto Torreánaz, afirma que, por tratarse en él de implantar una institución que “aseguraba la impunidad”, “el ilustre estadista don Antonio Cánovas del Castillo se opuso a que prosperara el proyecto de suspensión condicional de la pena, presentado a las Cortes por el señor Conde de Torreánaz, a pesar de que este ilustre repúblico fijó el plazo de diez años para conseguir el perdón...” (50), siendo así que en el momento en que el mencionado Proyecto era presentado a las Cortes habían transcurrido ya casi tres años de la trágica muerte del insigne conservador, asesinado por el anarquista italiano Miguel Angiolillo en el balneario de Santa Agueda.

Ciertamente, si se compara el momento en que llegaba el Proyecto a nuestra Cámara legislativa baja con el panorama que, en materia de condena condicional, ofrecía el Derecho comparado, no podría afirmarse que hubiese llegado en época demasiado temprana, si bien es cierto que es a finales del XIX y principios de la centuria actual cuando se presenta en sus respectivas Cámaras legislativas la mayor parte de los proyectos europeos sobre suspensión condicional de la pena impuesta, siendo así que el régimen de “*sursis á l'exécution de la peine*” —en adaptación del modelo franco-gelga— fue introducido por vez primera en Bélgica (1888) y Francia (1891), siguiendo a esos dos países el Gran Ducado de Luxemburgo (1892) y Portugal (1893) (51), dándose, en definitiva, la inmensa mayoría de los actos

fue discutido, pues expresa: “*Weshalb der Gesetzentwurf nicht zur Erörterung gelangt ist, habe ich nicht feststellen können*” [no he podido constatar por qué no llegó a ser discutido el Proyecto]. “En general —concluye el autor germano—, la península ibérica no parece poder entusiasmarse mucho por la condena condicional”, y cita, como prueba de su aserto el hecho de haberse introducido el instituto en Portugal (1893) y de haberse aplicado, sin embargo, muy raras veces (“...so daß das Gesetz toter Buchstabe geblieben ist”). Cfr. SOMMER: *Ein spanischer Gesetzentwurf...*, en *GS.*, 68 (1906), 235. Por otro lado, la única referencia que VON LISZT hace al Proyecto es en el sentido de que “un proyecto que depositó el Ministro Torreánaz el 8 de enero de 1900 en la Cámara de los Diputados no ha seguido más lejos”. Cfr. VON LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung...*, *VDA.*, III (1908), 30.

(50) VALDÉS RUBIO, J. M.: *Derecho Penal*, t. II, 1910, Madrid, 506. De la escasa o nula importancia que al Proyecto se ha dado, véase, por todos: GONZÁLEZ DEL ALBA, Primitivo: *La Condena Condicional, Ley de 17 de marzo de 1908 y disposiciones complementarias, con extensas notas y formularios para su adecuada aplicación*, Madrid, Reus, 1908, que alude al Proyecto de 1900 únicamente en tres ocasiones y de pasada, págs. 30, 35, nota 1, y 38.

(51) El sistema de “*sursis*” franco-belga, si bien con algunas modificaciones, fue introducido en Luxemburgo por la ley de 10 de mayo de 1892 sobre la condena condicional, debida en gran parte a la iniciativa del entonces presidente del Gobierno, Paul Eyschen, razón por la que todavía se conoce la referida ley como “*loi Eyschen*”. Cfr. HUSS, Alphonse: *La réception du Code pénal belge par la Grand-Duché de Luxembourg et sa repercussion sur la vie juri-*

legisferantes en este sentido a principios del siglo actual (52). El momento histórico doctrinal era, pues, propicio al planteamiento del problema en nuestro país, aunque, como hemos visto aquí, se trataba de un planteamiento basado en unas coordenadas sumamente peculiares y que, ciertamente, no habían confluído en los otros campos legislativos. Ya que, así como en la mayor parte de los países se hacía hincapié en la naturaleza de “sucedáneo o sustitutivo” de las nocivas e ineficaces penas cortas de prisión que presentaba la moderna figura institucional, en el nuestro, en cambio, parecía que el instituto se planteaba, *a priori*, como un “sucedáneo más justo y equitativo” o, en fin, como un correctivo de los frecuentes y desacreditados indultos generales.

Los fines perseguidos por el Proyecto de 1900 eran, en suma: hacer economías en los gastos que acarrearía la necesaria e imposible —por razones de recursos económicos— reforma del sistema penitenciario patrio, evitando mediante la condena condicionada la superpoblación carcelaria con el consiguiente ahorro que suponía el no tener que mantener físicamente a tan alto número de reclusos en unas condiciones ínfimas; pero, además, se lograba con ello evitar el recurrir a la hasta entonces “fuente de economías del presupuesto”, esto es, a los casi periódicos indultos generales, con los cuales venía a darse a la prisión el significado de un lugar adonde se enviaba el mayor número posible de gente para estar allí el menor tiempo posible.

dique et judiciaire, en *Commémoration du centenaire du Code pénal belge*, Université de Liège, vol. 47, 1968, 142 y 143. En la actualidad existe un anteproyecto de ley “*sur la condamnation conditionnelle et la mise à l'épreuve*”, elaborado por la Comisión de Estudios Legislativos, presidida por el malogrado Charles-Léon Hammes y basada en la ley belga de 29 de junio de 1964 y la reforma francesa de los arts. 56, 58 y 59 del *Décret* núm. 59-318, de 23 de febrero de 1959, y los arts. 734 a 747 del *Code de procédure pénale français*. Sobre el tema, véase: HUSS, A.: *L'idée de probation dans le droit répressif luxembourgeois*, en *RDPC.*, marzo-abril, 1970, 666 ss.

Sobre la ley portuguesa de 6 de julio de 1893, véase una nota de DAGUIN: *La libération et la condamnation conditionnelles d'après la nouvelle législation portugaise*, en *Revue Pénitentiaire*, 1894, 406 ss.

(52) Las fechas de introducción del instituto en los países europeos son respectivamente: Alemania (1923 por Ley de Tribunales de menores y para adultos, en 1.X.1953, por Ley de Reforma penal; la *Verordnung des Reichsministers der Justiz über das Verfahren in Gnadensachen* de 6 de febrero de 1935, reformada el 9 de enero de 1939, que unificó las prácticas en materia de *perdón condicionado* administrativo de los diversos estados y que sigue aún vigente en los “Länder”, no implanta en sus parágrafos 20 ss. la institución como tal, pues su otorgamiento sigue confiado a las autoridades administrativas competentes para las solicitudes de gracia o, en todo caso, a las autoridades de ejecución de la pena, también de carácter administrativo); Suecia (22 de enero de 1906, *lag angående villkorlig straffdom*); Países Bajos (12 de febrero de 1901, en vigor a partir de 1 de diciembre de 1905, sólo para menores de dieciocho años; a partir de 1915 se instaura el “*probation system*”) Bulgaria (1904); Hungría (1908); Grecia (1911); Italia (1904, *Legge Ronchetti*); Dinamarca (1905); Noruega (1894). Información detallada en Von LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung...*, *VDA.*, III (1908), 14 ss.; PROBATION AND RELATED MEASURES, United Nations, 1951, el capítulo dedicado a la *probation* en el continente europeo.

En síntesis, la condena de ejecución condicional venía de este modo fundamentada como un medio de ahorro de recursos económico-penitenciarios y, además, como un sustitutivo ideal del indulto general. Esta era, al menos, la idea del legislador español en el momento de la primera propuesta legislativa sobre la materia (53). Mas, pese a todo, lo cierto es que en la doctrina jurídico-penal española no había aún trascendido el problema cuando fue presentado el Proyecto Torreánaz, el cual merecía, por otro lado, mejor suerte que la que le deparó en aquella ocasión la veleidosa fortuna parlamentaria.

Pues bien, la Exposición de Motivos del Proyecto Torreánaz comenzaba aludiendo —remitiéndose así a la situación carcelaria expuesta por don Segismundo MORET en la sesión parlamentaria de noviembre de 1899— al defectuoso y deplorable estado de nuestros establecimientos penitenciarios, los cuales “*no se recomiendan... como escuelas de moralización y de virtudes*” (54). Con ello se fijaba también la conexión o relación existente entre el Proyecto de ley español y la ley francesa de 1891, en uno de cuyos debates en el Senado había dado el patrocinador de la referida ley —la cual había tenido su origen en una proposición de ley “*sur l'aggravation progressive des peines en cas de récidive et sur leur atténuation en cas de premier délit*” presentada al Senado el 23 de mayo de 1884 por el entonces Senador Monsieur Bérenger (55)— una visión en grandes líneas de los efectos nocivos de la prisión, destacando: “*La prison familiarise avec la honte, affaiblit le sentiment de l'honneur, altère l'énergie morale et de plus, dans l'état actuel de nos lieux de répression, expose à tous les dangers des contacts, des enseignements pervers, des chantages après la libération et de la réputation si funeste à qui a besoin pour vivre du secours de son travail*” (56).

(53) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados, Legislatura de 1899*, t. VII, núm. 74 [29 de noviembre de 1899], 2354 ss., esp. 2356.

(54) *Gaceta de Madrid*, miércoles 10 de enero de 1900, pág. 109 (Vide APÉNDICE I); *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 99 [8 de enero de 1900], pág. 1.

(55) Tanto el Proyecto presentado por Bérenger al Senado francés en 1884 como los proyectos sobre el “*pardon*” de los senadores Michaux, Schölcher, Béral, Mazeau, Naquet y Tolain, los cuales afectan, en cierto modo, al primer proyecto de ley francés “*sur l'aggravation progressive des peines en cas de récidive, et sur leur atténuation en cas de premier délit*”, presentado el 23 de mayo y discutido y aceptado, al fin, en las discusiones del Senado el 4 de julio de 1884, han sido publicados en el *Bulletin de la Société générale des prisons, Paris, 1890, quatorzième année, n.º 4, avril 1890*, págs. 396-429. Cfr. GRUBER, Ludwig: *Die Senatsverhandlung des französischen Gesetzentwurfes betr. die Milderung und die Schärfung der Strafen (Bedingter Straferlaß)*, en *GS.*, 44 (1891), 456 ss.; *Sénat, documents, n.ºs 159, 159 rectifié et 281, session ordinaire 1884*.

El texto de la “*loi du 26 mars 1891*” aparece publicado en el *Journal officiel* del 27 de marzo de 1891.

La ley belga “*établissant la libération et la condamnation conditionnelles*” de 31 de mayo de 1888, aparece con el núm. 218, *Pasinomie*, 1888, pág. 222. Cfr. PRINS, A.: *La loi sur la libération et la condamnation conditionnelles en Belgique, en Révue pénitentiaire*, 1888, pág. 934; *Révue pénitentiaire*, 1889, página 183. Vide *supra*, pág. 311, nota 10.

(56) *Rapport au Sénat (Annexe au procès-verbal de la séance du 6 mars*

Esta viene a ser, en definitiva, la concepción que el autor del Proyecto español esgrime sobre las penas de prisión en su preámbulo al mencionado Proyecto y que puede verse explayada en sus palabras: “El que es recluso en ellos (nuestros establecimientos penitenciarios) por primera vez, sin haber perpetrado un delito que arguya verdadera perversidad, difícilmente se sustrae al contagio de perniciosos ejemplos, y deja de aprender las malas artes del delincuente avezado. Aun allí donde aparece menos imperfecto el régimen de las prisiones se han reconocido los inconvenientes de que pase por su recinto el condenado que nunca lo había sido a privación de libertad...” Hasta aquí, pues, la correlación entre ambos parece bastante ajustada, si bien el francés lleva consigo el notable rasgo de la originalidad que supone encabezar casi veinte años antes que el español (no olvidemos que el primer proyecto francés data de 1884) la lucha emprendida por la doctrina jurídico-penal y la legislación contra las penas cortas de privación de libertad. En consecuencia, “facultar, con objeto de evitarlas, al Tribunal sentenciador para que suspenda la ejecución de la pena personal de corta duración en determinadas circunstancias... es el fin del proyecto de ley que el Ministro de Gracia y Justicia somete hoy al examen de las Cortes” (57). También aquí opta la proposición legislativa española por el sistema denominado, en el ámbito doctrinal, *franco-belga*, pero que, en realidad, arranca del primer proyecto francés sobre la materia (1884) y que estriba, en contraposición a otros sistemas, particularmente el inglés y el de algunos Estados de U. S. A., en la suspensión de la ejecución de la pena corta privativa de libertad impuesta.

Sin lugar a dudas, el pre-legislador español de 1900 tomó como modelo la Ley Bérenger o “*loi du sursis*”, puesto que las previsiones contenidas en el Proyecto patrio apuntan directamente hacia la normativa de la ley francesa; hecho éste que se nos antoja en perfecta consonancia con la formación, en cierto modo, francesa del Conde de Torreánaz [el cual llegó incluso a pronunciar una Memoria acerca de *Les Conseils d'Etat* ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas del Instituto de Francia]. Sin embargo, no debe olvidarse que el modelo francés había sido ya elegido con anterioridad y no precisamente por el titular de la cartera de Gracia y Justicia, sino por don Segismundo MORET, de forma que todo ello debe tomarse en consideración a la hora de valorar las críticas —a las que personalmente me adhiero— que DORADO MONTERO dirige al Proyecto en el sentido de que “desde largo tiempo —más de un siglo—, cuando en España se intenta legislar sobre algo, Francia es el único país donde sabemos

1890, n.º 27, pág. 5; *Sénat, session de 1890, documents n.ºs 27 et 27 rectifié*) de M. Bérenger, el cual había publicado ya un libro titulado *De la Répression Pénale et de ses formes et de ses effets*, 1855. Cfr. WORMS, E.: *Les condamnations conditionnelles suivant la loi française et les lois étrangères*, Paris, Giard, 1891, 17 s.

(57) *Gaceta de Madrid*, miércoles 10 de enero de 1900, t. I, pág. 109; *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al número 99 [8 de enero de 1900], pág. 1.

volver nuestros ojos para tomarlo como modelo...; el globo es más grande que Francia, y muchas veces, cuando creemos que nos está alumbrando el sol, lo que nos da su luz, luz prestada, es la luna, que la recibe de otro sitio, donde está el verdadero foco luminoso”, a lo que agrega, por otro lado: “... Bérenger no ha sido el autor de la condena condicional, sino que él la tomó a su vez de otros sitios...” (58).

Ello no obstante, la influencia de la preceptiva francesa sobre la propuesta española —sin que por ello pueda tacharse al Proyecto Torreánaz de fiel imitador de la ley gala— aparece demostrada con claridad meridiana a resultas de un examen comparativo entre ambos textos; examen que, asimismo, pone de relieve la escasa influencia que en la propuesta legislativa española tuvo la primera ley europea sobre la condena condicional, esto es, la ley belga de 31 de mayo de 1888 y desde luego la legislación inglesa (59).

Pues bien, aunque en lo concerniente a la intitulación podría dirigirse perfectamente idéntico reproche al Proyecto español que a la ley francesa, es decir: la excesiva y a todas luces innecesaria longitud de ambos intitulados, los cuales son, desde luego, demasiado descriptivos del contenido que encierran, ello no obstante el Proyecto Torreánaz aventaja, por el contrario, a la ley Bérenger por el hecho de poseer un título más exacto y acorde con las exigencias de su verdadero contenido. En este sentido, la ley francesa de 26 de marzo de

(58) DORADO MONTERO, P.: *Sobre la facultad de indultar los delitos concedida a los Tribunales*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, 15 de febrero de 1900, núm. 7, lugar donde argumenta: “... Sin duda que el señor Ministro, a donde únicamente habrá pedido luces, habrá sido a la ley francesa..., y, por lo mismo, *La Correspondencia*, ya que quiso justificar, en cierto modo, el atrevimiento del señor Ministro, invocando antecedentes y el ejemplo de otros países, en lugar de limitarse a recordar la citada ley francesa, pudo perfectamente aducir otras varias leyes, y escoltar, con buena guardia civil, que le protegiese las espaldas, el mencionado proyecto”. En apoyo de sus palabras, muestra DORADO una extensa lista de leyes continentales y anglosajonas que han instituido la condena condicional.

(59) Dejando a un lado las prácticas de la “*Common Law*” reconocidas como fuente remota de la suspensión de la pena o mejor de la condena condicional, advertimos que la regulación de tal instituto en el sistema estatutario (*Statutory System*) se inicia en los Estados Unidos de Norteamérica con las *Massachusetts Laws of 1878, Chap. 198*: “*An Act relating to placing on probation persons accused or convicted of crimes or misdemeanors in the County of Suffolk*”, estatuto que, por otro lado, incorpora ya a los antiguos usos judiciales de la *Common Law* el elemento oficioso de la supervisión asistencial característico del denominado “*probation system*”. Además, el primer estatuto inglés sobre la materia —y que afecta únicamente a Inglaterra— es el *Summary Jurisdiction Act 1879 (42 & 43 Vict. Chap. 49)*, que bajo el título “*An Act to amend the law relating to summary jurisdiction of magistrates*” no supuso, sin embargo, la inserción del “*probation system*”, el cual no aparece tampoco previsto en el *Probation of First Offenders Act 1887 [(An Act to permit the conditional release of first offenders in certain cases (50 & 51 Vict. Chap. 25))]*, a pesar de que sus previsiones hablan de situar al delincuente “*on probation of good conduct*”; por lo que habrá de esperarse al *The Probation of Offenders Act 1907 (7 Edw. Chap. 17, sects. 2 (1), 3, 4)*.

1891 ha venido a conservar, en realidad y a grandes rasgos, la intitulación del proyecto presentado en 1884 por Bérenger, cuya rúbrica era la de “*loi sur l'aggravation progressive des peines en cas de récidive et sur leur atténuation en cas de premier délit*” y de la que es una síntesis o resumen el título de la ley de 1891, “*loi sur l'atténuation et l'aggravation des peines*”, explicándose la conservación del término “*atténuation*” por el hecho de que en el texto primitivo del proyecto el derecho a suspender la ejecución de la pena venía inscrito en un párrafo adicional al artículo 463 del *Code pénal* sobre las circunstancias atenuantes, pero que, al no guardar una relación estrecha con los diversos párrafos del mismo artículo, debió de haber desaparecido en las sucesivas discusiones del proyecto, aunque realmente no sucedió de esta suerte, por lo que el título de la ley francesa resume del modo más inexacto, equívoco y presto a confusionismos su verdadero contenido y alcance, ya que el juez que hace uso de la facultad concedida en el artículo 1.º no pronuncia en sí una pena atenuada, sino que “suspende simplemente la ejecución de la condena” (60). Por el contrario, la proposición de ley española hace gala de un título ciertamente de menos vuelos, pero mucho más descriptivo, exacto y acorde con el alcance real de sus disposiciones, al denominar don Luis María de la Torre a su propuesta “*proyecto de ley... facultando a los tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez*”. Lo cual no obsta, empero, para ver claramente que el título del Proyecto español, entresacado con exactitud de sus disposiciones, no deja de ser, pese a todo, una “vulgar” traducción del giro francés —que arranca de la referida ley francesa— “*sursis á l'exécution de la peine*”.

En síntesis, el legislador español siguió fielmente, en este punto, el modelo que tenía a la vista, la ley francesa, pese a que habría sido preferible optar por el empleo de la expresión “ley sobre la condena condicional” acuñada en el continente europeo por la ley belga o ley Le Jeune “*établissant la liberation et les condamnations conditionnelles dans le système pénal*” (61), expresión que hubiera traducido mucho mejor el pensamiento del legislador y habría estado más

(60) LOCARD, H.: *Commentaire de la Loi du 26 mars 1891 (Loi Bérenger) sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, París, 1891, pág. 8, argumentando que la palabra “*atténuation*” hubiera debido desaparecer en el curso de las discusiones y transformaciones sufridas por la proposición de ley Berénger.

(61) *Vide supra*, nota 55. No faltan, sin embargo, y con evidentes razones, detractores de la denominación elegida por el legislador belga de 1888. Así, con justicia, GAUTIER exclama: “*Et tout d'abord, de quoi s'agit-il, qu'est-ce au juste que cette prétendue condamnation conditionnelle, si étrangement baptisée par le législateur belge...? ... A proprement parler, ce n'est donc pas la condamnation qui est suspendue, mais l'application seule du châtement; aussi le terme d'exécution conditionnelle aurait-il été mieux choisi.*” Ello no obstante, según reconoce el propio autor, la cuestión de la terminología ha sido doctrinalmente objeto de grave polémica. Cfr. GAUTIER, Alfred: *A propos de la condamnation conditionnelle*, en *R. P. S.*, 3 (1890), 300, notas 1 y 2. En contra, LOCARD, Henri: *Commentaire...*, pág. 67, nota 2.

acorde con el verdadero sentido y finalidad de las disposiciones contenidas en la proposición del Conde de Torreánaz, el cual, sin embargo, dejó a un lado el modelo belga para optar, como puede apreciarse, por el francés, el preferido, en suma.

Asimismo, frente al artículo único que sobre la condena condicional presenta la ley belga de 31 de mayo de 1888 (art. 9.º), el Proyecto español consta de diez artículos, siguiendo, por tanto, también en este sentido la técnica legislativa de la ley francesa, la cual aparece integrada por siete artículos (62).

a) *El ámbito de aplicación de la condena de ejecución condicionada.*

Por otra parte, el sentido en algunos puntos restrictivo de la ley francesa (al denegar, por ejemplo, la concesión de la condena condicional en las sentencias impuestas por tribunales militares, según lo dispuesto en su art. 7.º) (63), es imitado por el Proyecto español, ya que, en virtud de su artículo 1.º, la autorización del “acuerdo de suspensión de la ejecución de la condena que hubieren impuesto...” va dirigida única y exclusivamente a “los Tribunales de la jurisdicción ordinaria”, aun en los delitos de que conozcan en virtud de leyes especiales (art. 4.º), excluyéndose, por tanto, cualquier otra jurisdicción de las calificadas como especiales, vr. gr., la militar.

Mas donde la proposición de ley de don Luis María de la Torre se muestra más reacia y conservadora es precisamente a la hora de elegir el criterio de concesión de la condena condicionada, desviándose manifiestamente del modelo francés y aproximándose un tanto a la ley belga. En este sentido, la ley francesa (art. 1.º) permite la concesión del “*sursis à l'exécution de la peine*” en el supuesto de condenas a pena de prisión o de multa, sin límite de duración respecto a la primera ni de cuantía en lo que concierne a la segunda (64). La

(62) Vide APÉNDICE I.

(63) El art. 7.º de la “loi Berénger” declara: “*La présente loi n'est pas applicable aux condamnations prononcées par les tribunaux militaires qu'en ce qui concerne les modifications apportées par l'article 5 ci-dessus aux articles 57 et 58 du code pénal.*” Sin embargo, por ley de 28 de junio de 1904 (*Journal officiel de la République française, Jeudi, 30 juin 1904*) se concede el *sursis* en el ámbito del Derecho penal militar y en el de la Marina, no por ley de 1894 según informa Von LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung...* en VDA, III (1908), 27, nota 3; el título de la ley referida es: *Loi modifiant la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines [Loi du sursis]*, y su art. 1.º dispone que “en tiempos de paz y en caso de condena a multa, prisión o a trabajos públicos, es aplicable la Ley de 26 de marzo de 1891...”, en las condenas pronunciadas contra militares por tribunales civiles, al igual que en las condenas pronunciadas por los tribunales de la marina”. Cfr. *Mitteilungen der internationalen Kriminalistische Vereinigung*, 14 (1906), 95 y 96.

(64) Aunque la ley belga nada dice acerca de la posibilidad de aplicar la condena condicional a la pena de multa, el texto del art. 9 de la citada ley de 31 de mayo de 1888 permite acordar la suspensión de la pena cuando la prisión no sobrepase los seis, “*haya sido pronunciada como pena principal o subsidiaria, bien lo haya sido como acumulativa de penas principales y subsidiarias*”. La discusión fue centrada por la doctrina de la época en torno a los

ley belga, por el contrario, si bien parece dejar en otros aspectos un margen más amplio al arbitrio del juzgador, establece en este punto concreto un límite en lo que hace referencia a las penas susceptibles de acogerse a los beneficios de la condena condicional: ésta no puede ser otorgada sino a las condenas de prisión que no sobrepasen los seis meses de duración; sistema limitativo que parece haber sido de las preferencias, en cierto modo, del pre-legislador español de 1900 en su propuesta de ley, la cual otorga la facultad de conceder la suspensión de la ejecución tratándose únicamente de penas principales —extremo en el que sigue también el modelo francés—, siempre y cuando sean de *arresto mayor o de presidio o prisión correccional en su grado mínimo*; en suma, de penas cuya duración comprende, en el caso del arresto mayor, de un mes y un día a seis meses, y en el supuesto del presidio o prisión correccional en grado mínimo, de seis meses y un día a dos años y cuatro meses, de acuerdo con la escala general de penas y duración de las mismas bajo el Código de 1870 (65).

Haciendo, pues, gala de una “prudencia y circunspección” excesivas, el autor del Proyecto español optó, en definitiva, por un camino intermedio entre las leyes francesa y belga, por cuanto no limita la concesión de la condena condicional a la pena de arresto mayor, lo cual “resultaría poco eficaz”, si bien tampoco la extiende más allá del grado mínimo de las penas de presidio o prisión correccional, “pues suscitaría inquietudes y peligros si lo extendieran a todo el período del presidio o de la prisión correccional” (66).

Por otra parte, el criterio francés de aplicar la condena condicional a la pena de multa, cuando ésta sea pena principal, no es del todo compartido por la propuesta española, la cual, tratando de huir de la

antiguos artículos 40 y 41 del Código penal belga, estableciendo el primero la prisión subsidiaria por impago de multa, en el plazo de dos meses a partir de la sentencia o del fallo..., sustituyendo la multa por prisión cuya duración habrá de fijarse en la sentencia y que no podrá exceder de seis meses para los condenados por crimen, de tres meses para los condenados por delito y de tres días para los condenados por falta. En virtud del art. 41, en todos los casos puede el condenado liberarse de esta clase de prisión mediante el pago de la multa; pero no puede sustraerse al apremio sobre sus bienes mediante el ofrecimiento a sufrir la pena de prisión.

En tal sentido, una parte considerable de la doctrina y, desde luego, la jurisprudencia belga se han inclinado por admitir la aplicación del beneficio previsto en el art. 9 de la referida ley a los insolventes; aunque, a decir verdad, la jurisprudencia belga ha ido mucho más lejos, al aplicar el art. 9 a las penas pecuniarias y a las corporales, con la consiguiente innovación introducida, de este modo, en la ley, al aplicarla sin distinción de clases o categorías de penas. Cfr. LOCARD, H.: *Commentaire...*, 41, 42 ss.

(65) Código penal de 1870 (ed., Medina y Marañón de *Leyes Penales de España*. Madrid, 1902), art. 26, en lo que hace referencia a la escala general de penas, que califica como “penas correccionales” al presidio correccional, prisión correccional, destierro, reprensión pública, suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. *Vide*, asimismo, el art. 97 del citado cuerpo legal y la tabla demostrativa de la duración de las penas divisibles expuesta a continuación del mismo.

(66) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 99 [8 de enero de 1900], pág. 1; *Gaceta del miércoles 10 de enero de 1900*, t. I, pág. 109.

vieja "lacra" de la prisión por deudas, establece en el párrafo segundo de su artículo 1.º la posibilidad de aplicación de la condena condicional "a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para el pago de la multa, bien se haya impuesto ésta como *única* del delito, o bien como *conjunta* del arresto mayor o del presidio o prisión correccional en el grado antes indicado, cuando tenga aquélla por su cuantía carácter correccional, con arreglo al artículo 27 del vigente Código".

Lo que se pretende en realidad con tal preceptiva no es, desde luego, aceptar o admitir la suspensión condicionada de la ejecución de la pena de multa impuesta como principal al delito sentenciado, sino *únicamente* evitar la responsabilidad personal subsidiaria en que se incurre, según lo dispuesto en el artículo 50 del Código penal de 1870, por insolvencia para el pago de la multa; prisión subsidiaria que, a tenor de dicho precepto, supondría, cuando la pena principal impuesta fuere la de reprensión, *multa* o caución, sufrir en las herrumbrosas cárceles de partido una detención que, en ningún caso, podría exceder de seis meses, si se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días, cuando lo hubiese sido por falta.

De ese modo, bien se haya impuesto la multa como *pena única* del delito, bien como *pena conjunta* del arresto mayor o del presidio o prisión correccional en su grado mínimo, podrá suspenderse la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la insolvencia por el impago de la multa, siempre y cuando ésta posea, por su *cuantía*, carácter correccional, esto es, no exceda de 2.500 y no baje de 125 pesetas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del citado Código. En consecuencia, precepto totalmente innecesario el del Proyecto que hace referencia a la exigencia del carácter correccional de la multa, por cuanto, en virtud del artículo 51 del Código de 1870, "la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia no se impondrá al condenado a pena superior en la escala general a la de presidio correccional". De forma que no cabe la prisión subsidiaria por impago de la multa en las penas superiores a la de presidio correccional, lo que pone de relieve la futilidad del precepto antes señalado de la propuesta, por cuanto tratándose de penas superiores a las de presidio o prisión correccional en su grado mínimo no cabe posibilidad material de aplicar la condena condicional, con arreglo a lo preceptuado en el propio artículo 1.º de la proposición de ley. Por consiguiente, el efecto indirecto que se logra con la preceptiva del Proyecto Torreánaz viene a ser el mismo que se habría conseguido de haberse suspendido, *a priori*, la pena de multa como principal del delito, puesto que, *a posteriori*, aparece suspendida en su ejecución no sólo la pena de multa impuesta como *única* o *conjunta* con carácter correccional —siempre y cuando se esté dentro de los supuestos de aplicación de la condena condicional—, sino que también, lo que ya es mucho más grave (por dejar el descubierto las previsiones del legislador respecto a la prisión subsidiaria), se suspende la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para

el pago de la multa, cuya obligatoriedad queda de esta suerte, si no mal parada, sí al menos en tela de juicio. Problema que subsiste aún en la actualidad, cuando se ponen en relación las previsiones del artículo 93 con la normativa establecida en el artículo 91 del Código penal vigente, cuya presunta obligatoriedad general queda puesta en tela de juicio en los supuestos de aplicación de la “remisión condicional de la pena”.

El Proyecto español ha seguido, pues, en esta materia un criterio excesivamente ecléctico, al no atreverse a autorizar la suspensión directa de la ejecución de la pena de multa en su calidad de pena principal (67). Y, además, ese eclecticismo complica aún más la problemática del párrafo segundo del artículo 1.º del Proyecto, por cuanto la propuesta ha previsto la posibilidad de que, ciertamente, la pena recaída *in concreto* sea, por ejemplo, la de presidio correccional en su grado mínimo *más* una multa de cuantía también correccional, con arreglo al artículo 27. Supuesto entonces que se suspendiese la pena de presidio correccional en su grado mínimo, pero el condenado no pudiese satisfacer, por insolvencia, la pena de multa conjuntamente impuesta, podría hipotéticamente suceder que, con arreglo al artículo 50 del Código penal de 1870, tuviese aquél que sufrir una detención o arresto subsidiario por impago de la pena de multa, siendo así que la pena de presidio le fue suspendida. De ahí que el Proyecto Torreánaz autorice, consecuentemente, en tales casos la suspensión *en bloque* de la pena de presidio correccional en su grado mínimo, por ejemplo, y la de multa correccional impuesta conjuntamente con aquélla. La solución es bastante congruente, pero no queda exenta de ciertos aires de impunidad total. De ahí, pues, nuestras consideraciones precedentes en el sentido de que tal autorización podría estimarse como equivalente a una suspensión de la ejecución de la pena de multa.

En otro orden de ideas, el Proyecto español podría parecer tal

(67) Según informa Emile WORMS (*Les condamnations conditionnelles suivant la loi française et les lois étrangères*, París, 1891, Girard, 11 ss., esp. 13, 14 y 15), con arreglo al art. 1.º de la ley de 26 de marzo de 1891 cabe acordar la suspensión condicional de la pena al condenado a una simple pena pecuniaria, al que haya incurrido en una pena de prisión o, en fin, al que sufra a la vez una pena de prisión y de multa. El sistema francés es así, desde el punto de vista legislativo, mucho más racional y explícito que el instaurado por el artículo 9.º de la ley belga de 1888 o, mejor, no por dicha ley, sino por la jurisprudencia belga, al pretender colmar la laguna resultante de la omisión en dicho artículo de las penas pecuniarias. *Vide* nota 64. Por consiguiente, la interpretación extensiva que los jueces belgas se han visto obligados a dar al precitado art. 9.º trae consigo una serie de problemas muy similares a los planteados por nuestra proposición de ley que, aunque no prevé la suspensión condicional de la ejecución de la pena de multa, en la práctica, no sólo llega a ser ésta suspendida, sino también el arresto subsidiario derivado del impago de la multa. Defecto actual del Código vigente que arranca precisamente de la redacción del Proyecto Torreánaz. Sobre el problema de la ley francesa y las penas pecuniarias, *vide*: BREGEAULT: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, París, 1891, 318 ss.; MAHOUDEAU: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, París, 1891, núm. 17.

vez más digno de mérito por cuanto con fecha idéntica a aquella en la que aparece inserto en la *Gaceta* se presentó por el conde de Torreánaz otra propuesta legislativa sobre el abono del tiempo de la prisión preventiva, pero ha de señalarse que, aunque esta última supusiese un avance considerable, lo cierto es que nada dice o prevé acerca de la suspensión condicionada de la pena.

b) *Criterio mixto de concesión de la condena condicional.*

1) *La idea de prevención general y el "interés público".*

Más conservadoras que la ley francesa en algunos extremos, las disposiciones del Proyecto español aparecen "adaptadas a la estructura y principios cardinales de las leyes patrias", según expresa la declaración contenida en la Exposición de Motivos. Y dado que en nuestras leyes patrias no existen precedentes sobre la citada institución, dicha adaptación (a la que alude el autor del Proyecto) ha de verse en la opción que este último hace por un *criterio mixto* de concesión del beneficio, es decir, anclando un instituto de naturaleza esencialmente preventiva en la teoría tradicional española de los varios y plurales fines de la pena.

Así pues, mientras para el legislador francés lo decisivo es el criterio basado en la calidad, duración o cuantía y especie de penalidad —*criterio de la pena*— (según el art. 1.º de la ley de 26 de marzo de 1891, se suspenden las penas *de prisión* y *de multa* en cuanto penas principales), para el Proyecto español, por el contrario, el criterio seguido es de *carácter mixto*, al venir basado tanto en la especie o calidad y duración de la pena que ha de ser suspendida —la de arresto mayor o las de presidio o prisión correccional en su grado mínimo, conforme a lo dispuesto en el art. 1.º del Proyecto Torreánaz— como en la naturaleza del delito cometido, esto es: atender al *grado de alarma* que ciertos delitos producen, a los *intereses* que lesionan y, en fin, al *perjuicio o daño* que irrogan como *causas suficientes para excluir* a determinada clase de delitos [como, vr. gr., los dirigidos contra la seguridad exterior del Estado, contra las Cortes, el Consejo de Ministros o la forma de Gobierno, "aun en los contados casos en que se hayan de castigar con pena correccional", por cuanto "no admiten demora en la ejecución de la pena"] de "*tal gracia*" (68). Además, frente a la ley francesa, que únicamente excluye los delitos en que haya recaído sentencia impuesta por tribunales militares (art. 7.º), la propuesta española se muestra más retrógrada; en primer lugar, por el escaso arbitrio que otorga al Tribunal sentenciador, a causa de que sus disposiciones "se inspiran en la circunspección que toda novedad aconseja...", razón por la cual "nuestros Tribunales usarán con *parsimonia* de

(68) Véase la *Exposición de Motivos* del Proyecto en: *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 99 [de 8 de enero de 1900], pág. 1; *Gaceta* del miércoles 10 de enero de 1900, t. I, pág. 109. Vide APÉNDICE I.

la autorización que se les entrega...”; y en segundo, debido precisamente a esa adaptación a la especial estructura y principios cardinales de las leyes patrias, principio programático en el que encuentran su fundamento las peculiaridades propias del Proyecto.

En tal sentido, por ejemplo, se excluyen del beneficio, según lo dispuesto en el artículo 5.º del Proyecto, “los delitos comprendidos en el título primero y en el capítulo primero, título segundo, del libro segundo del Código”; en suma, y “aun en los contados casos en que —expresa la Exposición de Motivos— se hayan de castigar con pena correccional”, nunca podrán ser susceptibles de acogerse a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta los delitos calificados en el Código penal de 1870 como traición, los que comprometan la paz o la independencia del Estado, los delitos contra el derecho de gentes, los de piratería, los cometidos contra la Constitución, los de lesa majestad, los dirigidos contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de gobierno. En contraposición a la normativa de la ley francesa, parece que al pre-legislador español le preocupaba el ejercicio de una cierta “lenidad” en materia de delitos políticos —rúbrica, por lo demás, de difícil deslinde, particularmente en el contexto de la legislación penal española de la época—, razón por la cual, atendiendo al criterio de *la naturaleza del delito cometido* y no solamente a la entidad y duración de la penalidad *in concreto*, confeccionó esa amplia y casi exhaustiva lista de conclusiones.

Sin embargo, y como un rasgo propio de un régimen político constitucional —el de entonces, pese a todas sus imperfecciones, sin duda lo era—, el Proyecto Torreánaz *no* deja fuera del ámbito de la condena condicional, cuando, claro está, la duración de la pena lo permita, a los denominados “delitos contra el orden público” (69), entre los que se cuenta el delito de rebelión, la sedición, los atentados contra la autoridad y sus agentes, los de resistencia y desobediencia, desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, a sus agentes y a los demás funcionarios públicos y, en fin, los desórdenes públicos, en base, tal vez, a la consideración político-criminal de que tales actos delictivos no atacan directamente los pilares básicos del sistema constitucional y, en definitiva, del Estado mismo (70). Ello no obstante, y a pesar de la gravedad de las

(69) En consecuencia, el Proyecto Torreánaz no es fiel al concepto de *delito político* que, “a efectos de detención y prisión”, da la Ley de 15 de febrero de 1873 —considerada todavía vigente en la época de la Segunda República española—, cuyo artículo 2.º expresa se consideran delitos políticos: “los comprendidos en las disposiciones del Libro II del Código penal, Título I, capítulos I, II y III; Título II, capítulo I completo, capítulo II en sus secciones 1.ª y 3.ª y artículos 229, 230, 231, 232 y 234 en la sección 2.ª del mismo capítulo; Título III, capítulos I, II y III (donde están regulados los delitos de rebelión y sedición), IV y V, en todos aquellos casos en que por el carácter de la autoridad ofendida o del acto oficial con cuyo motivo se haya cometido el delito pueda éste ser considerado como político”.

(70) Por extraño o paradójico que al profano pueda parecer, ningún delito se ha visto en nuestro país doctrinal y jurisprudencialmente definido de los modos y formas más dispares y contradictorios que el de rebelión común y el

penas señaladas para algunos de los delitos que el título III del libro II del Código de 1870 califica como delitos contra el orden público, lo cierto es que no faltan supuestos legales, cuando menos hipotéticos, en los que es dable el acogerse al beneficio de la suspensión condicional. Así, por ejemplo, el caso de proposición para el delito de rebelión, penado en el párrafo segundo del artículo 249 con la prisión correccional en su grado mínimo y medio; los meros ejecutores de la sedición que, no estando comprendidos en el párrafo primero del número 2.º del artículo 184, son conminados con pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 252; incluso la propia conspiración para el delito de sedición, castigada, según el artículo 254, con la pena de arresto mayor a prisión correccional en su grado mínimo, etcétera.

Algunas reflexiones merece la técnica legislativa utilizada por la propuesta española a este efecto. Ciertamente, el autor del Proyecto no se ha contentado con fundir los fines de prevención general perseguidos por la proposición de ley en una fórmula abstracta o genérica —como podría ser, *ad exemplum*, la actual cláusula mágica de “la defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung*), empleada por los §§ 14 y 23, 3 del *StGB* alemán federal en su versión del 1.º de abril de 1970, fórmula que, inútilmente por cierto, sustituyó a la anterior del “interés público” (*öffentliches Interesse*) (71)—, aunque pudiera tal vez parecer lo contrario, por

de rebelión militar. Aunque, en la época que ahora estudiamos, sigue siendo un delito contra el orden público, y no contra la constitución intrínseca y estructural del Estado mismo, lo cierto es que, a partir del 18 de enero de 1873 —ya en plena segunda guerra carlista—, el tipo de rebelión militar se ha convertido, en los tiempos en que se ponen al rojo vivo las exigencias de intimidación general, en el instrumento característico de represión de algunos regímenes patrios. El comentario resulta inevitable, habida cuenta de que, para el lector profano, podría parecer un contrasentido que el pre-legislador de 1900 en materia de condena condicional no lo hubiera excluido *expressis verbis* del beneficio de la suspensión en la ejecución de la pena al delito de rebelión, siendo así que precisamente unos meses antes, en 1899, se había hecho uso de tal figura delictiva para obligar al pago de los impuestos al sufrido contribuyente, creándose, a tal efecto, por vez primera en nuestro país, una *rebelión sin alzamiento...* y cuyo “*animus hostilis*” dirigido contra el Estado (?) debe, cuando menos, ponerse en tela de juicio. Sobre tan viejo y debatido problema véase el interesante estudio de BARBERO SANTOS, M.: *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960*, en *Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, 143 ss.

(71) Casi la totalidad de la doctrina jurídica alemana coincide en señalar que la fórmula del “interés público” significa acudir a un concepto muy genérico y extensible, complejo, oscuro, indeterminado, susceptible de ser coloreado con todos los tintes y, en suma, necesitado de interpretación. En torno a tan espinoso problema, vide: KLEIN, Walter: *Zum Begriff des öffentlichen Interesses*, Inaug-Diss, Münster, 1969, 2 ss. con una crítica aguda del concepto y sinónimos; VOGEL, H.: *Das “öffentliche Interesse” an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung*, Inaug-Diss, München, 1969, 151 ss.; SCHRÖDER, H.: “Zur Verteidigung der Rechtsordnung. Anmerkung zu zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes”, en *JZ.*, 1971, 241-244; ROESEN, An-

cuanto recurre al uso de fórmulas similares en la Exposición de Motivos y en la fundamentación de las exclusiones del artículo 5.º del Proyecto: “los intereses a que afectan”, “la alarma que producen”, “el perjuicio que irrogan”, “el ejemplo que dan” y “los deberes que infringen” (ciertos delitos).

Lo cierto es, sin embargo, que, según puede apreciarse a simple vista, a tales cláusulas genéricas utilizadas, de contenido gaseoso y en cualquier caso de difícil aprehensión material, valorativa y aún jurídica, ha unido el autor del Proyecto las correspondientes exclusiones concretas por ellas motivadas; es decir, el propio Proyecto se ha encargado de dar un contenido real y preciso a la vacuidad propia de tales fórmulas al enunciar su consecuencia directa: los delitos excluidos del campo de aplicación de la condena de ejecución condicionada. Esto, que a primera vista podría parecer, y sin duda lo es, una nota de considerable perfección por parte del Proyecto en lo que concierne a la técnica legislativa empleada en la confección del mismo, habida cuenta de que la inserción de tales fórmulas genéricas en la esfera del Derecho penal lleva consigo un juicio de referencia a valoraciones o esferas extrañas al Derecho, aparte de la nota de la indeterminación del contenido propia de tales cláusulas (72), junto al riesgo consiguiente derivado del hecho de la necesidad de dejar la fijación de su contenido y alcance en manos del arbitrio judicial (73), obedece, en cambio, a una motivación muy distinta a la antes expuesta por cuanto, consciente de que la instauración de dichas fórmulas implicaría el dejar la fijación de su contenido en manos del juez, y quizá desconfiando del futuro destino que la judicatura daría a la normativa del Proyecto, el legislador optó por adelantarse a cualquier liberalidad por parte de los jueces en la aplicación de la posible ley, concretando el mismo el contenido de la fórmula y evitando, de esta forma, la posibilidad de extender la condena condicional a ciertos delitos. En suma, se operó así una restricción teóricamente inadmisibles del arbitrio judicial, tratándose, como éste es el caso, de una institución de naturaleza eminentemente procesal. El Proyecto instauró con tal proceder el principio “*salus publica ex negatione libertatis*” (74).

Por el contrario, al tratar de operar las restricciones impuestas por los fines de prevención especial perseguidos por el Proyecto de 1900, el autor del mismo, en lugar de hacer alusión a caracterís-

ton: *Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW.*, 1954, 866 y 867, sosteniendo la significación diversa, en base a aspectos meramente formales, que el concepto “interés público” posee en la ejecución de la pena y en la persecución penal.

(72) CLASS, Wilhelm: *Generalklauseln im Strafrecht*, en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 2.ª ed., 1971, 122 ss., esp. 123, 124, 135 y 138.

(73) HÄBERLE, Peter: *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg, 1971, 321-328, 581. Aunque el autor de tan fundamentado estudio no es penalista, las páginas de tan espléndido trabajo incluyen advertencias inestimables para el estudioso de nuestra disciplina.

(74) Cfr. HÄBERLE, P.: *Öffentliches Interesse...*, 136 ss.

ticas y circunstancias muy concretas de la vida individual y comunitaria del posible beneficiario del instituto, optó, en cambio —y ello merece las más severas críticas por cuanto supone una restricción más del campo de aplicación de la suspensión condicionada de la pena—, por recurrir al empleo de cláusulas genéricas, de contenido incierto, inaprehensible a veces y dispar, por cuanto obligan a moverse en esferas de valoraciones morales frecuentemente diversas. Tal es el caso de las exclusiones fundamentadas por los supuestos delictivos “reveladores de una malicia excesiva” o por aquellos que son excluidos a causa de “la perversidad que demuestran”. Según veremos, mediante la inserción en el articulado del Proyecto de fórmulas tales, necesitadas de interpretación, se pone, como expresa BAUMANN, en manos del juez un acordeón con el que puede, con arreglo a sus deseos, hacer música de retribución o de resocialización (75). Aunque volveremos nuevamente sobre el problema, digamos ahora que a nadie puede escaparse la enorme restricción que en la esfera de aplicación de la condena condicional puede ser realizada con el empleo de las susodichas fórmulas, que, repito, en este caso concreto, el autor de la propuesta no vaciló en depositar en manos del arbitrio judicial.

Mas, sin lugar a dudas, y al menos programáticamente, la normativa del Proyecto español es, en este punto concreto, mucho más progresista y liberal, amén de técnica, que las actuales tendencias legislativas —plasmadas frecuentemente en leyes especiales que suponen un flagrante y peligroso para la seguridad jurídica vaciado del Código penal en materia de delitos políticos en sentido amplio, como, por ejemplo, la de Orden Público— y jurisprudencial dirigidas a excluir a todo tipo de delito atentatorio contra “la seguridad del Estado” (rúbrica ésta de vasto significado e inconmensurables límites) del beneficio de la condena condicional, por leve que resulte la pena impuesta en virtud de sentencia firme (76). Por otro lado, el proceder del Proyecto al no excluir, *a priori*, a los delitos contra el orden

(75) BAUMANN, Jürgen: *Resozialisierungsgedanke und Rechtsgüterschutz im 1. und 2. StrRG*, en *DRiZ.*, 1970, 2 ss., esp. 6.

(76) La tendencia excluyente por el procedimiento de leyes especiales comienza sobre todo a partir de la Segunda República española. Concretamente a partir del *Proyecto de ley de Orden público leído por el Sr. Ministro de la Gobernación* (Santiago Casares Quiroga) el 7 de abril de 1933 [*Vide: Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, t. XX (1933), Ap. 2.º al núm. 325, 1 ss., esp. 12], en cuyo art. 85 (dentro del título III, relativo al *procedimiento*) establece, con una redacción del todo incorrecta y que ha influido notablemente en el legislador de 1959 y, en particular, en el de 1971: “*Los acusados que en este procedimiento fuesen condenados quedan exceptuados de los beneficios de la condena condicional.*” Sin duda, alude el legislador al procedimiento que, con arreglo a lo dispuesto en el título III del Proyecto de ley de Orden Público, ha de seguirse “decretado el estado de prevención o decretada la suspensión de garantías...”. Idéntica preceptiva excepcional se contiene en el art. 89 del *Dictamen de la Comisión de Gobernación sobre el proyecto de ley de Orden Público* de 23 de junio de 1933 [*Vide: Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, tomo XXI [1933], Ap. 6.º al núm. 359, págs. 1 ss., esp. 10]. Por último, la pre-

público por su naturaleza intrínseca merece elogios, máxime si se toma en consideración que, tratándose de delitos que, como los de rebelión y sedición, son considerados hoy de gravedad suma y para los cuales no rige ya prácticamente el Código penal común, el catálogo de normas penales entonces aplicable era precisamente todavía el propio Código penal común.

Ahora bien, en esa línea excluyente antes mencionada, el Proyecto elimina, asimismo, los delitos de estrago de que haya de conocer la jurisdicción común, con arreglo a las leyes de 10 de julio de 1894 —*Ley estableciendo penas contra los delitos cometidos por medio de sustancias explosivas y procedimiento para imponerlas*— y de 3 de septiembre de 1896 —*Ley sobre delitos cometidos por medio de explosivos*, publicada en la *Gaceta* de 4 de septiembre y modificada en *Gaceta* de 7 de diciembre del mismo año (77)—. Tampoco

ceptiva aludida pasó sin modificaciones de ningún género a formar parte del párrafo s) del art. 71 de la *Ley promulgada sobre Orden público* de 26 de junio de 1933, publicada en la *Gaceta* del 28 del mismo mes e idéntico año. Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, t. XXI [1933], Ap. 8.º al núm. 379, págs. 1 ss., esp. 10.

Esta tendencia a excluir a determinados delitos de la posibilidad de acogerse a los beneficios de la condena condicional ha sido, por otro lado, fielmente seguida en la vigente *Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*, cuyo art. 50, núm. 8, declaraba: “Los condenados no podrán disfrutar los beneficios de la condena condicional”; si bien la *Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959* (B. O. E. núm. 175, de 23 de julio de 1971, págs. 12092 ss.), ha dado un giro hacia la antigua redacción del año 1933, al preceptuar en su artículo 47 que “los condenados en estas actuaciones no podrán disfrutar de los beneficios de la remisión condicional”, dando lugar a hipotéticas, y quizá reales, aplicaciones prácticas del principio de retroactividad de la ley penal más desfavorable para el reo.

En tanto no existió la Ley de Orden Público de 1959, la tendencia jurisprudencial a excluir tales delitos de la esfera de aplicación de la remisión condicional fue clara y manifiesta. Todavía en la actualidad se hacen verdaderas interpretaciones forzadas del texto del Código en lo concerniente a la remisión condicional con la finalidad de no extender su campo de aplicación a delitos como el de injurias al Jefe del Estado cometido en estado de embriaguez fortuita, pese a apreciarse ésta como *atenuante muy calificada*, mas no como *eximente*, ni siquiera *incompleta*; haciéndose, en suma, consideraciones como las relativas al hecho de que “ha de valorarse pragmáticamente... si procede otorgarla individualmente, de acuerdo, por un lado, con la personalidad y peligrosidad del delincuente, y de otro, con razones de orden público e interés colectivo, que conjuguen la prevención especial y la general a que tiende la sanción punitiva”. En este sentido, literalmente, la S. de 29 de noviembre de 1969, declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra el auto del Tribunal de Orden Público de 6 de mayo de 1969, que denegaba la concesión de la condena condicional.

(77) La ley de 9 de septiembre de 1896 relativa a la punición de los *delitos cometidos por medio de explosivos*, conocida también como “Ley de represión del anarquismo” y revigorizada por el R. D. para su cumplimiento de 16 de septiembre de 1896, venía a completar las “lagunas” existentes en la de 10 de julio de 1894, si bien el art. 7.º de aquélla limitaba expresamente su período de vigencia, que caducaría a los tres años, salvo que, transcurridos éstos, fuera ratificada por las Cortes. En las “Leyes Penales de España” de Medina y Marañón, edición de 1902, se aclara que la precitada ley no ha sido ratificada por las Cortes, aunque se publica, pese a no haberse prorrogado su observancia, por hallarse relacionada con ella la ley de 10 de julio de 1894.

puede alcanzar “tal gracia” a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, “a causa del ejemplo que dan y de los deberes que infringen”. El delito de robo con violencia o intimidación en las personas o en casa habitada o en edificio de los mencionados en el artículo 521, cualquiera que sea su cuantía, o en lugar no habitado cuando el valor de lo robado exceda de 25 pesetas, y los de hurto y estafa por valor superior a 100 pesetas, aparecen, asimismo, excluidos del beneficio de la condena condicional “por el perjuicio que irrogan y la perversidad que demuestran”, según declara la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto.

Por último, ha de señalarse la eliminación de los delitos de contrabando y defraudación regulados por el Real Decreto de 20 de junio de 1852 (78).

2) *La idea de prevención especial y la cláusula genérica de la “malicia excesiva”.*

La rúbrica de las exclusiones concluye con una especie de cláusula genérica en exceso, si bien de alcance preventivista especial, con arreglo a la cual quedan exceptuados de la facultad otorgada a los tribunales ordinarios para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los delincuentes primarios “todos aquellos (delitos) que a juicio del Tribunal sentenciador *revelen en el delincuente una malicia excesiva*”; cláusula que, dada su enorme amplitud y la naturaleza intrínseca de la misma, supone una considerable concesión al arbitrio judicial, lo cual, aunque representa una necesidad lógica derivada de la propia estructura y naturaleza del instituto de la condena condicionada, no deja de ser un arma de doble filo.

Junto a la fórmula de “la perversidad que demuestren” —determinante, asimismo, de exclusiones del ámbito de la condena condicional—, el autor del Proyecto de 1900 incluye la cláusula vaga, y, por tanto, necesitada de interpretación, de la “malicia excesiva”; extremo que merece, a mi juicio, los más severos reproches.

En primer término, porque, tratándose de una fórmula de contención fundamentada en el criterio de prevención especial, la propuesta legislativa no debería haber optado, como este es el caso, por una cláusula general, sino, por el contrario, por la fijación de criterios concretos alusivos a las particulares características del delincuente, como, por ejemplo, a la edad, modo de vida anterior al delito, ambiente familiar y social del mismo, proclividad al delito, etcétera; datos que podrían fundamentar, en suma, una predicción, una *prognosis criminal de autor* en orden a la aplicación de la con-

(78) El Proyecto hace referencia al *R. D. sobre represión de los delitos de contrabando y defraudación de 20 de junio de 1852*, en vigor según la disposición final de la ley de Enjuiciamiento criminal, con arreglo a la cual el citado R. D. pasó a constituir el Apéndice 12 de las Ordenanzas vigentes de Aduanas de 15 de octubre de 1894 —*Gaceta* de 28 de octubre de 1894—, aunque sustancialmente modificado, como es lógico.

dena de ejecución condicionada y, también, en lo que concierne a la expectativa del futuro comportamiento del delincuente.

En segundo, por haber recurrido a la fijación de una cláusula genérica que, pese a venir basada, a mi juicio, en fines de prevención especial, habría de prestarse necesariamente, sin embargo, a funciones de prevención general, al estar necesitada de interpretación judicial (79). Pero, además, la elección del Proyecto en tal formulación no ha podido ser más desafortunada desde el punto de vista terminológico, puesto que ha optado por la inclusión en tal cláusula de un término tan mal interpretado y discutido como lo es el vocablo "malicia". Y prueba inconcusa de ello es, según veremos seguidamente, que el verdadero significado y alcance del término "malicia" en el articulado del Proyecto son distintos por completo a los que suele asignársele por la doctrina jurídico-penal en el contexto de nuestro Código, donde se la considera sinónima de dolo (80).

Sin embargo, el Proyecto habla de "malicia excesiva", lo que implica, sin duda, una alusión a las posibles gradaciones de la malicia, y parece que este concepto no resiste gradaciones cuando se lo identifica con la voluntariedad intencional, la intención de delinquir; el dolo, en suma. En tales supuestos cabe tan sólo la afirmación de la presencia o ausencia de la malicia; de ahí, pues, que suela excluirse por la doctrina penal moderna la posibilidad de constatar gradaciones en la misma.

Por el contrario, cuando al término "malicia" se le impregna de un contenido fundamentalmente psicológico resultante de un estado personal interno variable y, por tanto, susceptible de medición según la intensidad del fenómeno espiritual, entonces sí puede afirmarse la posibilidad de establecer gradaciones. Esta acepción del vocablo "malicia", que, según DORADO MONTERO, es equivalente a "maldad", "perversidad", "crueldad", "perversión", "improbidad", "corrupción", "monstruosidad", "fealdad o desfiguramiento moral", "malas tendencias o inclinaciones", se nos aparece muy próxima, por no decir completamente equiparada, a las expresiones "*aus gemeinen Beweggründen...*" o "*aus niederträchtiger Gesinnung*" [que, en opinión de GAUTIER, son sinónimas de "perversité" o de "*mobilis bas*" (81)], empleadas por el artículo 46 del Anteproyecto de Código penal suizo de Carl STROOSS (1893) y, a imitación de éste,

(79) *Vide supra*, págs. 341 ss.

(80) En torno al problema de la equiparación de algunas expresiones empleadas por el Código penal con el dolo, *vide*: ANTON ONECA, J.: *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, 140; CEREZO MIR, J.: *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en *ADPCP*, 1961, 67 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 2.^a ed., 1971, 276 ss. con abundante bibliografía; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La presunción legal de voluntariedad*, en *ADPCP*, 1965, 68 ss.

(81) Cfr. *Exposé des Motifs de L'Avant-Projet de Code Pénal Suisse. Partie Générale*, redactada por Carl STROOSS por encargo del Consejo Federal y traducida por encargo del Departamento Federal de Justicia y Policía por Alfred GAUTIER. Septiembre 1893, Bale y Genève, 1893, págs. 74 ss.: "*que l'auteur n'ait pas été poussée par des mobiles bas*".

por el artículo 84 del Proyecto de Código penal MONTILLA Y ADÁN (1902), cuyo inciso primero alude expresamente a la denegación del beneficio de la condena condicional cuando el delito o falta sean “achacables a *móviles bajos o vergonzosos*” (82).

Ante esta nueva acepción del término “malicia” puede hablarse, desde luego, del *grado de malicia* del reo, lo cual no significa otra cosa que el que los tribunales tomen en consideración “el mayor o menor peligro que para la convivencia social se calcule que representan tales elementos, y, por lo mismo, la mayor o menor desconfianza con que hay que mirarlos y comportarse con ellos”, dice DORADO (83), para el cual no cabe dar otra interpretación más que ésta al término “malicia excesiva”, tal y como aparece utilizado por el Proyecto Torreánaz, como tampoco cabe otorgar un significado diverso a la expresión “atendiendo... a la *mayor o menor perversidad del culpable al delinquir y al grado de malicia con que éste hubiere procedido al ejecutar el hecho punible*”, que emplea la circunstancia 3.^a del artículo 3.^o del Proyecto de ley de 31 de octubre de 1907, de don Juan ARMADA Y LOSADA, marqués de Figueroa, sobre condena condicional (84). En síntesis, late en todos esos vocablos la idea de peligrosidad social del delincuente.

Ello no obstante, tratándose, como en este supuesto concreto, de un juicio de valor emitido por el Tribunal sobre un sujeto en base, claro está, a una actuación precedente del mismo, el tipo o límite de comparación insito en tal concepto, a fin de averiguar si lo traspasa o no el reo, no se halla, empero, determinado en parte alguna y, como sucede tratándose de cláusulas generales, ha de quedar encomendado necesariamente a la “conciencia del Tribunal”, al cual se le concede, de esta suerte, una libertad enorme, que, a juicio de DORADO —partidario fervoroso del mayor arbitrio judicial posible—, “en estas materias se suele considerar siempre muy peligrosa y, por lo mismo, necesitada de fuertes restricciones” (85).

c) *La exclusión de los denominados “delitos privados” y de las penas accesorias.*

Es de alabar, por otra parte, desde el punto de vista de la concepción legislativa patria, la exclusión del articulado del Proyecto de los denominados delitos privados, es decir, de “los que según la ley sólo pueden perseguirse en *virtud de querrela o denuncia de la*

(82) *Vide infra*, págs. 406 y 407.

(83) DORADO MONTERO, P.: *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, 2.^a ed., corregida y aumentada, Madrid, 1910, 218 ss., esp. 220. También para SALDAÑA, esa fórmula del “grado de perversidad” empleada, *ad exemplum*, por nuestro Derecho penal militar contiene “la estimación del valor sintético, moral de la conducta”, y llega el mismo autor a calificarla como “la más progresiva fórmula psicológica de nuestra legislación”. Cfr. SALDAÑA, Q.: *Adiciones...*, t. II, 3.^a ed., Madrid, sin fecha, 451.

(84) Véase *Gaceta de Madrid*, sábado 2 de noviembre de 1907, Año CCXLVI, núm. 306, págs. 431 y 432. Cfr. DORADO MONTERO, P.: *La psicología criminal...*, 220, nota 2.

(85) DORADO MONTERO, P.: *La psicología criminal...*, 218, nota 2.

parte ofendida" (art. 5.º), si bien, con posterioridad, tanto el primer legislador en materia de condena condicional (1908) como los sucesivos reformadores de la primera ley española sobre suspensión condicionada de la ejecución de la pena no hayan procedido de igual modo, abriendo la puerta a la posibilidad de aplicar el instituto mediante solicitud de la parte agraviada.

A mi juicio, sin embargo, la exclusión de los delitos privados del mencionado Proyecto merece loa, por cuanto la inclusión de tales delitos en la esfera de la condena condicional, conforme a la concepción de "*gracia*" que la propuesta española otorga a esta última, sólo perturbaciones sin fin y soluciones flagrantemente injustas podría acarrear; habida cuenta de que, dadas las notables facultades que el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal depositan en manos del ofendido —incoar, por supuesto, la acción penal, retirarla o extinguirla, renunciar a la misma y, en suma, el perdón por parte de la persona agraviada o lesionada con el considerable alcance de extinguir la responsabilidad penal—, tal inclusión podría en algunas hipótesis frecuentes dar lugar a un enojoso "encuentro o conflicto" de dos perdones o beneficios: de un lado, el otorgado por el juez en forma de suspensión condicional de la pena impuesta por sentencia firme, y de otro, el perdón del ofendido, que, en este caso, borraría, por su mayor eficacia y alcance, los efectos que la autoridad judicial persigue mediante la aplicación de una institución como la condena condicionada, encaminada principalmente a la evitación de la reincidencia y en cuya concesión u otorgamiento han de confluir forzosamente fines de prevención general y especial; mientras que en el supuesto del perdón del ofendido únicamente se destaca y actúa el interés privado depositado en manos del lesionado. Consideraciones todas ellas que, en definitiva, deben pesar siempre, incluso aún cuando se considere a la condena condicional como una modificación o modalidad del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta (86).

Tampoco alcanza, por otra parte, el beneficio a las penas accesorias de privación de derechos ni a las costas procesales y responsabilidades civiles, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.º del

(86) La concepción de la condena condicional como una "simple modificación de la pena privativa de libertad en lo que respecta a la ejecución", tal y como hace un importante sector de la doctrina penal alemana que arranca de BRUNS (en *Die Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Rückblick auf Rechtsprechung und Lehre seit dem Inkrafttreten der §§ 23 ff. StGB (n. F.)*, en *GA.*, 1956, 193 ss., esp. 202 y 203), no dice nada en concreto, al fundarse en argumentos puramente formales para conservar así el carácter de pena del instituto. Por el contrario, mantener la naturaleza de modificación de la pena privativa de libertad en la condena condicional requiere, a mi juicio, fijar la atención en el período de ejecución de la misma, con lo que nos encontramos con el régimen de prueba, el cual se acerca más a una medida de seguridad que a una pena propiamente dicha. Camino por el que llegaríamos, en suma, a la solución que ve en nuestro instituto un tipo mixto de pena y de medida de seguridad. Cfr. VRL, M. P.: *Zum Problem der Strafaussetzung*, en *ZStW.*, 66 (1954), 218 ss., esp. 232 y 233.

referido Proyecto; precepto éste que no deja de ser fiel trasunto de los párrafos primero y segundo del artículo 2.º de la ley Bérenger. Por el contrario, omite el mencionado artículo las previsiones del último párrafo del artículo 2.º del texto francés, el cual declara que, a pesar de que la suspensión de la pena no comprende las costas judiciales, indemnización civil, penas accesorias e incapacidades derivadas de la sentencia suspendida; sin embargo las penas accesorias y las incapacidades no suspendidas dejarán de tener efecto el día en que por la aplicación del artículo precedente la sentencia sea considerada como no pronunciada ("*comme non avenue*") (87).

d) *La rehabilitación de los condenados condicionalmente.*

En definitiva, aunque la proposición de ley española implica el optar por el sistema de "*sursis á l'exécution de la peine*", existe entre el sistema español y el impuesto por la ley francesa una considerable diferencia de fondo.

Así, el artículo 6.º del Proyecto Torreánaz fija el término o período de duración de la suspensión en diez años, frente a los cinco estipulados por el párrafo segundo del artículo 1.º de la ley Bérenger. Pero, además de la diferencia referida, el punto de mayor divergencia entre ambos estriba en la situación jurídica *ex post* del condenado condicionalmente. En este sentido, mientras la ley francesa arbitra que "si, durante el plazo de cinco años a partir del fallo o de la sentencia (en que se acuerde la suspensión), el condenado no ha incurrido en ningún auto de procesamiento seguido de condena a prisión o a una pena más grave por crimen o delito de derecho común, la condena se considera como no impuesta" (88), por el contrario, el Proyecto de 1900 fija la duración de la suspensión en diez años, en cuyo transcurso, si el reo comete algún delito por el que fuere ejecutoriamente condenado, se le revoca o deja sin efecto la suspensión acordada (art. 6.º), obligándosele a cumplir la condena en suspenso y la que nuevamente se impusiere por el orden establecido en el artículo 88 del Código penal. Mas transcurridos diez años, a partir desde la notificación de la sentencia firme, sin que el reo haya incurrido en responsabilidad cri-

(87) La "*Loi du 26 mars 1891*", después de disponer en el párrafo 2.º de su artículo 1.º que "si en el transcurso del plazo de cinco años a partir del fallo o de la sentencia el condenado no ha sido objeto de ningún proceso seguido de condena a prisión o a una pena más grave por crimen o delito de derecho común, "*la condamnation sera comme non avenue*" (la pena se considerará como no impuesta) —extremo éste de gran importancia, por cuanto separa el sistema de la ley francesa de otros sistemas continentales que, pese a seguir el llamado sistema de "*sursis á l'exécution de la peine*", dejan, ello no obstante, como sucede con el alemán y el nuestro, subsistentes los antecedentes penales derivados de la sentencia condenatoria impuesta—, especifica en su art. 2.º: "*La suspension de la peine ne comprend pas le paiement de frais du procès et des dommages-interêts. Elle ne comprend pas non plus les peines accessoires et les incapacités résultant de la condamnation. Toutefois ces peines accessoires et ces incapacités cesseront d'avoir effet du jour où, par application des dispositions de l'article précédent, la condamnation aura été réputée non avenue.*"

(88) *Vide* la nota anterior.

minal por otro delito —extremo que precisa ser acreditado por medio de certificaciones de los registros de la Audiencia y del de Penados del Ministerio—, el Tribunal se limita a declarar *prescrita* la pena, si bien subsisten todos los efectos derivados de la imposición, aun suspendida, de esta última, así como también los antecedentes penales y su correlación con la rehabilitación del condenado (art. 9.º).

En síntesis, mientras la ley francesa establece para el caso en que el período de suspensión se desarrolle con normalidad absoluta un sistema de *rehabilitación legal* o de *pleno derecho*, de mayor alcance y efectos que la *rehabilitación* judicial creada por la ley de 14 de agosto de 1885 (89), de forma que, a efectos de rehabilitación, la condena se considera como desaparecida, como no impuesta (*effacée, non avenue*), no pudiendo, según el unánime sentir de la doctrina francesa de la época y en contra del parecer aducido en sentido contrario por Le Jeune sobre el párrafo segundo del artículo 9.º de la ley belga de 1888 (90), dicha condena producir, en el futuro, efecto alguno en lo

- (89) Ello no obstante, pese a que en los debates sobre la ley de 26 de marzo de 1891 se ha hablado de que el cumplimiento normal de las condiciones ínsitas en la suspensión de la ejecución de la pena supondría una rehabilitación de pleno derecho similar a la rehabilitación judicial prevista en los artículos 619 y siguientes del *Code d'instruction criminelle*, dicha afirmación debe aceptarse con grandes reservas, puesto que, como agudamente objeta LOCARD, profundas diferencias separan a ambas: 1.º La rehabilitación legal o de derecho no se adquiere sino al término de los cinco años que dura el período de suspensión; la rehabilitación judicial puede solicitarse tres años después de haber expirado el cumplimiento de la pena, presuponiendo siempre, además, que la pena haya sido ejecutada o haya sido remitida (perdonada) (art. 619 del *Cod. d'instr. criminelle*), mientras que la rehabilitación de pleno derecho se obtiene en el caso del "sursis" mediante el cambio en *dispensa* definitiva de lo que hasta el transcurso de los cinco años era una dispensa temporal; 2.º La primera tiene lugar de pleno derecho, es decir, automáticamente, mientras que la judicial ha de ser solicitada y sólo puede ser acordada por el Tribunal de Apelación, previa encuesta, etc. (arts. 622, 624 ss. del *Cod. d'instr. criminelle*); 3.º Por último, así como la rehabilitación judicial no se produce en ningún caso sin el justificante de haber abonado el reo las costas y los daños derivados del delito, la de pleno derecho tiene lugar incluso cuando el condenado *pendente contitione* no haya satisfecho el perjuicio ocasionado por el delito, a pesar de venir obligado a ello en virtud del art. 2.º, párrafo 1, de la ley de 26 de marzo de 1891. Por otra parte, las disposiciones previstas en el art. 634, párrafos 3 y 4, del *Code d'instruction criminelle*, en el sentido de que el individuo ya rehabilitado y que haya sufrido una nueva condena sólo al cabo de diez o de seis años puede solicitar una segunda rehabilitación, no pueden aplicarse a la rehabilitación de pleno derecho, siendo así que a aquella rehabilitación judicial prevista en el 634 citado hace referencia la ley de 14 de agosto de 1885. Cfr. LOCARD, Henri: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891*.... 1891, 105 y 106, nota 1. *Vide*, también, a este respecto: CHRISTOPHE, G.: *De la Rehabilitation*, Thèse, Paris, Henri Jouve, 1904, 81 ss., el cual reconoce, en esta materia, que la ley de 1885 ha puesto fin a ciertos abusos de poder, restableciendo la preponderancia del derecho sobre el mero favor, al depositar la rehabilitación en manos de la autoridad judicial, lo cual constituye un progreso real (97 ss.).

(90) A pesar de que el párrafo 2.º del artículo 9.º de la ley belga de 31 de mayo de 1888 instituyendo la condena condicional ofrece una redacción similar a la ínsita en el párrafo 2.º del art. 1.º de la ley francesa de 1891, parece, no obstante, haber sido interpretado de modo distinto. En este sentido, digamos, en primer término, que el art. 9.º de la ley belga expresa: "*Les cours*

que respecta a la generación de reincidencia que impida la aplicación de nuevo del beneficio del "sursis", según destacan LOCARD y GEORGE, entre otros. Interpretación cuya consecuencia última vendría a ser la admisibilidad de una o varias condenas condicionales sobre el mismo sujeto (91). Además, en lo que respecta a las penas accesorias y complementarias no suspendidas, los efectos de tal rehabilitación legal o de pleno derecho determinan, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 2.º del texto legal francés, que tales penas cesen o dejen de tener efectos a partir del día en que, por aplicación de las disposiciones del artículo precedente, la condena se haya considerado como no recaída o impuesta. Finalmente, en lo que respecta a los antecedentes penales del condenado condicionalmente, una vez remitida la pena suspendida *pendente conditione*, la ley Béranger dispone que la condena condicional que había sido inscrita, con expresa mención de la suspensión, en el casillero judicial no figure ya, desde el momento en que haya expirado el período de suspensión o de prueba sin una nueva infracción, en las certificaciones o testimonios que se libren a los interesados o justiciables (art. 4.º, 2), aunque, en contra de lo que pudiera parecer en un principio, persiste la inscripción de la condena condicionada en lo que hace referencia a los testimonios entregados al ministerio público. La aparente o real contradicción existente a primera vista en este punto concreto pretende ser salvada por la doctrina francesa en base a considerar que es lógico que la rehabilitación de pleno derecho haga desaparecer *sine die* la condena, pero no —y en esto se diferencia claramente la condena condicional de la amnistía— la infracción misma. Con ello, se advierte, no se perpetúa

et tribunaux, en condamnant á une ou plusieurs peines peuvent, lorsque l'emprisonnement á subir, soit comme peine principale ou subsidiaire, soit par suite du cumul de peines principales et de peines subsidiaire, ne dépasse pas six mois, et que le condamné n'a encouru aucune condamnation antérieure pour crime ou délit, ordonner par décision motivée qu'il será sursis á l'exécution du jugement ou de l'arrêt, mais qui ne peut excéder cinq années. La condamnation sera comme non avenue si, pendant ce délai, le condamné n'encourt pas de condamnation nouvelle pour crime ou délit. Dans le cas contraire les peines pour lesquelles le sursis a été accordé et celles qui font l'objet de la condamnation nouvelle sont cumulées" (Pasinomie, 1888, loi n.º 218, pág. 223). En relación con el párrafo 2.º, el Ministro de Justicia belga y padre de la ley de 1888, LE JEUNE, en una de sus intervenciones ante la Cámara de Representantes (*Séance du 16 mai 1888*) y ante el Senado (*Séance du 24 mai 1888*) sostenía que, si bien es cierto que la condena condicional, al término del período de prueba, se considera como no impuesta (*non avenue*), no lo es menos que de hecho tal condena existe y, por tanto, impide al inculcado ser admitido de nuevo al beneficio del *sursis*. Sus palabras textuales son: *Du moment que l'inculpé a déjà été condamné précédemment, qu'une condamnation a été prononcée contre lui, rien ne peut faire qu'il n'ait pas encouru cette condamnation; c'est le fait. Seulement, la condamnation peut, dans le cas prévu par la loi, être considérée comme non avenue; c'est la fiction, elle ne détruit pas le fait."* Véase, sobre todo lo relativo a la ley belga de 31 de mayo de 1888: *Recueil des documents parlementaires et discussions relatifs á la loi du 31 mai 1888*, publiée par le gouvernement belge, 1888, 161 ss.

(91) LOCARD, Henri: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891...*, 26 ss.; GEORGE, L.: *Du sursis conditionnelle á l'exécution de la peine...*, París, 1895, 160 s.

la mácula derivada de la primera condena, sino que tan sólo se busca el tener constantemente informado al ministerio público acerca de la conducta anterior de un posible futuro acusado (92).

Por el contrario, mucho más retrógrado, el Proyecto español —que arbitra en su artículo 8.º la creación por los Tribunales de un registro especial donde anotarán esas sentencias y, además, la constitución de una sección especial con el epígrafe “Condenas en suspenso” en el Registro Central de Penados del Ministerio de Gracia y Justicia—, después de exigir que el reo camine soportando el largo peso que suponen diez años sin mácula penal alguna, deja a éste en idéntica situación que un vulgar penado más que haya pasado dos o tres años por una prisión, en lo que hace referencia a la obtención de su rehabilitación, ya que sus antecedentes penales no desaparecen por el mero hecho de haber sido suspendida la ejecución de su pena y haber transcurrido el período de diez años sin incurrir en sanción penal alguna; dando, en suma, lugar a la reincidencia, en el caso de la comisión de otro delito con posterioridad a esos diez años, y cómo no, a la imposibilidad absoluta de una segunda condena condicional. Téngase en cuenta, por otro lado, que en la época en que fue publicado el Proyecto español de ley sobre suspensión de la ejecución de la pena un verdadero régimen legal sobre la rehabilitación de los penados era prácticamente inexistente, por cuanto bajo la vigencia de la Real Orden de 5 de diciembre de 1892 sobre el *Registro Central de Penados y Procesados* —modificadora del Real Decreto de 2 de octubre de 1878, también sobre el *Registro Central de Penados y Procesados*, [*Gaceta* del 15 de octubre del mismo año]— únicamente podían ser eliminadas del Registro central y de los parciales las notas autorizadas de los penados fallecidos; las de los individuos cuya edad sume setenta años, salvo que conste que están cumpliendo condena o en algún trámite procesal; las relativas a hechos delictivos que como consecuencia de una revisión del Código penal o de leyes especiales dejaren de constituir delito; las de los que obtuvieren sentencia absolutoria en recurso de revisión y, finalmente, las de los individuos que hayan sido comprendidos en las amnistías (art. 10).

e) *Los presupuestos legales de aplicación de la condena condicional.*

Por otra parte, los requisitos o presupuestos necesarios exigidos por el Proyecto para la concesión de la suspensión de que se trata pueden sintetizarse en los siguientes:

— En primer término, que “*el reo no haya cometido otro delito con anterioridad*” (art. 3.º, 1), expresión que por huir, tal vez, de la genérica utilizada por el artículo 1.º del texto francés —“*si l'inculpé n'a pas subi de condamnation antérieure à la prison pour crime et délit de droit commun*”, donde, como puede apreciarse, se da un trato de favor especial a los condenados anteriormente por “delitos políti-

(92) LOCARD, Henri: *Commentaire de la loi du 26 mars 1891...*, 24 ss.

cos"—, se presta a confusiones en orden a la apreciación de la naturaleza de delincuente primario en el hipotético beneficiario, por cuanto éste bien pudiera haber cometido con anterioridad otro delito que sea descubierto durante el proceso en cuestión o por el que, en fin, haya sido absuelto pese a haberlo cometido realmente, es decir, por el que no haya recaído pena impuesta por sentencia firme, con lo que una interpretación *ad pedem litterae* del texto de la proposición de ley traería lógicamente consigo la exclusión de tal sujeto en base a no ser considerado delincuente primario. Preferible habría sido recurrir a la también ambigua, pero desde luego mucho menos, expresión basada en el criterio formal de "no haber recaído con anterioridad sentencia firme condenatoria por delito...".

Si bien es verdad que, puesto en relación el número 1 del artículo 3.º del Proyecto con los preceptos del mismo relativos al *tipo de la revocación* (arts. 6.º y 9.º), resulta obligado, a la hora de apreciar la condición de delincuente primario, y, por tanto, de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena *pendente conditione*, que el supuesto beneficiario haya no sólo cometido un delito [criterio material], sino también que haya sido objeto de un auto de procesamiento y del consiguiente fallo procesal de culpabilidad en sentido condenatorio [criterio procesal formal] (93).

Por otro lado, tampoco especifica el texto del Proyecto nada en torno a la naturaleza que deba poseer la infracción precedente (vr. gr., dolosa o culposa, etc.), laguna que sigue sin colmar aún en nuestros días. En otro orden de ideas, la ley francesa parece, en principio, dejar expedito el camino de aplicabilidad del "*sursis*" a todo sujeto que haya sido precedentemente condenado, siempre y cuando dicha condena no lo sea por "crimen y delito de derecho común", dando, de este modo, acogida, en suma, a las infracciones de carácter político. Finalmente, la exclusión de las faltas de la esfera de aplicación de la condena de ejecución condicionada implica lógicamente que la comisión de una falta y la consiguiente condena recaída sobre el autor de la misma no eliminen la condición de delincuente primario en aquél y, por consiguiente, no imposibiliten la aplicación de la suspensión condicional de la pena en este caso, salvo, claro está, que se trate de la comisión de varias faltas que, según expresa previsión legal, puedan, al llegar a la tercera, por ejemplo, dar lugar a la elevación de aquella infracción a la categoría de delito.

— En segundo, que "*en el delito que se castiga no haya concurrido ninguna agravante*". En este punto la proposición de ley vuelve al criterio preventivista de fijarse en la *mayor perversidad* del delincuente, aunque, como en el supuesto de las agravantes, haya de procederse con criterios objetivos para verificar su existencia. Es decir, vuelve de nuevo el legislador la espalda al *criterio de la pena* para

(93) Véase, sobre el problema, mi artículo: *El "tipo de la revocación" de la condena condicional*, en *ADPCP.*, t. XXV, I (1972), 147-170.

retrotraerse al de la naturaleza del delito cometido, si bien va, a mi entender, aún más lejos al recargar, en este caso, todo el peso de la cuestión en el criterio de prevención especial, en la perversidad del delincuente que ha ejecutado el hecho delictivo, evidenciando, según la dicción del propio Proyecto en un sentido no muy técnico, *una malicia excesiva*. No veo, de otro lado, razón jurídica alguna diversa de la aquí expuesta que haya podido mover al autor del Proyecto para excluir a los hechos delictivos en que medien circunstancias de agravación de acogerse al beneficio de la suspensión, salvo la causa motivadora de la discriminación antes aludida.

— Por último, la gran novedad y, por supuesto, innegable originalidad del Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz radica en el número tercero del también artículo 3.º: “*Que el hecho no sea excusable por falta de alguno de los requisitos que enumera el artículo 8.º del Código penal para eximir de responsabilidad, siempre que haya concurrido uno o más de ellos, o que el culpable haya cometido el delito en completo estado de embriaguez, no siendo ésta pasional o habitual, o posterior al proyecto de cometerlo, o en un estado de sobreexcitación tan notorio, que sin llegar a la locura, haya perturbado u oscurecido considerablemente la razón del culpable en el acto de ejecutar el delito.*”

Sin duda alguna, ha sido este último número, suprimido en el *Dicamen de la Comisión acerca del proyecto de ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez* (94), el más novedoso y discutido a la hora de confeccionarse nuestra primera ley sobre condena condicional (1908) y el que, además, en un espíritu de transacción, provocó la no menos original y desafortunada división entre una suspensión condicionada de la pena de carácter facultativo (*ex arbitrio iudicis*) y otra de naturaleza obligatoria o por ministerio de la ley (*ex necessitate legis*) (95).

Desde luego, dicho precepto carece de parangón en las leyes belga y francesa, razón por la cual cabe deducir que el legislador español deseó reafirmar el otorgamiento de la suspensión condicional a ciertos “estados de hecho” reveladores de una menor capacidad de culpabilidad o de una menor gravedad de lo injusto. Si bien subsiste el problema de si para la posible aplicación del beneficio a tales estados es menester la concurrencia del presupuesto enumerado en el artículo 1.º —pena de arresto mayor o de presidio o prisión correccional en grado mínimo, amén de ser primario el delincuente y no haber concurrido en el delito circunstancia agravante alguna (art. 3.º, números 1.º y 2.º)—, o, por el contrario, si la suspensión debe otorgarse, en el supuesto de que concurren los presupuestos enumerados en el número 3.º del artículo 3.º, con independencia de los requisitos anteriormente mencio-

(94) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, Ap. 10 al núm. 106 [15 de enero de 1900], pág. 2.

(95) *Vide*, art. 5.º, núms. 1 y 2, del Proyecto de 31 de octubre de 1907; art. 5.º de la Ley de 17 de marzo de 1908, y art. 94 del Código penal vigente.

nados, los cuales, dicho sea de paso, parecen revestir carácter general. El problema, ello no obstante, merece atención especial por la influencia que ha ejercido en la legislación posterior y por adolecer de un evidente defecto de técnica legislativa.

En primer término, induce ya a confusión el hecho de escalonarse tres presupuestos diversos (los enunciados en el art. 3.º) calificados como "*condiciones indispensables para que los Tribunales puedan decretar*" la suspensión de la pena. Ya que, en tal sentido, cabría preguntarse si, además de la condición genérica enumerada en el artículo 1.º, relativa a la calidad y duración de la pena, es precisa la concurrencia conjunta o a la vez de las tres "condiciones" mencionadas en el artículo 3.º Y desde luego, según el tenor literal de la preceptiva contenida en el citado artículo 3.º, parece que sí, es decir, que además de los presupuestos enumerados en el artículo 1.º es menester la concurrencia de las "tres condiciones indispensables" a que alude el artículo 3.º del Proyecto; lo que, unido a las exclusiones que el mismo realiza por razón del delito, dejaría realmente sin esfera de aplicación práctica posible a la condena de ejecución condicionada. Así parece haberlo entendido precisamente el *Dictamen* de la Comisión emitido sobre el Proyecto, por cuanto reduce los requisitos o condiciones del artículo a los dos primeros: el de ser el reo delincuente primario y que no concorra causa de agravación alguna en el delito cometido, haciendo desaparecer, por tanto, con muy buen sentido por cierto, el requisito de la exención incompleta.

De ahí, pues, que haya de optarse ante tal problemática por una interpretación *teleológica*. Y en este sentido, si se atiende al fundamento y fines de la institución, habría que contestar en un sentido afirmativo en lo que hace referencia al primero y segundo requisitos del artículo 3.º, por cuanto la suspensión está concebida básicamente, en los primeros momentos, para los *delincuentes no avezados* en el delito (en un sentido técnico-jurídico, para los no reincidentes). Por otro lado, y con el fin de prevenirse contra la posible creencia en una lenidad de la justicia penal o, si se prefiere, en una "ridiculización" del Derecho penal, el instituto aparece limitado a los delitos de escasa gravedad o a las penas leves; de ahí las limitaciones establecidas respectivamente en los artículos 1.º y 5.º del Proyecto, y, en consecuencia, la validez general de los requisitos mencionados en el artículo 1.º, párrafo primero, y en el número 1.º del artículo 3.º en cualquier caso. Hasta aquí la cuestión parece clara.

El problema cobra, sin embargo, insuperable dificultad en relación con el verdadero significado y relevancia de las condiciones enunciadas en los números 2.º y 3.º del artículo 3.º Así, con arreglo al número 2.º, parece obvia la exclusión de todo delito en cuya comisión haya concurrido una circunstancia de agravación; criterio éste criticable, a no ser que, como hemos apuntado anteriormente, tal exclusión se justifique por estimar en tales hechos "una mayor perversidad" en el agente y sea, asimismo, esta perversidad la que, aun mediando los requisitos generales, fundamente la no aplicación del beneficio. No

cabe, ello no obstante, vislumbrar aquí el manejo de un “presunto” tipo de autor, por cuanto la calificación vendrá siempre dada en base a un hecho objetivo: la existencia o inexistencia objetiva de la agravante. Aunque, por supuesto, no deja de ser un verdadero defecto la incrustación de tal requisito, especialmente si se toma en consideración la *maleabilidad* de tales circunstancias, inherentes unas veces al sujeto en cuanto delincuente actual y otras accidentales o circunstancias que rodean al delito en el caso concreto. Dificultad destacada ya por SILVELA (96), el cual reservaba el nombre de circunstancias modificativas de la responsabilidad” a las comprendidas legalmente como atenuantes en el artículo 9.º y el de “circunstancias accidentales de los delitos” a las que, como atenuantes o agravantes, figuran en el artículo 10 del Código; expresión que puede, ello no obstante, inducir a confusión desde el punto de vista orgánico legal del propio Código. De ahí que, a pesar de las dudas ya suscitadas, pueda verse en ese inciso la *mens legislatoris* de no aplicar la suspensión de que se trata a hechos conminados o que den lugar a una pena de arresto mayor o presidio o prisión correccional en su grado mínimo, cometidos por un delincuente “primerizo”, pero mediando la concurrencia de una agravante. Con arreglo a una interpretación tal, la no presencia de agravantes se convertiría en condición imprescindible para el beneficio. A nadie puede ocultarse, sin embargo, la enorme restricción que en base a tal criterio se operaría en el ámbito de concesión de la condena condicional, aunque, ciertamente, una interpretación en el sentido expresado parece venir apoyada no sólo en el propio texto del articulado del Proyecto, sino también en el título que a la propuesta se da por la sección del *Diario de Sesiones* destinada a “los Proyectos de ley remitidos por el Gobierno que han quedado pendientes”, la cual añade al intitulado original un *plus* de singular relevancia: “Suspensión... en beneficio de los que han delinquido por primera vez *sin la concurrencia de las circunstancias agravantes*” (97).

Ahora bien, aun admitiendo todas las consideraciones precedentes como válidas, ¿cuál sería la verdadera función del tercer requisito enumerado en el artículo 3.º del Proyecto...? El número 3.º del mencionado artículo alude, sin duda, a supuestos de hecho. Un análisis de su contenido muestra a simple vista que, en primer lugar, quedan excluidos de la posibilidad de acogerse a la “gracia” de la suspensión condicional de la pena todos los hechos que, con arreglo al artículo 8.º del Código penal de 1870, sean excusables por poseer todos los requisitos que enumeran las diversas circunstancias del referido artículo para eximir de responsabilidad criminal. Es decir, en presencia de una eximente, bien se trate de una causa de inculpabilidad

(96) SILVELA, Luis: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.ª ed., aumentada y corregida por Eugenio Silvela, Madrid, 1903, 1.ª parte, libro II, capítulos II y III, párrafos XLI. XLVI. esp. 148, 149 y 150; 2.ª parte, libro II, capítulos II y III, párrafos XXXII y XXXVIII, esp. 175 ss. y 205.

(97) Vide, *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, t. XV, 1899 a 1900, *Indice*, pág. 465.

o de una causa de justificación, no cabe lógicamente recurrir al beneficio de la condena condicional, puesto que a quien “no delinque” (art. 8.º del Código penal de 1870) no debe serle impuesta una pena en base al principio “*no hay pena sin culpabilidad*”, como tampoco cabe, *a sensu contrario*, hacerle objeto de un acto de perdón. Por el contrario, cuando falte alguno de los requisitos exigidos por el artículo 8.º para eximir de responsabilidad, pero se dé la concurrencia de *uno o más de ellos* —concepción ésta mucho más progresiva y clara que la inherente a la interpretación dada a la defectuosa redacción del actual número 1.º del artículo 94 del Código penal vigente, que requiere, para la aplicación de la condena condicional por ministerio de la ley, la apreciación en la sentencia del mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad...”—, sí cabe entonces la concesión del beneficio.

La intención de la propuesta legislativa parece haber sido bastante clara en orden al contenido que ha querido dar al debatido número 3.º del artículo 3.º del Proyecto, pero no así en lo que respecta al mecanismo y función llamados a desempeñar por el referido número 3.º

1) *La imputabilidad disminuida.*

A simple vista, resulta evidente que en tan espinoso precepto se contemplan *tres* supuestos diversos: uno, el de las denominadas *eximentes incompletas*; otro, el de la *embriaguez plena fortuita*, y, finalmente, la gran novedad consistente en pretender introducir por vía de propuesta legislativa la denominada con mayor o menor propiedad *imputabilidad o responsabilidad disminuida o semi-imputabilidad*, concepto jurídico-penal que sólo logra abrirse paso en España a través de la jurisprudencia de finales de siglo.

Pues bien, al declarar supuestos de otorgamiento de la suspensión de que se trata a aquellos caracterizados como eximentes incompletas, con arreglo al número 1 del artículo 9.º del Código penal (el cual califica como atenuantes las circunstancias enumeradas en el art. 8.º “cuando *no* concurren *todos* los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”), el Proyecto de 1900 contempla, incurriendo en los mismos defectos de técnica legislativa que el citado número 1 del artículo 9.º, a *algunas* de las circunstancias, desde luego la mayoría, determinantes de la exención completa con arreglo al artículo 8.º; *no todas*, por seguir en este punto la doctrina jurisprudencial dominante en la época, la cual, por ejemplo, no admitía, por regla general, el tránsito de la exención total a la parcial tratándose de algunas circunstancias como, vr. gr., la imbecilidad o la locura (98). Prueba de nuestro aserto es que lo que podríamos llamar

(98) Hasta finales de siglo, la línea jurisprudencial venía sosteniendo, por regla general, “que locura consiste en un hecho por su naturaleza indivisible, por lo cual, desestimada como eximente, no puede apreciarse como atenuante”. En este sentido, véanse SS. 19 de diciembre de 1881, 3 de octubre de 1884, 17 de noviembre de 1886, 9 de mayo de 1893, etc. Sin embargo, la S. de 9 de

imputabilidad disminuida viene contemplado, con independencia de lo dispuesto en el inciso primero del número 3 del artículo 3.º, en el último inciso de dicho número.

Pese a todo y a mostrarse, en este punto, más progresivo y racional que la fórmula expresada en el artículo 87 del Código de 1870 —el cual, remitiéndose al número 1 del artículo 9.º, exige, para la rebaja de la pena en uno o dos grados a la señalada por la ley, que el hecho no sea del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen por el artículo 8.º para eximir de responsabilidad criminal, *pero que concorra el mayor número de ellos*—, el Proyecto, que sólo exige la existencia de *uno o más*, peca, sin embargo, por su redacción excesivamente amplia, incurriendo en el mismo defecto que ya ARAMBURU había señalado al número 1 del artículo 9.º, es decir, que los términos en que el legislador se expresó para marcar el tránsito de la exención a la atenuación pecan por demasiado amplios, pues no todas las circunstancias eximentes pueden convertirse en atenuantes, sino tan sólo aquellas que permitan un racional fraccionamiento, ni tam-

octubre de 1891 comienza la corriente de apreciar una semilocura, semienfermedad mental o, en fin, una semiimputabilidad, al considerar que “reconociéndose que el procesado no tiene desarrolladas sus facultades intelectuales cual corresponde a su edad de veintiún años, es de apreciar esta circunstancia, en relación con la 1.ª del art. 9º”. En sentido similar, las de 4 de abril de 1896 y 17 de junio de 1899, si bien esta última afirma que “apreciando que el reo tenía perturbadas parcialmente sus facultades intelectuales, no es de aplicación el art. 87 del Código Penal, pues en tal caso sólo existe una circunstancia atenuante”.

Por otra parte, sostuve anteriormente que “una atenuante específica de imputabilidad disminuida fue introducida por primera y única vez —siguiendo los Proyectos del Código Penal germanos del primer tercio de siglo— en el artículo 65, párrafo primero del *Código penal español de 1928*”, encontrándose, sin lugar a dudas, el antecedente del precepto citado en el Proyecto de Código penal alemán de 1919, estudiado a fondo por Quintiliano SALDAÑA, uno de los que más intervinieron en la confección del Código penal de la Dictadura de Primo de Rivera. Acerca de la diatriba sobre paternidad del Proyecto de 23 de noviembre de 1927, reivindicada por SALDAÑA y puesta en tela de juicio por el Dictador [Cfr. *Asamblea Nacional, Diario de las Sesiones, 1927-1928*, número 21 [21 de mayo de 1928], pág. 792]. Véase al respecto: SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal*, en *RGLJ*, 1924 y 1925. Hoy, además de reafirmar de nuevo la incontestabilidad de ese hecho histórico-jurídico, he de agregar que el primer intento en nuestro país de introducir una atenuante específica o *eximente incompleta de imputabilidad disminuida fue realizado*, aunque a decir verdad sin éxito alguno, por el *núm. 3 del art. 3º del Proyecto Torreánaz* sobre suspensión de la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez. Aunque ha de reconocerse que la doctrina jurídico-penal no estaba muy de acuerdo con el reconocimiento legal de una semienfermedad mental, tal como destaca BERNALDO DE QUIRÓS en la obra *Teoría del Código Penal, Parte general*, por Alvaro NAVARRO DE PALENCIA y CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid, 1911, 395 ss.

Una detallada investigación histórico-jurídica y dogmática de la denominada “imputabilidad disminuida” puede verse en YÁÑEZ ROMÁN, Pedro Luis: *Consideraciones en torno a la “imputabilidad disminuida” con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados “establecimientos de terapéutica social”*, en spta. del *ADPCP*, Madrid, 1970, págs. 302-393.

poco puede faltar cualquiera de los requisitos que integran la exigente, sino tan sólo algunos de los que no constituyen su razón de existencia. Así, un ejemplo del primer supuesto vendría dado por la menor edad, circunstancia indivisible y, por tanto, de imposible encasillamiento en el número 1 del artículo 9.º, razón por la cual la primera ley española en materia de condena condicional, queriendo hacer partícipes de tan loable beneficio a los menores de quince años y mayores de nueve que hayan obrado con discernimiento, hubo de recurrir a un apartado independiente, el artículo 5.º, número 2, a fin de incluirlos en los supuestos de aplicación por ministerio de la ley (99). Para el segundo supuesto objeto de crítica bastaría mostrar circunstancias en las que, como la legítima defensa, existen requisitos esenciales —“la agresión ilegítima”—, en cuya ausencia no podría hablarse de exigente incompleta, dejando ahora a un lado, por supuesto, los casos de legítima defensa putativa. En fin, una crítica en sentido similar podría hacerse respecto al caso fortuito, en el que es inverosímil la exención incompleta (100).

Ello no obstante, para el Proyecto basta *uno* solo de los requisitos que constituyen las causas de exención, lo cual, a pesar de la imperfección señalada, no deja de representar un avance respecto al actual artículo 94, número 1, del Código penal.

Por otra parte, el Proyecto representa el primer intento realizado en nuestra patria en orden al reconocimiento legal de la *imputabilidad disminuida*, pues, partiendo de que los estados mentales anómalos incompletos no están comprendidos en el artículo 9.º, número 1 —de no ser por esta razón, su mención aparte por el número 3 del artículo 3.º del Proyecto sería superflua—, los incluye de modo expreso como una de las *condiciones* para que se dé la condena condicional mediante el empleo de una fórmula tan amplia como poco científica, pero sí lo suficientemente clara y expresiva como para dar a entender que se trata, nada más y nada menos, que de un intento de reconoci-

(99) El art. 5.º de la citada Ley de 17 de marzo de 1908 —que desaparece con el Código Penal de 1928 y luego con la reforma llevada a cabo en 1932— disponía en su núm. 2.º: “El Tribunal aplicará por ministerio de la ley la condena condicional en los casos siguientes: 2.º Cuando el reo fuere mayor de nueve años y menor de quince, habiendo obrado con discernimiento. En este caso, el Tribunal acordará además los pronunciamientos prescritos en el párrafo último del núm. 3.º del art. 8.º del mismo Código.”

(100) En este sentido, el art. 85 del Código Penal de 1870 dispone: “Cuando no concurrieren todos los requisitos que se exigen en el caso del núm. 8 del art. 8.º para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 579.” Aunque la edición oficial dice art. 579, debe decir art. 581, y con arreglo a este precepto: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría un delito grave, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo, y con arresto mayor en sus grados mínimo y medio si constituyere un delito menos grave”, etc. Por consiguiente, cuando el caso fortuito, regulado como exigente en el núm. 8 del art. 8.º, pierde alguno de sus caracteres esenciales, no se convierte —para la doctrina de inicios de siglo— en circunstancia de atenuación, sino que constituye el delito de imprudencia. Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS, C., y NAVARRO DE PALENCIA, A.: *Teoría del Código Penal, Parte general*, Madrid, 1911, 395.

miento legal de un estado intermedio entre la salud mental y la locura: “o en un estado de sobreexcitación tan notorio que, sin llegar a la locura, haya perturbado u oscurecido considerablemente la razón del culpable en el acto de ejecutar el delito” (101).

Esta es, sin ningún género de dudas, la gran novedad del Proyecto, que se adelanta así, pese a que en ello puede verse una técnica legal errónea por carecer de respaldo en la realidad científico-práctica, en un tercio de siglo al primer Código penal español que haya dado reconocimiento legal a una fórmula de esa naturaleza, el Código de 1928, si bien es verdad en base a la redacción que figura ya en el Proyecto de la Comisión de Codificación de 1912, publicado en 1920 (102).

El efecto pretendido por el Proyecto es, en suma, asimilar los casos clínicos encasillados en este último supuesto —el de la *imputabilidad disminuida*— a los de exención incompleta encasillados, *sine proprio nomine*, en el número 1 del artículo 9.º

Ahora bien, y volviendo a la cuestión planteada: ¿revisten esos supuestos calificados como condiciones indispensables para decretar la suspensión de la pena el valor de verdaderos e imprescindibles requisitos o condiciones *sine qua non* de aplicación de la condena condicional...? ¿Pueden considerarse como casos de aplicación *ipso iure*, esto es, con independencia de los demás requisitos, o, por el contrario, precisan de la preexistencia de los presupuestos de aplicación precedentes...?

(101) *Gaceta del miércoles 10 de enero de 1900*, t. I, pág. 110; *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, Ap. 1.º al núm. 99 [8 de enero de 1900], pág. 2. *Vide* APÉNDICE I.

(102) El Proyecto de reforma del Código Penal (Comisión General de Codificación, 1912, publicado en Madrid por Reus, 1920) de 1912, cuyas bases y articulado fueron redactados por don Alvaro LANDEIRA Y MARINÓ y don Víctor COVIÁN Y JUNCO, siendo Ponente el último, y ambos como miembros de la Subcomisión especial nombrada por Real Orden de 15 de marzo de 1910, siendo posteriormente reformadas las bases a instancia especialmente del que fue Presidente del T. S. —de 1910 a 1917—, don José de ALDECOA Y VILLASANTE, disponía en el capítulo IV (*De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal*) del título II (*De las acciones y omisiones punibles, de las personas responsables y de las circunstancias modificativas de la culpabilidad*) del libro I, concretamente en su art. 30, 2.ª: “Son circunstancias atenuantes: 2.ª *Ejecutar el hecho en estado excepcional morboso, que disminuya en el agente el imperio de la voluntad, sin privarle por completo de la conciencia de delinquir. Los Tribunales determinarán, con vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, el grado de perturbación producido por los estados de enfermedad mental que influyen sobre la voluntad sin extinguir la imputabilidad de los hechos ejecutados por el culpable.*”

Por tanto, el proyecto de 1912 introduce como *atenuante específica* la imputabilidad disminuida, con absoluta independencia de las causas de exención incompleta reguladas, asimismo, en el art. 30, 1.ª, pero abarcando éstas tan sólo a las previstas en los núms. 4.º (caso fortuito), 5.º (fuerza irresistible) y 6.º (miedo insuperable) del art. 28.

En resumen, después del primer intento pre-legislativo de introducir la imputabilidad disminuida realizado por el Proyecto Torreánaz, el segundo ha de verse concretado en el citado Proyecto de 1912, para, finalmente, verse consagrada legalmente dicha fórmula jurídica en el art. 65, 1.º, del Código Penal de 1928.

Si se admitiese la aplicación obligatoria de la condena condicional en tales casos, el artículo 87 del Código penal de 1870 —tenido, desde luego, a la vista por el pre-legislador sobre condena condicional— sufriría una merma considerable en su esfera de aplicación, pues siempre que concurriesen sus soportes básicos de aplicabilidad se otorgaría la condena condicional, conforme al número 3 del artículo 3.º, o, por el contrario, quedaría reducido a ser aplicado sólo en aquellos casos en que la suspensión *pendente conditione* fuese excluida por ausencia de los requisitos precedentes, interpretación esta última más acorde con el fundamento y fines político-criminales del instituto de la condena de ejecución condicionada.

Mas debe también constatar, antes de llegar a una respuesta definitiva, que el alcance del número 3 del artículo 3.º es aún mayor que el previsto en el artículo 87, puesto que incluye la embriaguez plena no habitual como condición de la suspensión, circunstancia calificada como atenuante en el número 6 del artículo 9.º y, por tanto, de entidad y calidad diversas de las susceptibles, en aquel momento, de ser encasilladas en el número 1 del artículo 9.º como eximentes incompletas; de modo que el considerar estos estados a que hace alusión el número 3 del artículo 3.º del Proyecto con independencia de los restantes requisitos exigidos para la suspensión condicionada no llevaría a ver en ello una verdadera modificación en la doctrina de las circunstancias imperante por entonces y, asimismo, del propio artículo 87 del Código penal de 1870, el cual sería, por así decirlo, casi superfluo, dado que siempre que faltase algún requisito para eximir por completo de responsabilidad sería aplicable la condena condicional, tanto si la pena impuesta caía dentro de los límites previstos en el artículo 1.º del Proyecto como si, por el contrario, era muy superior a la señalada como límite de contención impuesto por las exigencias de prevención general.

Por otro lado, ¿puede imaginarse que la proposición de ley de 1900 pretendió confeccionar con el número 3 del artículo 3.º una *condición necesaria en todo caso*, convirtiendo de esta forma en cuatro únicos e inseparables los requisitos o presupuestos de aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena...? Creemos, sinceramente, que no, pues sería dejar a esta última prácticamente sin campo de aplicación.

Personalmente, como ya he dejado traslucir, me inclino a ver aquí no un requisito o presupuesto de aplicación del instituto, sino, antes bien, verdaderos casos de excepción incluidos *expressis verbis* por el propio autor del Proyecto con la finalidad de que pudiesen acogerse o beneficiarse del instituto aquellos sujetos que, aun habiendo cometido un delito que, *a priori*, implique una pena no susceptible de acogerse al beneficio —si bien la pena recaída *a posteriori*, en virtud del artículo 87, debe coincidir con la prevista en el artículo 1.º del Proyecto—, o que, por su naturaleza, denote o revele una malicia, perversidad o gravedad excesivas, hayan demostrado, ello no obstante, *no* reunir los presupuestos de imputabilidad imprescindibles

para el nacimiento de una culpabilidad total, o en fin, de una responsabilidad completa, en el caso de las causas de justificación.

En síntesis, el juego que en manos del Tribunal podría desempeñar la fórmula general de excluir a todos los delitos que demuestren una *malicia excesiva* en el autor queda de esta suerte considerablemente restringido en los supuestos en que, a pesar de la gravedad del delito cometido, el delincuente es primario, no ha mediado en su delito causa de agravación alguna y *no* evidencia una ausencia total de los presupuestos de la imputabilidad que daría lugar a la declaración de inculpabilidad, razón por la cual se le declara culpable, pero en un grado tan ínfimo (103) que el legislador, haciendo gala de una mediana sensibilidad jurídica, no exenta siempre de contradicciones, trata de corregir el defecto inherente a unas fórmulas legales de difícil logro o perfección, situándolo en mejor condición que al delincuente normal, motivo por el cual le hace merecedor de la “gracia” de la condena condicionada. Estaríamos, en suma, ante supuestos en los que, empleando la frase de Rudolf Von IHERING, se verifica una “autocorrección o autoenmienda de la legalidad” (*Eine Selbstkorrektur der Gerechtigkeit*) (104), unida, desde luego, a una indubitada finalidad político-criminal, cual es la limitación o evitación de las penas cortas privativas de libertad.

Ciertamente, de tan absurdas y contradictorias fórmulas de tran-

(103) El concepto de culpabilidad leve, insignificante (“*gering Schuld*”), ha sido empleado por los juristas alemanes para fundamentar, en primer término, el sobreseimiento de la acción penal e incluso de la pena, con arreglo a lo dispuesto en los actuales §§ 153, 153a del *StPO* vigente, en los que se otorga tal facultad a la Fiscalía en base a la insignificancia de la culpabilidad (concepto que aquí no se emplea en sentido técnico-jurídico, sino moral, social, popular), o, también, por tratarse de infracción que presupone tan sólo la realización de un *minimum* de lo injusto material, a pesar de haberse constatado la realización de un hecho típico, antijurídico y culpable. Juegan, pues, aquí, el principio de oportunidad frente al de legalidad, y una concepción popular del Derecho que exige la punición únicamente de las infracciones más graves y perjudiciales para la sociedad, actuando, en definitiva, el mecanismo de la gracia como una válvula de seguridad del Derecho. Cfr. LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, I, 26.^a ed., 1932, 17 y 18; MAIWALD, M.: *Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB*, en *ZStW.*, 83 (1971), 663 ss., esp. 669, comparando las disposiciones del *StPO* con el contenido del *Absehen von Strafe* regulado en el nuevo § 16 del *StGB.*; LÖWE-ROSENBERG: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, 22.^a ed., Berlín, 1971, 951 ss., 960 ss.

(104) Von IHERING, R.: *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 6-8 ed., 1923, t. I, 333, el cual aduce la argumentación señalada en el texto como fundamento y fines del perdón (*Gnadenakt*), en el sentido de que “nosotros podemos definir el perdón como la corrección de la ley que se reconoce defectuosa en el caso concreto, expresado abreviadamente, como la autocorrección de la legalidad”. Aclaremos que el argumento aducido por Von IHERING parece hoy doctrinalmente superado en materia de condena condicional, incluso en la propia doctrina alemana, donde salvo excepciones, como la encarnada por MEISTER —que concibe a nuestra institución como un acto de perdón o *Gnadenakt*—, son pocos los autores que definen la naturaleza de la *Strafaussetzung zur Bewährung* como un acto administrativo o judicial de perdón. Vide, a este respecto, PORCHMANN, Jürgen: *Verslechterungsverbot und Widerruf bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, Inaug. Diss., München, 1967, págs. 3 ss.

sacción están plagadas las legislaciones, incluso las más modernas. Un claro y demostrativo ejemplo de ello puede verse en los resultados a que se ha llegado hasta 1964 con el secular mecanismo de las viejas *Reglas McNaghten*, con arreglo a las cuales había venido declarándose durante más de un siglo (concretamente hasta la entrada en vigor del *Criminal Procedure (Insanity) Act 1964*) (105), a sujetos de salud mental anómala, pero no lo suficiente para causar la exención completa de responsabilidad penal, *culpables, pero dementes* (*guilty, but insane*), con el único fin de beneficiarles, al no existir fórmula legal más perfecta a la hora de aplicación de la penalidad *in concreto* (106).

En resumen, a pesar de lo cuestionable de una interpretación como la aquí sustentada, la cierto es que nadie puede poner en duda el enorme influjo que, en este aspecto, ejerció el Proyecto Torreánaz sobre la legislación penal posterior, por cuanto determinó, en definitiva, *un intento de reconocimiento legal de la imputabilidad disminuida*, de la embriaguez plena fortuita como causa de atenuación con idéntico alcance que las eximentes incompletas y provocó, en fin, la división efectuada por el legislador de 1908 entre una condena condicional facultativa o discrecional —“*a modo de un perdón condicionado*”— y otra obligatoria, división que, con toda su carga de anacronismo o imperfección, subsiste todavía hoy en el número 1 del artículo 94 de nuestro Código penal vigente.

(105) Las denominadas *McNaghten Rules*, surgidas en 1843 con motivo del caso judicial *McNaghton*, y a las que el gran jurista e historiador inglés STEPHEN [en *History of Criminal Law*, II, 1883 (reimpresión Burt Franklin, New York), 150] se refería como reglas que “únicamente pueden ser miradas como curiosidades de anticuario”, contienen una serie de previsiones legales en orden a determinar la “*insanity*” en los casos penales y que, *sin autoridad estatutaria*, fueron utilizadas, sobre todo a partir del *Criminal Lunatics Act de 1800*, para dar lugar, en tales supuestos, al veredicto de “*not guilty*” (no culpable) tanto en los casos de enfermedad mental completa como incompleta (Cfr. PREVEZER: *Fitness to Plead and the Criminal Lunatics Act, 1800*, en *Criminal Law Rev.*, 1958, 444 ss.), han originado, a partir del *Trial of Lunatics Act 1883*, la ilógica y poco racional fórmula de “*guilty, but insane*” —culpable, pero demente—, fórmula reformada por el *Criminal Law Procedure (Insanity) Act 1964*, sect. 1, en el sentido de declarar “no culpable a causa de enfermedad mental” (“*not guilty by reason of insanity*”). El problema, pese a todo, aparece casi resuelto por el último estatuto citado y la fórmula de la *diminished responsibility* introducida en Gran Bretaña por el *Homicide Act 1957*. Cfr. mi artículo: *Consideraciones en torno a la “imputabilidad disminuida”...*, en spta. del ADPCP, 1970, 302 ss., especialmente 329 ss. con abundante información bibliográfica.

(106) De este modo, mediante el empleo de una fórmula judicial tan poco racional, se lograban fines de política criminal loables al ordenarse, en casos de enfermedad mental incompleta —que no tenían cabida todavía en la fórmula de la *diminished responsibility*—, un certificado u orden de internamiento en un hospital (*criminal asylum*) para delincuentes anormales o *psychiatric offenders* por un período de larga duración o de por vida; perspectiva que, aunque no parezca muy halagüeña, lo era más que una declaración de culpabilidad en un caso de enfermedad mental, por muy incompleta que ésta fuese, ya que de esta forma podía el inculpado librarse de penas tan graves como la de muerte. *Vide*, sobre todo ello, mi artículo: *Consideraciones en torno a la “imputabilidad disminuida”...*, en spta. del ADPCP, 1970, 332, nota 154.

f) El “tipo de la revocación” de la condena condicional.

Al igual que harán más tarde, siguiendo, por supuesto, sus huellas, el legislador de 1908, el de 1928, el de 1932 y el de 1944, el Proyecto Torreánaz opta en materia de revocación de la condena de ejecución condicionada por el denominado criterio formal [momento de recaída de la sentencia firme condenatoria], lo cual está en abierta contradicción, al menos literal, con el criterio material [momento de la comisión del hecho delictivo] que, aparentemente, parece preferir en el artículo 3.º, número 1, cuando estatuye como “condición indispensable” para que los tribunales puedan decretar la suspensión condicional de la pena “que el reo no haya cometido otro delito con anterioridad”. Mas, en este supuesto concreto, la apariencia es totalmente falsa, por cuanto si tanto el artículo 6.º como el 9.º del Proyecto requieren en lo que respecta al tipo de la revocación el que se haya pronunciado un fallo judicial condenatorio, como exigencia inexcusable del principio “*nulla poena sine culpa*”, resulta, asimismo, lógico que tal requisito sea tenido como obligatorio a la hora de aplicar el beneficio, no bastando, por consiguiente, para la exclusión del instituto la mera comisión anterior de un hecho delictivo, sino que, además del criterio material, concorra el que por dicho delito hubiese recaído sentencia firme condenatoria.

Por otro lado, en materia de revocación, es presupuesto inexcusable para que pueda haber lugar a aquélla que en el transcurso del período de la suspensión —establecido por el Proyecto en diez años— el reo cometiere un delito por el que “fuere ejecutoriamente condenado”, supuesto en el que quedará la suspensión sin efecto, debiendo el reo cumplir la pena suspendida y la impuesta por el nuevo (?) delito cometido. Esto es, al menos, lo que parece desprenderse de una interpretación literal del texto del artículo 6.º, el cual se refiere a un solo supuesto de revocación: la comisión de un nuevo delito dentro del plazo de suspensión por el reo condenado *pendente conditione*, debiendo, asimismo, recaer sentencia condenatoria firme por el hecho delictivo dentro del período de suspensión. Pues bien, con una previsión tal, el Proyecto fusiona en el artículo 6.º los dos criterios anteriormente aludidos: el material (comisión de un delito) y el procesal (sentencia condenatoria firme). En este sentido, parece quedar excluido del tipo de la revocación cualquier hecho delictivo cometido con anterioridad al otorgamiento de la condena condicional, al momento de iniciarse el plazo de suspensión o incluso al delito que haya motivado la concesión de ésta, aún cuando sea juzgado y sentenciado durante el período de suspensión. La no previsión de tal supuesto daría lugar a hipotéticas contradicciones que resultan, desde luego, evidentes, como sucede cuando tratándose de un hecho anterior al momento de la concesión del beneficio, al inicio del cómputo del plazo de suspensión o al hecho motivador de tal otorgamiento, dicho hecho es juzgado durante el transcurso del tiempo de la suspensión y objeto de sentencia firme condenatoria dentro del mismo período.

¿Cuál sería entonces la situación real del condenado condicionalmente...? ¿Proseguir disfrutando los beneficios de la condena condicionada y cumplir, al mismo tiempo, la pena de prisión impuesta, por ejemplo, en la sentencia recaída sobre el delito en cuestión...? Sin lugar a dudas, tal solución es del todo inadmisibles por tratarse de penas de naturaleza sustancialmente diversa y que, por tanto, no toleran el cumplimiento simultáneo.

Quizá tal supuesto estuvo presente en la *mens* del autor del Proyecto, ya que, al hablar del cumplimiento de la suspensión condicional de la pena, hace alusión expresa al hecho de que el reo no haya incurrido en responsabilidad criminal por otro delito en el transcurso de los diez años que dura el tiempo de suspensión como *conditio sine qua non* para que pueda darse fin al cumplimiento de la especial sanción y, en suma, pueda declararse prescrita la pena (107). Tal previsión implica, pues, la absoluta necesidad de unir el contenido de los artículos 6.º y 9.º a efectos de configurar el tipo de la revocación. Y mediante tal proceder se aprecia claramente la preferencia del Proyecto por el criterio formal en esta materia, ya que, aún en el supuesto de un delito precedente al momento del otorgamiento del beneficio, pero sobre el que haya recaído fallo judicial en sentido condenatorio durante el período de suspensión, la hipotética contradicción que anteriormente mencionábamos queda perfectamente subsanada con la regulación prevista en el texto del artículo 9.º; de forma que, en el último supuesto mencionado, habrá lugar, a todas luces, a conformar el tipo de la revocación y anular el disfrute del beneficio. Que el hecho que da lugar al tipo de la revocación haya sido cometido antes de la concesión del beneficio, con anterioridad al inicio del cómputo del plazo de suspensión o durante éste, es algo totalmente irrelevante, a efectos de las previsiones de la propuesta legislativa en esta materia, que se limita única y exclusivamente a exigir haya recaído sentencia firme condenatoria, es decir, que el reo haya incurrido en responsabilidad criminal dentro de los límites temporales del período de suspensión.

Ello no obstante, los defectos del Proyecto en esta materia son de notoria gravedad. Así, en base a una presunción de supuesta corrección del culpable apreciada *a priori* por el legislador, el autor de la propuesta de 1900 estatuye un plazo de suspensión idéntico en el fondo y en la forma al de la prescripción —diez años—. Ignorando, por completo, el sentido criminológico y político-criminal del período de suspensión de la condena, el Proyecto opta por el tope temporal fijado por la prescripción —según el artículo 9.º, la pena suspendida *pendente conditione* no se cumple o remite o extingue, etc., sino que se “declara prescrita”—, defraudando, en definitiva, los verdaderos fundamentos y fines de la condena condicional. En este sentido, una vez transcurridos los diez años de plazo de prueba o de prescripción que fija el Proyecto, ¿qué sucederá con el delito cometido por el be-

(107) Vide, Art. 9.º del Proyecto. APÉNDICE I.

neficiado durante el plazo de prueba, pero sentenciado y condenado ejecutoriamente después de que éste haya finalizado ya...? Se impondrá, desde luego, la pena correspondiente al nuevo delito, que, agravada por la reincidencia, habrá de cumplir el condenado; mas nada de esta nueva incidencia podrá afectar a la pena suspendida condicionalmente, por cuanto ésta ya ha prescrito. ¿Cuál es, en consecuencia, el significado y eficacia que el Proyecto Torreánaz ha pretendido dar al plazo de suspensión...? Por supuesto, ante tal laguna cabe afirmar sin reparo alguno que la propuesta legislativa española, influenciada, sin duda, por una errónea concepción “graciosa” de la institución, desconoce sus más elementales fundamentos y fines. Aunque aluda, como de hecho lo hace en la *Exposición de Motivos*, a lo poco aventurado que será suponer la enmienda después de transcurridos los diez años en que fija el transcurso de la suspensión, tal presunción de reforma es de idéntica naturaleza a aquella que pueda motivar un indulto condicionado, mas no a la propia de la condena de ejecución condicionada, en la cual, la efectiva corrección del condenado habrá de ser valorada y apreciada, en suma, por el juez al término del período de prueba. En fin, con una laguna de esa índole se defraudan por completo los fines primordiales del instituto.

Finalmente, nada dice el Proyecto acerca del aparato procesal requerido para proceder a la obtención definitiva de la remisión de la pena impuesta, pero suspendida condicionalmente; si bien, en lo que afecta a este extremo, parece que el efecto es automático al prescribir a los diez años la pena impuesta en virtud de sentencia firme. La no mención, en este caso, de reglas procesales, frente a las previstas en el artículo 7.º para el otorgamiento del beneficio y la revocación del mismo (108), choca con la ausencia de tal requisito (el pronunciamiento de auto de cumplimiento de la condena condicional) al transcurrir los diez años del período de suspensión, lo cual demuestra, una vez más, la escasa conciencia por parte del autor de la propuesta legislativa de la verdadera naturaleza del instituto que trataba de implantar. Defecto que únicamente es explicable, a mi juicio, a la luz del poderoso argumento motivador del primer intento de introducción del beneficio en nuestro país: implantar un sucedáneo más justo y equitativo de los desacreditados indultos generales.

g) *El período de suspensión.*

Merece, por el contrario, los más severos reproches la excesiva duración que el Proyecto asigna al período de suspensión —diez años, frente a los cinco que fija la ley francesa y el período ilimitado, por quedar al arbitrio del juez, de la ley belga—, a cuyo término,

(108) Así como la concesión requiere auto motivado del Tribunal, concesión en audiencia pública y advertencia al reo del riesgo de delinquir en el plazo de suspensión, por el contrario el tipo de la revocación no exige el pronunciamiento de auto. *Vide*, APÉNDICE I.

contado a partir de la notificación de la sentencia firme, el Tribunal sentenciador declarará *prescrita* la pena (se entiende la pena suspendida). Y es que, realmente, el procedimiento elegido a este efecto por el autor de la propuesta no ha podido ser más simplista: señalar un período de suspensión de la ejecución de la pena idéntico en duración al establecido por el artículo 134, párrafo cuarto, del Código penal de 1870 para la prescripción de las denominadas penas correccionales, cuyo cómputo comenzará a contarse desde el día de la notificación personal de la sentencia firme al reo. Aquí el conservadurismo del Proyecto ha ido demasiado lejos, pues da al período de suspensión idéntico tratamiento que al plazo de prescripción de las penas correccionales, cuando es obvio que estamos ante cosas muy distintas. Con ello no sólo se ignoran los más elementales principios de la individualización de la pena —para el juez debe contar mucho más una vida honesta del inculpado que un mero cómputo matemático legal establecido en el Código, por muchas garantías que la longitud de la duración de tal plazo pueda hacer concebir sobre la rehabilitación del condenado— (109), sino que además se hace de peor condición al reo sometido a una suspensión de la pena *pendente conditione*, el cual se ve obligado a llevar durante esos largos diez años una vida sin incurrir en responsabilidad criminal por otro delito, pues de lo contrario su pena no prescribirá, que al reo vulgar sometido al normal cumplimiento de la ejecución de una pena de naturaleza idéntica, por ejemplo, de las susceptibles de beneficiarse de la condena condicional, por cuanto el último cumplirá su pena mucho antes de los diez años fijados para la prescripción de la misma, mientras que, en cambio, en el

(109) “El período de diez años —expresa la Exposición de Motivos del Proyecto Torreañaz— que ha de pasar sin delinquir nuevamente el beneficiado por la suspensión responde a los artículos del Código, según los cuales prescriben al cabo de igual tiempo los delitos castigados con penas correccionales y estas mismas penas. Poco aventurado —prosigue— será entonces suponer la enmienda y otorgar la rehabilitación a quien, después de cumplir las penas accesorias y satisfacer, en una u otra forma, las responsabilidades civiles, no haya vuelto a contraer ninguna de carácter criminal.” De agudísimo sentido crítico son las palabras que ANTON ONECA (en *El perdón judicial*, Madrid, 1922, 38) dedica a la prescripción: “No hemos de entrar en el examen profundo de la prescripción —subraya—; pero sí señalar que si tiene por fundamento la presunción de haberse corregido el culpable y el cese de la peligrosidad, esta corrección no la puede apreciar de antemano el legislador, sino *a posteriori* el juez. La prescripción fija un plazo absolutamente arbitrario; porque ¿qué razón hay para considerar corregido en un determinado tiempo a quien no lo estuvo según la ley unos días antes?...” “La ley, en cambio, prefiere al canalla hábil”, dice ANTON ONECA haciendo alusión a un supuesto hipotético satirizado por don Luis SILVELA en un artículo titulado *La pena del torpe*, en *El Código Penal y el sentido común*, firmado con el anagrama Elías Visllú, Madrid, 1886, 97 ss. Erróneamente ROJAS Y MORENO [en *Remisión condicional de la pena*, tesis doctoral, Madrid, Ed. Góngora, 1914, 67 y 68] sostiene, criticando a la Ley de 1908, que fija el plazo de tres a seis años, “que este plazo debe cambiarse, debiendo en todos los casos ser igual al de la prescripción de la pena...”, pues “la duración del plazo de suspensión o prueba y la del de prescripción de las penas tienen idéntico fundamento: el de suponer al delincuente corregido”.

supuesto del sentenciado a condena condicional el término del cumplimiento de ésta coincide *ipso iure* con el de la prescripción de la pena suspendida.

Tampoco hace mención alguna el Proyecto del régimen de prueba a imagen del modelo norteamericano de "*probation system*", si bien debe constatarse en honor a la verdad que ésa es precisamente la tónica general de las leyes europeas sobre la materia en la época, las cuales, comenzando por la ley LE JEUNE (110) y terminando por la ley BERÉNGER, renuncian a establecer como complemento de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena un régimen probatorio de supervisión asistencial. Aun más, el régimen de "*probation*" se introduce en Inglaterra por vez primera en el año 1907, concretamente por el *Probation of Offenders Act* (111). Pese a todo, el problema planteado a nivel europeo continental podría reconducirse al exacto planteamiento que de él hiciera nuestro gran criminólogo Constancio BERNALDO DE QUIRÓS cuando expresaba: "El Derecho penal europeo, liberal de nacimiento, como hijo de la Revolución, conserva todavía recelosa desconfianza de las vigilancias policíacas y de los arbitrios

(110) Discutiendo acerca de la necesidad de patronato para los condenados condicionalmente en los debates de la ley belga de 31 de mayo de 1888, el Ministro LE JEUNE (en la sesión del 15 de mayo de 1888 sostenida en la Cámara de Representantes de Bélgica) expresaba: "*Ceux pour qui les condamnations conditionnelles sont établies n'ont pas besoin du patronage: ils se relèveront tout seuls!*" Lejos estaba el Ministro de adivinar los rumbos que la legislación belga —en la actualidad, a partir de 1964, una de las más avanzadas del Continente en esta materia— había de tomar en los años venideros. Cfr. sobre el tema: *Recueil des documents parlementaires et discussions relatifs à la loi du 31 mai 1888*, publicados por el Gobierno belga, 1888, Bruxelles.

(111) En contra de lo que han apuntado algunos autores, ni el *Summary Jurisdiction Act 1879* (42 & 43 Vict., chap. 49, sect. 16), otorgando a los Tribunales estatutariamente la facultad de dejar libres a ciertos delincuentes declarados culpables, pero bajo ciertas condiciones, sin necesidad de imponerles pena alguna, como tampoco el *The First Offenders Act 1887* (50 & 51 Vict., Chap. 25, sect. 1), que habla de conceder, atendiendo a determinadas circunstancias como la naturaleza del delito, vida anterior del delincuente, etc., facultades al Tribunal para dejar al inculpado libre ("*on probation of good conduct...*"), han supuesto la instauración en Gran Bretaña del "*Probation System*". Sin embargo, dados los peligros que llevaba consigo una libertad del penado sin supervisión alguna, surgió una práctica protectora o supervisora desempeñada por la *Church of England Temperance Society*, adscrita a los Tribunales; práctica que recibió sanción legal por el *Probation of Offenders Act 1907* (7 Edw. 7, Chap. 17, sects. 2 (1), 3 y 4), el cual autorizaba al Tribunal a situar al delincuente bajo el cuidado y supervisión directas de un "*probation officer*", que, en la gran parte de los casos, era el *Police Court Missionary*, individuo cuya profesión, ejercicio, deberes y sueldo aparecen ya regulados por dicho *Act* y *Rules* de 1907. De este modo se produce la fusión, en lo que al *probation system* se refiere —no en lo que concierne al régimen jurídico de aplicación de la condena condicional, que en U. S. A. varía y ha variado siempre según las prácticas y estatutos de los diversos Estados de la Federación—, entre el sistema norteamericano y el inglés. Vide, a este respecto, CLARKE HALL, Sir William: *The Extent and Practice of Probation in England, en Probation and Criminal Justice*, 1933, 276 ss.; *Neueste Englische Kriminalpolitik: 3. Probation of Offenders Act, 1907*, traducido por Ernst ROSENFELD, Berlín, 1909, 100 y 101.

judiciales" (112), temor manifestado ya casi un siglo antes por don Ramón SALAS, con ocasión de traducir y comentar el *Tratado de Legislación Civil y Penal* de Jeremy Bentham, concretamente al tratar de los medios preventivos de evitar el delito en la concepción del gran filósofo inglés (113). Y ha sido precisamente esa "recelosa desconfianza" hacia las vigilancias policíacas el fondo político motivador de la no previsión en nuestra primera ley sobre condena condicional (1908) de un régimen de supervisión o asistencia tutelar durante el período de suspensión de la ejecución de la pena (114).

h) *La no extensión de la condena condicional a las faltas.*

Tampoco hace el Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz referencia alguna a la posibilidad de aplicar la condena de ejecución condicionada a las faltas. Mas podría pensarse en lo hacedero de tal posibilidad en base a considerar *ad pedem litterae* la intitulación real de la propuesta legislativa: "*Proyecto... para suspender la ejecución de ciertas penas leves...*". Y *leves* son la totalidad de las penas con que el libro III del Código Penal de 1870 conmina a las faltas, si se ponen en relación las clases de penalidad asignadas a las mismas con las "penas leves" que el artículo 26 y el 27 del mismo texto legal enuncian como tales (arresto menor, reprensión privada y multa inferior a 125 pesetas).

Pero lo cierto, a pesar de las apariencias encerradas en el título, es que una interpretación tal no es viable. Y ello por varias razones.

En primer término, porque el propio pre-legislador, en la Exposición de Motivos del Proyecto, parte de la pena de arresto mayor, subrayando que sería incluso "poco eficaz si ciñeran el uso de la nueva

(112) BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio: *Introducción sobre los orígenes de la condena condicionada* al librito de Primitivo GONZÁLEZ DEL ALBA: *La condena condicional*, Madrid, Reus, 1908, 15 s.

(113) *Vide: Tratado de Legislación Civil y Penal, obra extractada de los Manuscritos del Señor Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont..., y traducción al castellano con Comentarios por RAMÓN SALAS, ciudadano español, y Doctor de Salamanca, con arreglo a la 2.ª edición, t. II, Madrid, 1821, 230 ss., donde examina el filósofo inglés los "remedios políticos contra el mal de los delitos", contando entre tales remedios cuatro clases: preventivos, supresivos, satisfactorios y penales, o simplemente penas. En el capítulo II (págs. 233 y ss.) trata Jeremy Bentham de los "medios directos o antejudiciales de prevenir los delitos" —amonestación, conminación, exacción de promesas, de abstenerse de un cierto lugar, destierro parcial, fianza, establecimiento de guardas y embargo de armas, etc.—, y a tales medios preventivos objeto don Ramón SALAS (en su comentario a este capítulo, pág. 236) que "los remedios preventivos, más que a la justicia, tocan a la policía... Lo repito —prosigue—..., se debe tener cuidado sobre todo de no causar al sujeto sospechoso más mal con el remedio preventivo que el que él podría causar con el delito que se quiere evitar. Esto es lo que hace una policía inquieta y suspicaz: con el pretexto de prevenir delitos tal vez imaginarios, priva a los ciudadanos de una honesta y legítima libertad, etc."*

(114) *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado*, núm. 99 [21 de noviembre de 1907], 1950.

facultad al arresto mayor”, razón por la cual se extiende al presidio o prisión correccional en su grado mínimo. Y, en segundo, se hace hincapié en la restricción del beneficio a las penas correccionales, como son el arresto mayor y el presidio o la prisión correccional, penas éstas que no aparecen en el libro III del Código penal de 1870, relativo a las faltas. Pero, además, se acentúa el principio de que la multa, para que pueda ser objeto de suspensión en caso de impago por insolvencia, *ha de poseer, por su cuantía, carácter correccional* y, por consiguiente, no puede tratarse de una multa leve, como tampoco de una multa afflictiva (art. 27), ya que el juego de la insolvencia para el pago de la multa en el caso de las faltas sería muy diverso, con arreglo al artículo 624, que el previsto en el 50 del referido cuerpo legal para los delitos, pues, según refiere el citado 624, “los penados con multa que fuesen insolventes serán castigados con un día de arresto por cada cinco pesetas de que deban responder, etc.”, y, por otra parte, según el artículo 50, la prisión subsidiaria nunca podrá exceder de quince días, cuando se hubiese procedido por razón de falta. Resulta claro, a mi entender, que, en consecuencia, queda excluida del beneficio de la suspensión la multa calificada de leve. Y aun cuando en la intitulación del proyecto se habla de “ciertas penas leves”, este término ha de entenderse en un sentido lato, no técnico. Por otro lado, no olvidemos además el carácter de “gracia” que al instituto otorga el Proyecto, razón por la cual parece lógica la exclusión de las faltas. A lo que debe añadirse que, con arreglo a una de las finalidades básicas de la moderna institución de la condena condicionada, es decir, la de evitar el contagio entre el delincuente primario y el avezado, no parecería tener mucho sentido el que fuese aplicable dicho beneficio a la pena de arresto menor, por ejemplo, la cual (art. 119) “habrá de sufrirse en las casas de los Ayuntamientos u otras del público, o en la del mismo penado cuando así se determine en la sentencia...” (115), con lo cual el legislador actuaba, sin duda, inspirado

(115) Parece lógico, a mi entender, que tratándose, en opinión de la propuesta legislativa de 1900, de una gracia, la no mención de las faltas en dicha proposición de ley debe significar, juntamente con las interpretaciones deducidas del articulado de la misma, el propósito expreso del Proyecto de no incluirlas en la esfera de tal “beneficio”. Por otro lado, y por paradójico que ello resulte, son varias las legislaciones que, tratándose de faltas o contravenciones, determinan la exclusión expresa de las mismas del ámbito de aplicación de la condena condicional. En este sentido, por ejemplo, el artículo 734-1 del *Code de procédure pénale* francés excluye, de modo expreso, las contravenciones de la posibilidad de acogerse al “sursis”; por el contrario, no establece límite alguno en razón de la duración de la pena privativa de libertad susceptible de ser suspendida en su ejecución. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor de la *loi Berénger* de 1891, la doctrina francesa se ha dividido notablemente a la hora de decidir la admisibilidad de aplicar dicho instituto a las faltas o contravenciones. Así, se pronuncia en sentido favorable (“habida cuenta de que el hecho de que en el texto no se haga alusión ninguna a las contravenciones o a las faltas de simple policía..., no puede considerarse como una exclusión expresa”). Cfr. LOCARD, H.: *Commentaire...*, 52 y 53. Por el contrario, y con mayor fundamentación doctrinal y jurisprudencial, GEORGE (*Du Sursis Conditionnelle à l'exécution de la peine...*,

“en su plausible deseo —según advierte GROIZARD (116)— de separar unos delincuentes de otros”, argumento, pues, teóricamente aceptable si la realidad práctica no se hubiese encargado de desmentir tan loables propósitos, convirtiendo a tales establecimientos carcelarios en ruinosos e inhóspitos lugares de hacinamiento de toda clase de delincuentes.

De cualquier modo, la exclusión de las faltas de la esfera de aplicación de la condena condicionada, que se efectuó posiblemente a imitación del modelo francés y siguió siendo la tónica imperante en el Proyecto de 31 de octubre de 1907 y en la Ley de 17 de marzo de 1908, fue acogida con severas críticas por parte de la doctrina penal, particularmente con ocasión de promulgarse nuestra primera ley en esta materia. En este sentido, el único autor que había señalado tal defecto en el momento de publicarse el Proyecto Torreánaz fue DORADO MONTERO, el cual hacía constar su incompreensión ante la inaplicación del beneficio a los que sean condenados por faltas a una pena de arresto menor: “a los autores de delitos, sí —decía—; a los de faltas, no; no alcanzo por qué” (117). Presente la mencionada exclusión en el ánimo de todos una vez en vigor la Ley de Condena Condicional, el tema, que tan apasionados debates había originado en el Parlamento con motivo de la discusión del Proyecto de 1907, fue objeto de un estudio realizado por Joaquín GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE bajo la rúbrica “*Un grave error de la ley de condena condicional*” (118), cifrando, de esta suerte, “el gran error de nuestra Ley de 17 de marzo de 1908” en su inaplicabilidad a las faltas.

Pues bien, frente a la corriente de opinión que afirma que “la ley de condenas en suspenso, ni puede ni debe comprender, dentro de su especial estructura, otras infracciones que las calificadas como delito” (119), en base a considerar que las faltas deben interesar más bien a la Administración que a los Tribunales de justicia (120) o por

229 ss.), pese a inclinarse por una solución similar a la mantenida por LOCARD, aclara, empero, que el Tribunal de Casación ha optado, a través de una jurisprudencia constante, por la negativa, basándose en los trabajos preparatorios de la ley, en el texto de ésta y en su propio espíritu. La jurisprudencia belga ha ido, en cambio, más lejos que la *mens legislatoris* insita en el texto de 1888, al decidir su aplicación a las faltas, ya que no era éste el propósito del ministro LE JEUNE (*Chambre de Représentants: seance du 9 mai 1888*, discurso del citado ministro). Cfr. *Recueil...*, 1888, 29 ss., 51 ss.

(116) GROIZARD, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, 3.^a ed., Madrid, 1921, 608.

(117) DORADO MONTERO, P.: *Sobre la facultad de indultar los delitos concedida a los Tribunales*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, 15 de febrero de 1900, núm. 7.

(118) GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, Joaquín: *Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código Penal*, Capítulo X. *Un grave error de la ley de Condena Condicional*, en *RGLJ*, 137 (1919), 331 ss. Existe también una separata del referido estudio publicada en Madrid, Reus, 1920, págs. 59 ss.

(119) GONZÁLEZ DEL ALBA, Primitivo: *La Condena Condicional. Ley de 17 de marzo de 1908 y disposiciones complementarias, con extensas notas y formularios para su adecuada aplicación*, Madrid, Reus, 1908, 31.

(120) VILA MIQUEL, E.: *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*, Tesis doctoral dirigida por JIMÉNEZ DE ASÚA,

estimar, en suma, que junto a criterios de índole procesal como el relativo a la organización jerárquica y competencia propia de los tribunales debe también hacerse valer el riesgo que supondría depositar una facultad tan “delicada” como es la inherente a la condena condicional en manos de los juzgados municipales (121) o, finalmente, por apoyarse en una concepción jurídica y aun criminológica de las faltas totalmente diversa a la del delito, se ha hecho valer que siendo la institución un medio ideal de sustitución de las penas cortas privativas de libertad, no se acierta a vislumbrar qué motivos han impulsado a nuestro legislador en materia de condena condicionada para librar de los peligros de esas penas cortas únicamente a los reos de delitos leves, pero no a los de simples contravenciones, siendo así que la pena que a los últimos corresponde es aún más “corta” que la impuesta a los primeros (122).

Sin embargo, muchos de los argumentos esgrimidos en contra de la exclusión concreta de las faltas realizada por nuestro legislador de 1908 no dan en el blanco de la cuestión. Así, afirmar, como hace GARRIGUES, que “nuestra ley de condena condicional contradice —a

Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1917, 106 y 107, el cual sostiene que “las faltas, más bien a la Administración que al tribunal de Justicia deben interesar”, por lo que declara que ésta es una cuestión “casi ajena” a nuestro estudio, si bien “no por eso dejaremos de romper una lanza sobre la conveniencia, es más, sobre la necesidad de reformar urgentemente la consecuencia de que sea más castigado el que obró con menor perversidad”.

(121) GUICHOT Y BARRERA, Joaquín: *La Condena Condicional*, Tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, Sevilla, Artes Gráficas, 1908, 50, donde, al plantearse el problema debatido, se pregunta: “¿Es esto decir que la ley española ha hecho mal en exceptuar las faltas?... Ya he sostenido que no debe olvidarse la organización de cada país, y ¿cómo vamos a admitir que estén facultados para suspender la ejecución de las penas los jueces municipales?”

Por otra parte, aludiendo al argumento esgrimido por UGARTE durante los debates del Proyecto de 1907 en el Senado para excluir las faltas [“porque las faltas no se penan, se corrigen” y tratándose de una ley pura y exclusivamente aplicable a los delitos y que no se refiere a las faltas “no puede considerar reincidente, para sus efectos, al que habiendo cometido una falta, cometa después un delito”], véase SANGRO DE ROS Y OLANO, Pedro: *La Ley de Condena Condicional*, Madrid, 1908, 47. En el mismo extremo objeto de críticas incide José ROJAS Y MORENO, Conde de Casa-Rojas: *Remisión Condicional de la pena*, Estudio presentado como tesis doctoral, Madrid, Editorial Góngora, 1914, 74: “... de modo que a los que tienen menos perversidad se les trata con mayor dureza, y se coloca en la resbaladiza senda del mal a los que faltaron sólo levemente. Podría remediarse este inconveniente castigando aquellas infracciones (de simple policía en Francia) y faltas con reprensiones y multas por la primera vez y considerarlas como delitos si el reo reincidiese”.

(122) En este sentido se expresa DORADO en relación a la Ley de 1908, al afirmar que la excepción de las faltas le parece “inexplicable”, pues si por delitos debe evitarse el ingreso en la cárcel (fundamento principal de la condena condicional), “tanto más cuando la estancia en ella haya de ser corta. ¿Cómo, entonces, no pensar en las condenas a cárcel por faltas, las más breves de todas, y las impuestas a los autores de hechos menos graves, es decir, a los delincuentes, por regla general, más necesitados de protección, más susceptibles de mejora y menos propensos a la reincidencia”. Cfr. DORADO MONTERO, P.: *La nueva Ley de Condena Condicional. Significación y trascendencia*, en *RGLJ*, 112 (1908), 209 ss., 384 ss., esp. 216, nota 1.

este respecto— el clásico principio de que “a mayor delito, mayor pena, y a menor delito, pena menor” es totalmente infundado, por cuanto podría también hacerse una argumentación tal para criticar el fundamento propio de la condena condicionada, la cual se basa más en la propia naturaleza del delincuente que en la naturaleza, peculiaridades y gravedad del delito. En idéntica dirección, me parece muy temerario el argumento que sostiene el efecto criminógeno de una disposición tal, en el sentido de que “al ofensor le es más conveniente producir en determinados casos un daño mayor y la ley le eximirá de cárcel, en vez de un daño de menor importancia, que necesariamente le ha de privar de su libertad...”, de forma que “nuestro Código, y con él la Ley de Condena Condicional, está hecho para favorecer únicamente a los delincuentes más pérfidos y astutos que conozcan prácticamente sus múltiples absurdos y antinomias” (123). Pues bien, aun admitiendo la posibilidad de que suceda algún caso que caiga dentro de la hipótesis enunciada por GARRIGUES, lo cierto es que será, en cualquier forma, excepcional.

La explicación lógica de la exclusión de las faltas realizada primero por el Proyecto de 1900, luego por el Proyecto Figueroa de 31 de octubre de 1907 y, finalmente, por la Ley de 17 de marzo de 1908, es mucho más sencilla que todo eso. El propio DORADO MONTERO llegó a rozarla cuando, al hablar de que el fundamento y finalidad de la institución es evitar la reincidencia, expresaba: “... todas estas observaciones nos llevan... a considerar aplicable la condena condicional a todos los delincuentes, o más bien a no rehusársela desde luego y en principio a ninguno, como lo hace nuestra ley (arts. 2.º y 3.º)” (124). Mas, en el inciso final, DORADO se distanciaba de nuevo de la solución, por cuanto precisamente nuestra ley excluía, *a priori* —al igual que el Proyecto Torreánaz—, determinados delincuentes por razón de la naturaleza del delito cometido o cuando éste revelase en el delincuente “una malicia excesiva” (art. 5.º, inciso último, del Proyecto de 1900).

Lo que ocurre no es otra cosa que la naturaleza intrínseca de la condena condicionada contiene un imprescindible ingrediente de prevención especial que constitucionalmente excluye, por así decirlo, a cualquier otro criterio, si se desea conservar la pureza de la institución. El predominio casi exclusivo del fin de prevención especial implica que la suspensión de la condena *pendente conditione* haya de realizarse siempre en atención, no a la naturaleza o a la gravedad del delito cometido, sino tan sólo atendiendo a las peculiares características personales, ambientales, etc., del delincuente *in concreto*. De ahí, pues, que, según afirmaba DORADO, no deba excluirse, *a priori*, delincuente alguno, por cuanto con la introducción de una institución tal el legislador “se aparta del sentido expiatorio, retributivo, reparador,

(123) GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, J.: *Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal*, en RGLJ, 137 (1919), 337.

(124) DORADO MONTERO, P.: *La nueva Ley de Condena Condicional...*, en RGLJ, 112 (1908), 392 y 393.

represivo, en suma, de la función penal, y se alista de hecho entre los promovedores y defensores del sistema penal utilitario y preventivo, del que toma como materia y criterio de punibilidad, *no el delito realizado...*, sino el grado de peligro que el delincuente ofrezca..." (125). Sin embargo, las palabras del ilustre correccionalista no pueden considerarse exactas si se las pone en relación con el articulado del Proyecto Torreánaz, habida cuenta de que, según hemos podido apreciar, éste realiza exclusiones fundamentadas en razones de prevención general. Pues bien, el autor del Proyecto de 1900, a imitación del modelo francés, llegó, si cabe, todavía más lejos, al aunar criterios de prevención general y de prevención especial, optando por un *criterio mixto* de concesión, si bien con claro predominio de los primeros, por cuanto, en primer término, la concesión del beneficio se hace sólo cuando estamos en presencia de una determinada calidad y cantidad de penalidad, cuando en el delito cometido no concurren circunstancias de agravación, y siempre que no se trate de delitos que "por los intereses a que afectan, las alarmas que producen, el perjuicio que irrogan o a causa del mal ejemplo que dan o de los deberes que infringen", aparecen expresamente excluidos del ámbito de aplicación del instituto.

Por tanto, partiendo el autor del Proyecto de una concepción de la condena condicional como una especie de indulto judicial motivado y legalmente restringido, más que de una concepción político-criminal auténtica basada en los fines esencialmente preventivos del beneficio, no creo deba extrañarnos que, al fijar su atención más en la naturaleza de la pena susceptible de acogerse al beneficio y en la naturaleza del delito cometido que en el verdadero protagonista del instituto, el delincuente, haya optado por excluir del campo de aplicación de la suspensión condicionada de la pena a las faltas. Esta es, al menos a mi juicio, la única razón que podría explicar tal proceder. En otro orden de cosas, resulta obvio que la sentencia condenatoria a causa de una falta no debe obstar a la aplicación de la condena condicional, según se desprende del texto del Proyecto.

i) Conclusiones.

Finalmente, de la concepción de "*gracia*" en sentido amplio que el Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz imbuye a la suspensión condicionada de la ejecución de ciertas penas leves en be-

(125) DORADO MONTERO, P.: *Sobre la facultad de indultar los delitos concedida a los Tribunales*, en *Revista Política y Parlamentaria*. Año II, 15 de febrero de 1900, núm. 7, que razonando su argumento referido expresa: "¿Por qué, siendo esto así, limita la facultad de los Tribunales, para conceder el beneficio de la condena condicional a tres solas penas (arrestó mayor, presidio y prisión correccional) de las veintitantas que la escala general de ellas comprende (art. 26, Cód. pen.), y aun respecto de dos de ellas (las dos últimas), no la extiende a todos sus grados, sino tan sólo al mínimo? Yo no encuentro —prosigue— motivo alguno para la diferencia, como no sea el capricho..."

neficio de los que hayan delinuido por primera vez dan fe no sólo las pruebas demostrativas ya mencionadas, sino también, sobre todo, la negación, a tenor del artículo 10 de la referida proposición, de todo recurso “contra el uso que los Tribunales hagan de la facultad discrecional que se les concede” (126). De forma que la condena condicional aparece así concebida en el Proyecto como una facultad discrecional (*ex arbitrio iudiciis*) —en ningún caso obligatoria— otorgada al juez, el cual hará uso de la misma según su prudente arbitrio, si bien sujetándose a las limitaciones establecidas en el articulado del Proyecto.

Por otro lado, este carácter de *gracia* que el Proyecto parece atribuir al moderno instituto viene corroborado no sólo por las declaraciones contenidas en la Exposición de Motivos de aquél, sino también por las motivaciones —y en este punto el medio histórico como método interpretativo resulta decisivo— que impulsaron al autor de la propuesta de 1900 a introducir, o cuando menos a intentarlo, la condena condicional como “un sucedáneo más justo y equitativo de los indultos reales otorgados con carácter general”, si bien en base, desde luego, a consideraciones de tan marcado carácter utilitario como la de ahorrar al Estado los gastos que supone la ejecución de las penas privativas de libertad en establecimientos modernizados, lo cual dice, por cierto, muy poco en favor de nuestros legisladores (127).

Ciertamente, el defectuoso planteamiento del Proyecto dio, a este respecto, base a que, al igual que había sucedido ya en otros parlamentos europeos, saliese a la luz en el nuestro la objeción crítica preferida por los adversarios del moderno instituto: la de que el establecimiento de la condena condicional representa un ataque al derecho de gracia de la corona.

En tal sentido, y dejando a un lado las incidencias surgidas en el Parlamento belga con motivo de los debates en torno a la proposición legislativa que llegaría más tarde a convertirse en la Ley Le Jeune (128), lo cierto es que incluso los más fervientes partidarios del

(126) El hecho de que en el Proyecto Torreánaz venga concebida como una facultad *discrecional* otorgada al juez, dentro, claro está, de unos límites establecidos en su propio articulado, para que éste confiera “*tal gracia*”, explica, a mi juicio, la exclusión de todo recurso en contra de su posible denegación. Por otro lado, es de destacar que tal concepción ha pesado hasta tal punto, que en la regulación que nuestro Código penal vigente da de la condena condicional se hace la distinción entre una “condena condicionada discrecional, judicial” y una remisión condicional de la pena por ministerio de la ley o por prescripción legal, excluyéndose, en el primer caso, el recurso de casación contra la denegación de dicho beneficio.

(127) “... Un aplazamiento de la pena para ahorrar al Estado los gastos que supone la ejecución de la pena sería algo indigno de un Estado de Derecho y por ello no se cuestiona”, dice OTTMANN: *Der heutige Stand der bedingte Begnadigung in Preußen mit einem Ausblick auf die bedingte Verurteilung*, Göttingen Diss., 1920, 17.

(128) Véase la nota 143. Al referirse LE JEUNE a las relaciones entre la condena condicional y el derecho de gracia del que es portador la corona, “el cual permanece inalterable” según las palabras del Ministro belga, subraya éste la ventaja que el moderno instituto ofrece sobre el perdón al objeto

instituto no acertaron, en un principio, a explicar fundadamente la naturaleza jurídica de la condena condicional, limitándose a reconocer su desvío de los pilares del Derecho penal tradicional anclado en la idea de retribución y, en suma, a considerar a aquélla como una causa o “modo especial de extinción de la pena”, “una clase especial de pena”, “una absolución condicional” o, en fin, remitirla a institutos penales similares como la amonestación, la caución, la reprobación, etc., para así considerarla como una sanción de carácter moral (129), mas olvidando por completo que en el país de origen del instituto tales conceptos jurídicos poseían un significado jurídico y práctico muy distinto del que solía atribuírseles en los Códigos europeos y, por consiguiente, era imposible aprehender la esencia de la institución abstraéndola de su singular medio ambiente, en el cual —y ello es un dato de la mayor importancia— el perdón judicial existía ya desde hacía tiempo en virtud de las prácticas desarrolladas por la jurisdicción de la *Common Law* (130).

No existiendo, por el contrario, en los Códigos penales del continente la institución del perdón judicial, y siendo conocido tan sólo el derecho de gracia como una ancestral prerrogativa inherente a los regios derechos del soberano (*Gnaden als Hoheitsakt des Souverän*) (131), resultaba lógico el nacimiento de dos posturas doctrinales con referencia a la introducción de la condena de ejecución condicionada: una, la de los partidarios, sosteniendo que no se trata de un perdón, razón por la cual la concesión del beneficio debe ser depositada en manos del poder judicial, al no representar menoscabo

de evitar el peligro de equivocarse miles de veces. Cfr. BACHEM, Julius: *Die bedingte Verurtheilung*, 1.^a ed., Köln, 1894; 2.^a ed., Köln, 1895, 9 ss.

(129) El carácter o naturaleza de “pena de orden puramente moral” de la condena condicional es afirmado por vez primera por BERÉNGER en el Senado francés. Cfr. BERÉNGER, *Exposé des Motifs* del Proyecto de 26 de mayo de 1884, *Imprimées du Sénat*, 1884, núm. 159, impresa en *Révue pénitentiaire*, 1884, 550 ss. Niega el carácter de pena y afinca el instituto en la medición judicial de la pena LOEBELL: *Die bedingte Verurtheilung*, en *GA*, 38 (1891), 20-42.

(130) El reconocimiento de la existencia de un “*arbitrary or discretionary power to grant a reprieve by common right, than of strict right*” como una especie de suspensión o aplazamiento judicial de la sentencia, en cuanto medio para obtener un perdón condicional posterior que llevaba consigo una *transportation order*, aparece en HALE, Sir Matthew: *The History of the Pleas of the Crown*, vol. II, London, 1736, cap. 58, pág. 412, y en BLACKSTONE, Sir William: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1769 (reimpresión, London, 1966), vol. IV, 387.

(131) “Ein Recht des Staatsoberhaupt’s” denomina KÖSTLIN al perdón (en *System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1855, 633); “Aufhebung einer gesetzlich verdienten Strafe durch die höchste Gewalt im Staate” es el perdón, a juicio de FEUERBACH (en *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14.^a ed., Giessen, 1847, 123); “Begnädigung (*adgratiatio, indulgentia Principis*) heisst eine von der höchsten Gewalt verfügte Ausnahme vom Strafgesetze zu Gunsten eines Schuldigen...”, según ABEGG (*Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustad a. d. Orla, 1836, 248).

alguno del derecho de gracia del soberano (132); otra, la de los contrarios, afirmando, en cambio, que sí se trata de un perdón o de una modalidad de este último, el cual es materia de la exclusiva competencia del soberano y, por consiguiente, de acuerdo con los principios rectores del Derecho público constitucional, especialmente con el de la división de poderes, al venir asignada la totalidad del derecho de gracia a la corona, el conceder paralelamente a esa facultad un derecho a suspender la pena o a conceder el perdón a las autoridades judiciales no sólo entrañaría una gravísima e inconstitucional merma de las prerrogativas del ejecutivo, sino que, además, sería una herejía jurídica. En síntesis, con la condena condicional en manos del poder judicial se produciría una confusión intolerable entre las competencias correspondientes a los diversos poderes constituidos, prohibida, a todas luces, por el Derecho público constitucional (133).

(132) Como una "clase de pena" concibe LISZT a la condena condicional. Cfr. LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung...*, en *VDA*, III (1908), 89; a él le siguen, en los primeros tiempos del planteamiento de la institución, Von HIPPEL, Hugo MEYER, Emil ZÜRCHER y otros.

Como un "modo especial de extinción de la pena" —a fin de intentar poner a todo el mundo de acuerdo— califica Alfred GAUTIER al moderno instituto, aproximándolo de este modo a la prescripción, por cuanto, según el autor suizo, las dos instituciones causan idéntico efecto (la inexecución de la condena) utilizando el mismo medio (el tiempo que transcurre entre el inicio y el término de ambas), poseyendo, asimismo, idénticas (?) causas de interrupción y de revocación (la comisión de nuevos delitos). Cfr. GAUTIER, A.: *A propos de la condamnation conditionnelle*, en *R. P. S.*, 3 (1890), 315. La tesis de "causa de extinción de la punibilidad" ha sido la preferida por los italianos, aunque en este caso el problema radica en el concepto de punibilidad.

IGNATIUS la conceptúa como una "absolución condicional". Cfr. IGNATIUS, Kaarlo: *Die juristische Natur der bedingten Verurteilung*, en *ZStW.*, 23 (1903), 266: "*eine, auf die Entbehrlichkeit der Strafe in dem Konkreten Falle sich gründende bedingte Straflöserklärung oder Freispruch des einer vom Gesetze als strafbar bezeichneten Handlung schuldig befundenen Angeklagten*".

Finalmente, en la época que ahora estudiamos, Tell PERRIN propone "considerar la existencia de la condena como subordinada a la llegada de una condición suspensiva", con lo que se evitan al inculpado los peligros derivados de la difusión de su delito y, en suma, todos los inconvenientes de los antecedentes penales. Con ello, se vuelve la mirada, a mi juicio, al sistema inglés de suspensión del pronunciamiento formal de la culpabilidad (*upon conviction*). Cfr. PERRIN, Tell: *De la Remise Conditionnelle des peines, Etude de droit comparé historique et critique*, Genève et Bale, 1904, 158, 159.

(133) La mayor parte de los autores de finales del XIX y principios de la centuria presente que asignan a la pena una finalidad única, la retribución, ven en esa "insana novedad" como saludara BINDING a la condena condicional, "*einen Eingriff in das Gnadenrecht der Krone*" (un ataque al derecho de gracia de la corona), por ver precisamente en nuestro instituto una modalidad del perdón. Así: Von KIRCHENHEIM: *Gegen "bedingte" Bestrafung*, en *GA*, 38 (1891), 12 ss., esp. 13; EL MISMO: *Bedingte Bestrafung*, en *GS*, 43 (1890), 51 ss., esp. 64 ss.; BINDING, Karl: *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 6.^a ed., 1902, § 115, pág. 269; KÖNIGSFELD, Walter: *Die neuere Entwicklung der bedingten Verurteilung in Deutschland*, Inaug.-Diss., Göttingen, sin fecha, 6; también en opinión de BIRKMEYER y de un artículo publicado en el "Berliner Korrespondenz" con motivo de la promulgación del Real Decreto dirigido al Ministro prusiano de Justicia, de 23 de octubre de 1895, "la condena condicional es un acto de gracia". Cfr. Von LISZT, Fr.:

No se crea, por otro lado, que la cuestión planteada no deja de ser un excursus más objeto de polémica por parte de la doctrina, ya que el trasfondo político de la misma determinó en diversos países el destino de la institución. De este modo, allí donde el poder judicial se presentaba independiente por completo del ejecutivo, las instituciones de naturaleza eminentemente judicial —y, sin lugar a dudas, la condena condicional lo es— encontraron un campo mejor abonado para su nacimiento y ulterior desarrollo. Tal es, por ejemplo, el caso de Inglaterra, lugar en el que el poderoso influjo de las prácticas judiciales de la *Common Law* dieron origen al denominado “judicial reprieve” —especie de suspensión o aplazamiento judicial de la sentencia (134)—, en oposición al concepto más lato de *King's pardon* y como una muestra más de la fuerza de aquella jurisdicción frente a la corona (135).

Por el contrario, allí donde la monarquía se mostraba más fuerte e inviolable en sus prerrogativas, invadiendo con su omnímoda influencia el ámbito de competencia de los restantes poderes, la introducción de la condena de ejecución condicionada topó con un gravísimo obstáculo por venir considerada como un atentado a la más sagrada prerrogativa del ejecutivo: el derecho de gracia. Tal es el caso de Alemania, lugar en que la institución tardó bastante en ser introducida —a pesar de ser precisamente el país que sirvió de palestra al movimiento doctrinal en favor del moderno instituto—, y cuando lo fue se vio confiada, en virtud del principio de delegación, a las autoridades administrativas, concretamente al Ministerio de Justicia, convirtiéndose, de esta forma, en un “perdón condicionado” (*bedingte Begnadigung*) (136); situación jurídica que perduró hasta la caída de

Die bedingte Verurteilung in Preussen, en *Zukunft*, 4 de enero de 1896, artículo recogido en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlín, 1905 (reimpresión 1970), 161 ss., esp. 167 y 168.

(134) De las tres clases de “reprieve” de que habla HALE (*ex mandato regis, ex arbitrio judicii y ex necessitate legis*), el “judicial o discrecional” consiste en un aplazamiento o suspensión del proceso o de la sentencia ya pronunciada por el juez. Etimológicamente procede de *repandre* (volver a tomar), no de *reprimand*. Cfr. HALE, Sir Matthew: *Pleas of the Crown*, II, 412; BLACKSTONE, Sir Williams: *Commentaries...*, 387.

(135) El ejemplo más claro de lo dicho en el texto lo constituye el *Raleigh's case*. Sir Walter Raleigh, acusado de conspirar con Lord Cobham para cometer el delito de traición, al pretender hacer reina de Inglaterra a Arabeñlla Stuart, mediante los oficios del Archiduque de Austria y de su embajador, fue condenado a muerte, a pesar de no comparecer en el proceso Lord Cobham e infringirse así la regla de la obligatoria presencia de dos testigos en la prueba oral; sin embargo, el Tribunal, del que formaba parte Coke, suspendió la sentencia indefinidamente, siendo en ese tiempo nombrado Raleigh jefe de la escuadra naval británica. El 29 de octubre de 1618, exactamente quince años después del proceso, Raleigh fue ajusticiado por una orden del *Privy Council* que derogaba, así, la anterior decisión judicial de suspensión. Cfr. STEPHEN, Sir James F.: *A History of Criminal Law of England*, vol. I, 1883, London, 333-335; HOLDSWORTH, Sir William: *A History of English Law*, vol. IX, 3.^a ed., 1944 (reimpresión, 1966), London, 216 ss.

(136) El instituto comienza a ser introducido en los diversos Estados alemanes en forma de “perdón condicionado” y por medio de ordenanzas, no

la monarquía y el subsiguiente advenimiento de la República de Weimar (1918), época en la que, pese a seguir considerándose al instituto como "una institución administrativa relativa al derecho de gracia de los estados" y, por consiguiente, como un perdón condicionado, comenzó a depositarse tal facultad en manos de los tribunales (137). Si bien es cierto que hasta época reciente y a pesar del tenor que la Ley de reforma penal de 1953 (*StrRÄG*) otorga a la suspensión con-

de leyes, el 25 de marzo de 1895 (Sajonia), a la que sigue Hessen (29 de junio de 1895) y Prusia (23 de octubre de 1895), etc. La materia pasa a ser competencia del Ministro de Justicia y de las autoridades administrativas de ejecución de la pena, aunque en algunos estados podía colaborar con aquéllas el juez competente. Se trata, en suma, de "un perdón condicionado administrativo". Cfr. VON LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung...*, en *VDA*, III (1908), 45 ss.; BACHEM, Julius: *Bedingte Verurteilung oder bedingte Begnadigung?*, Köln, 1896, 19 ss.; FISCHER, Heinrich: *Die bedingte Strafaussetzung*, Inaug.-Diss., Würzburg, 1927, 13 ss., 21 ss.; ROEDER, John: *Bedingte Strafaussetzung und Strafaussetzung für Fürsorge- und Anstaltszöglinge...*, Halle, 1913, 1 ss., esp. 153 con un cuadro de Estados y fechas de las diversas disposiciones germanas; KÖNIGSFELD, Walter: *Die neuere Entwicklung...*, 1 ss., 5 ss.; OTTMANN: *Der heutige Stand der bedingten Begnadigung in Preußen...*, Göttinger Diss., 1920; véase sobre los proyectos alemanes anteriores a 1895 (WIRTH, LISZT, ASCHROTT), VON HIPPEL, Robert: *Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurteilung in Deutschland*, en *GS*, 43 (1890), 99 ss., esp. 125. Es el 1 de enero de 1903 cuando los diversos Estados de la Federación procuran unificar la diversidad de los procedimientos y trámites de aplicación del instituto, firmando cinco puntos a observar en adelante: 1) La exclusión del beneficio de los mayores de dieciocho años; 2) Tratándose de reincidentes sólo podrá aplicarse en casos excepcionales; 3) La gravedad de la pena no debe en principio excluir la posibilidad de aplicar el perdón condicionado; 4) Para la concesión de la suspensión condicional se requerirá una manifestación del tribunal competente; 5) El tiempo de prueba se fija como mínimo en la duración de la prescripción; en penas que prescriben a los dos años, en un mínimo de un año, y en las que exigen plazo de prescripción más dilatado, en un mínimo de dos años. Cfr. HELLWIG, Albert: *Die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung in Preußen. Erlaß der Preussischen Staatsregierung vom 20 August 1920 und Allgemeine Verfügung des Justizministers vom 19 Oktober 1920, nebst Erläuterungen, einer Einleitung und eine Sachverzeichniss*. Berlín, H. W. Müller, 1921, 8 ss., esp. 9 ss.

(137) En este sentido, a partir de 1919 se dicta una nueva regulación en materia de condena condicional que pasa ahora a ser depositada en manos de los tribunales, paralelamente a la propiamente administrativa, que subsiste al lado de aquélla. Comienza el movimiento en Baviera (*Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 11 Juli 1919*), Baden (*Verordnung des Staatsministeriums vom 17 Dezember 1919*, § 6), Hamburgo (*Verordnung des Senats vom 11 Juni 1920*) y culmina en Prusia con el *Erlaß der Preussischen Staatsregierung vom 2 August 1920 und Allgemeine Verfügung vom 19 Oktober 1920 über die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung*, comenzando esta última por la rúbrica: *Aussetzung der Strafvollstreckung durch die Gerichte* (suspensión de la ejecución de la pena por los tribunales). Cfr. HELLWIG, Albert: *Die bedingte Aussetzung...*, 9 ss., esp. 14.

Ello no obstante, según constata VAN CALKER, "en todos los Estados que han introducido la suspensión condicionada de la pena como suspensión administrativa o judicial de la pena, ésta (suspensión) significa una gracia (*etne Gnadenerweisung*) y se representa por tanto como una institución administrativa que afecta al derecho de gracia de los Estados". Cfr. VAN CALKER, Fritz: *Strafrecht, Grundriß zu Vorlesungen und Leitfaden zum Studium*, 4.ª ed., München, 1933, 62 y 63.

dicional de la pena bajo régimen de prueba y del argumento doctrinal, según el cual al venir prohibido que los preceptos de la ley citada invadiesen cualquier materia constitucional, como es el caso del perdón, debe negarse el carácter de gracia a la condena condicional, sin embargo, no sólo se encuentran opiniones doctrinales y jurisprudenciales en apoyo de que aquélla implica un “acto de gracia” (*Gnadenakt*), sino que subsisten, además, disposiciones en esta materia paralelas a los §§ 23 y ss. del *StGB*, como, por ejemplo, los §§ 20 y siguientes del *Gnadenordnung* de 6 de febrero de 1935 regulando el ámbito de aplicación de la suspensión condicional de la pena en los diversos *Länder* (138).

En resumen, nada tiene, pues, de extraño que en la época en que fue presentada nuestra primera propuesta de ley en materia de condena condicional las opiniones sobre la naturaleza de la misma a nivel legislativo y a nivel doctrinal no fuesen nada claras. En este sentido, el propio DORADO MONTERO, ferviente partidario de la introducción, muestra una confusa concepción del instituto, al ver en él un indulto depositado en manos del poder judicial (139) y, pese a criticar el modelo elegido por Torreánaz y por el legislador español de 1908, prefiriendo, por el contrario, el anglosajón, que concede un mayor arbitrio judicial (140), se contradice abiertamente al suscribir

(138) Suele afirmarse que la ley de 1 de octubre de 1953 de reforma del Código penal introduce una modalidad de condena condicional diversa por completo a la prevista como perteneciente al derecho de gracia. *Vide*, en este sentido: EGNER, H.-Eb.: *StrafAussetzung und Gnadenrecht*, en *NJW*, 1953, 1859 y 1860, el cual afirma que con ello en nada se modifica el derecho de gracia, que permanece así invariable y, por tanto, siguen en vigor las prescripciones contenidas en los §§ 20 y ss. del *Gnadenordnung* de 6 de febrero de 1935, modificado en 9 de enero de 1939, el cual puede verse en MENSCHALL, W.: *Das gesamte deutsche Gnadenrecht nebst verwandten Gebieten*, 2.ª ed., Berlín, 1940, 31 ss., esp. 59 ss.

Vigentes, pues, en todos los Estados las disposiciones de la citada Ordenanza de 1935, deben, así, considerarse dos modalidades de suspensión condicionada de la ejecución de la pena en Alemania, tal y como advierte JESCHECK, H.-H.: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., reelaborada y ampliada, Berlín, 1972, 626, nota 4.

De ahí, pues, que no haya de extrañar que los autores más cercanos a la práctica mantengan el carácter de perdón de la condena condicional en Alemania Federal. Y no se trata solamente de alguna opinión aislada como la siempre recurrida de MEISTER [*Mängel der neuen §§ 23 ff. StGB*, en *DRiZ*, 1953, 218 y 219, donde apunta que la ley de 1953 lo que ha hecho es dar al juez la facultad para un acto de gracia (*Gnadenakt*)], sino también de opiniones recientes, como es el caso de DREWS, el cual sostiene que con la introducción del § 23 en el *StGB* por la tercera ley de reforma penal la medida “no ha perdido su carácter de gracia”, sino que lo que se ha hecho es darle la fuerza de un nuevo medio de reacción político-criminal. DREWS, Richard: *Das deutsche Gnadenrecht*, Köln, 1971, 26.

(139) DORADO MONTERO, P.: *Sobre la facultad de indultar los delitos concedida a los Tribunales*, en *Revista Política y Parlamentaria*, Año II, 15 de febrero de 1900, núm. 7, lugar en el que expresa: “¿No es verdad que, de esta manera, al propio tiempo que se otorga a los juzgados una cierta facultad de conceder indultos...?”

(140) DORADO MONTERO, P.: *La nueva Ley de Condena Condicional. Significación y trascendencia*, en *RGLJ*, 112 (1908), 209 ss., esp. 217, nota 2.

una opinión de Gabriel TARDE: “Yo creo que el derecho de gracia está llamado a transformarse... La cuestión de la gracia está íntimamente ligada con la de la condena condicional y la liberación condicional; estas dos innovaciones penales pueden ser consideradas como desmembraciones del derecho de gracia, pues la condena condicional no es, en cierto modo, sino una *gracia eventual*, concedida de antemano, y con condiciones, por el mismo juez que condena” (141). Concepción en la que parece, asimismo, incidir VALDÉS RUBIO, cuando denomina a nuestro instituto “impunidad condicional” (142). Por consiguiente, la motivación política que impregnó a la objeción planteada a nivel parlamentario al Proyecto Torreánaz es incuestionable.

Finalmente, ha sido precisamente ese carácter de gracia asignado por el Proyecto al beneficio —próximo, en cierto modo, pero sustancialmente diverso del concepto del perdón o indulto regio— (143), concebido, en definitiva, como un perdón judicial muy restringido, lo que, con toda su carga política y emotiva, ha pesado poderosamente en la jurisprudencia surgida con motivo de la aplicación de la Ley de 17 de marzo de 1908 sobre condena condicional hasta nuestros días y lo que, asimismo, suscitó la más furibunda e injustificada réplica, aunque impregnada de motivaciones políticas obvias, que al Proyecto fuera dirigida, el cual fue, a este respecto, calificado por don Trifino GAMAZO, en un voto particular o enmienda a la totalidad del *Dictamen* de la Comisión, como un atentado contra la prerrogativa regia del perdón regulada en el articulado de la norma constitucional de la Monarquía, de 30 de junio de 1876, y tachado, por tanto, de anticonstitucional (144).

(141) DORADO MONTERO, P.: *Amnistía e Indulto*, en el *Derecho Protector*, Madrid, II, 1915, 414, nota 2.

(142) VALDÉS RUBIO, J.-M.: *Derecho Penal*, II, Madrid, 1910, 507: “La pena condicional es la impunidad condicional.”

(143) La problemática de la naturaleza jurídica de la condena de ejecución condicionada ha sido una de las cuestiones más controvertidas en la doctrina y jurisprudencia, a raíz de su introducción en el continente europeo. Aunque, personalmente, opino que, a este respecto, debe hablarse de la naturaleza que el instituto reviste, no *in abstracto*, sino *in concreto*, es decir, en cada uno de los sistemas legislativos que la han acogido en su seno, he de aclarar, ello no obstante, que su relativo parentesco con la institución del perdón o indulto real *pendente conditione* ha provocado en las cámaras legislativas donde el instituto ha sido discutido las más apasionadas polémicas. En este sentido, en los debates en torno a la ley belga de 1888 se sostuvo por el informador de la “sección central” que la prerrogativa regia del derecho de gracia podría aplicarse perfectamente a la condena condicional, debatiéndose el problema del atentado que la moderna institución implicaba para con el derecho regio de indulto... Cfr. *Recueil...*, Bruxelles, 1888, 18 ss., 115.

(144) En realidad, lo más sustancial del *voto particular* de don Trifino GAMAZO radica precisamente en ese “lugar común”: el considerar al moderno instituto como un atentado al derecho de indulto en cuanto prerrogativa real. Mas, como hemos visto anteriormente, el problema no se presenta aisladamente en nuestra patria, pues antes lo había sido en Bélgica (*Vide* la nota anterior); y, por otro lado, GAMAZO no hace sino incidir en argumentos muy parecidos por cierto a los que SILVELA (en la *E. de M.* de su *Proyecto*) esgrime a la hora de criticar el artículo 39 del *Proyecto* de ALONSO MARTÍNEZ, según

En síntesis, cabe afirmar que el Proyecto de 1900, pese a seguir en algunos puntos a la ley Berénger, presenta rasgos de notoria originalidad tanto respecto a dicha ley como a la belga de 1888, optando, desde el punto de vista político-criminal, por un criterio ecléctico entre los dos últimos cuerpos legales.

Lo que, por supuesto, resulta obvio, sin lugar a dudas, es la carencia absoluta de influjo que la legislación anglosajona sobre la materia (tanto la norteamericana como la inglesa) ha ejercido sobre el espíritu y articulado del Proyecto mismo; si bien no deja de resultar paradójico que, con ocasión de plantearse por vez primera en el Parlamento la cuestión de la condena condicional, don Segismundo MORET, autor de tan loable iniciativa, hubiera recurrido al modelo representado por la ley francesa y no hiciese, en cambio, alusión alguna a la legislación anglosajona, siendo como era un lector asiduo del periódico inglés “*Times*”, en el cual, por la época, salieron a la luz abundantes noticias en torno a la aplicación de la primera ley inglesa sobre la materia (145).

El Proyecto Torreánaz es, por último, mucho más conservador que las leyes francesa y belga, si bien muchas de las imperfecciones del primero hayan de achacarse, a este respecto, más que a la propia mano del autor de la propuesta al propio contexto del Código penal dentro del cual estaba llamado a ser aplicado. Entre sus méritos debe destacarse, por otro lado, la supresión, a efectos de otorgamiento de la

el cual se permitía al “*tribunal sentenciador* declarar extinguidas a los treinta años de su cumplimiento las penas de reclusión e inhabilitación perpetuas, a no ser que por la conducta de los reos, o por otras circunstancias apreciadas con vista de los antecedentes necesarios, no les consideren acreedores a este beneficio”. El fundamento en que se apoya la crítica de SILVELA no es otro que la imposibilidad de entregar a un tribunal, por autoridad plenamente delegada, una porción tan considerable del derecho de gracia, perteneciente, con arreglo al artículo 54 de la Monarquía (1876), al Rey. *Vide supra*, nota 11.

(145) La anécdota que traemos al texto original va más allá de lo puramente anecdótico, por cuanto precisamente con motivo de discutirse el Proyecto de 1907 sobre condena condicional en el Congreso de los Diputados, el ministro de Gracia y Justicia, marqués de Figueroa, oponía a los objetores de la ley que, entre otras cosas, grandes personalidades de las “que asumen mayor representación y tienen la dirección de las grandes fuerzas políticas y la confianza consiguiente del país... , ya anteriormente habían expuesto su opinión (sobre el tema), muy tenida en cuenta por el Gobierno” (!). “Así, dice el ministro, *no hace muchos años el señor Moret... hacía un comentario... de la ley Berénger*” (*sic*). Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 155 [21 de febrero de 1908], pág. 4801. El remitirse al pionero parlamentario de la condena condicional en nuestro país supuso, a mi juicio, la fijación del legislador en el modelo aportado por aquél, concretamente el francés; si bien el legislador haya seguido posteriormente un criterio ecléctico, a caballo entre la ley francesa y la belga. Pero lo que es indudable es que el o los modelos que el legislador español de 1907 toma en consideración —las leyes belga y francesa— no son, desde luego, ni modernos ni los más perfectos, máxime si se toma en consideración que una de las leyes más perfectas sobre la materia, el *Probation of Offenders Act 1907* inglés, había sido promulgado casi un año antes que la ley española, ya que dicho *Act* data del 21 de agosto de 1907.

suspensión condicional, del llamado paralelismo penal ínsito en el Código de 1870, al determinar como penas susceptibles de acogerse al beneficio las de arresto mayor y las de *presidio o prisión correccional en su grado mínimo*. Por primera vez, el legislador español contempla las penas en su compleja diversidad del Código como especies de penalidad calificadas o conceptuadas por su duración y no por otras consideraciones de carácter infamante, siguiendo, en este punto, las directrices marcadas por los Proyectos ALONSO MARTÍNEZ y SILVELA.

2. EL "DICTAMEN DE LA COMISIÓN ACERCA DEL PROYECTO DE LEY FACULTANDO A LOS TRIBUNALES PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE CIERTAS PENAS LEVES EN BENEFICIO DE LOS QUE HAN DELINQUIDO POR PRIMERA VEZ"

La Comisión del Congreso de los Diputados designada al efecto e integrada por el Marqués del Vadillo, presidente; el Conde Orgaz, don José María Gadea Orozco, don Antonio Barroso, don Gumersindo de Azcárate y don Manuel de Burgos y Mazo, como secretario, emitió su *Dictamen acerca del proyecto de ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez* el 16 de enero de 1900 (146), y su circunspección ante la novedad que representa el instituto de la condena condicionada es, si cabe, todavía mayor que la del propio Proyecto, pero, en cambio, mucho más racional su concepción, por cuanto, si bien abunda, en idéntico sentido que la proposición legislativa, en la misma concepción político-criminal de ésta acerca de las penas cortas de privación de libertad —"que deben sustituirse por la amonestación y la reprensión"—, de modo que el evitarlas no sólo impide la corrupción carcelaria, sino que proporciona también "estímulos potísimos de corrección y de enmienda", combina, además, el *criterio de la pena con el criterio del delito*, discurrendo así, como el Proyecto, por un *criterio mixto*, mas sus exclusiones por razón de la naturaleza del delito son mucho menos cuantiosas que las que el Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz verifica en su artículo 5.º, ya que, conforme al artículo 5.º del Dictamen, se exceptúan únicamente "los delitos de robo, hurto y estafa; los que según

(146) Véase: *Dictamen de la Comisión acerca del proyecto de ley facultando a los tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez*, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 10.º al núm. 106 [15 de enero de 1900], págs. 1, 2 y 3. Debe destacarse que, entre los miembros de la referida Comisión, don Gumersindo de AZCÁRATE será uno de los que intervengan de nuevo en los debates parlamentarios de 1907 y 1908 en torno a la condena condicional, integrando la *Comisión del Congreso de los Diputados* que, en 27 de enero de 1908, emitirá *Dictamen acerca del proyecto de ley del Senado sobre condena condicional*. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 32.º al núm. 133 [27 de enero de 1908], págs. 1 y 2.

la ley sólo pueden perseguirse en virtud de querrela o denuncia de la parte ofendida; los que cometan los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, y todos aquellos que a juicio del Tribunal sentenciador revelen en el delincuente una *malicia excesiva*", con lo que se retrotrae, al final, a la fórmula empleada por el proyecto como una *cláusula genérica* restrictiva o de contención.

El Dictamen es, en el sentido apuntado, mucho más progresivo y liberal que el Proyecto, puesto que no excluye, *expressis verbis* al menos, los delitos de naturaleza política, los cuales pueden, siempre que concurren los presupuestos enumerados en los artículos 1.º y 3.º del Dictamen, beneficiarse de la suspensión en la ejecución de la pena, si a ello no obsta, claro está, la apreciación por el Tribunal sentenciador de una *malicia excesiva* en el delincuente.

Mas el *criterio mixto* seguido tanto por el Proyecto como por el Dictamen de la Comisión aparece mucho más reforzado en el último, por cuanto ha de tratarse siempre, según declara la Exposición de Motivos del mismo, de "*delitos leves*", en que el daño a tercero es escasísimo y siempre queda subsistente la responsabilidad civil; de delitos leves, en que el orden del derecho quebrantado muy bien puede considerarse *restablecido* —prosigue la citada Exposición— por la *prisión preventiva*, extremo éste en el que aparece de manifiesto una flagrante contradicción entre el fundamento y fines de la condena condicional y el espíritu del pre-legislador plasmado en el Dictamen, ya que, si mediante la suspensión de la ejecución de la pena se trata, en definitiva, de evitar el contagio que dentro de la prisión se produciría por el contacto con criminales avezados, resulta evidente que una finalidad de esa naturaleza se ve obstaculizada con un instrumento casi carente por entonces aun de regulación legal o, cuando menos, de una racional aplicación práctica —lo cual agrava todavía más el problema—, como es la prisión preventiva o provisional, máxime cuando estamos en presencia de una institución que no parece haber sido nunca bien entendida por el legislador español y mucho menos bien aplicada por las autoridades competentes, tal y como sucede todavía en la actualidad. El que el Dictamen ponga el acento en la prisión preventiva como medio de "restablecer el orden del derecho quebrantado" pone de manifiesto el fundamento y significado diversos que tal institución representa o ha representado en nuestra patria si la comparamos, por ejemplo, con el derecho inglés (147), amén de constituir

(147) A. pesar de la rigidez ínsita en la preceptiva de textos legales como la *Magna Charta 1215*, la *Petition of Rights 1628* (3 *Charles 1*, c. 1) y el *Bill of Rights 1689* (1 *Will. & M.*, sess. 2. c. 2)—, los cuales han supuesto, a juicio del ilustre historiador inglés Sir William HOLDSWORTH (en *A History of English Law*, vol. X [1938, reimpresión 1966], 647), "*the basing of the authority of the state upon the rule of law*", es decir, la fundamentación de la autoridad estatal en el principio de legalidad—, dichos textos operaron como aceleradores del proceso de estructuración política del país inglés, al basar la autoridad del Estado en la norma o tipo legal (*rule of law*), teniendo, por otro lado, dicha rigidez como contrapeso la flexibilidad inherente a las prácticas judiciales de la *common law*, todo lo cual produjo un considerable incre-

ello, más que un defecto de técnica legislativa, una constante y aberrante concepción del mencionado instituto que, tratándose, como en este supuesto, de una materia tan sutil y delicada como es la condena

mento en la protección otorgada a las garantías jurídico-individuales; protección que, según palabras del propio HOLDSWORTH (*A History...*, vol. X, 658), puede considerarse como uno de los resultados derivados de la *Gran Rebelión* y de la *Revolución de 1688* y que se concretiza en el llamado *writ of Habeas Corpus* [*Habeas Corpus Act 1679* (31 Chas. 2, c. 2)] al que el historiador inglés califica como “el más eficiente protector de la libertad individual que ningún sistema legal haya inventado nunca (*“the most effectual protector of the liberty of the subject that any legal system has ever devised”*)”, y, concluye, en ningún ámbito del Derecho Constitucional fueron más fructíferos los resultados de la alianza entre el Parlamento y la *common law*.

No cabe duda, por otra parte, que si bien es cierto que durante algún tiempo ha sido más o menos cuestionable la realización práctica del *idearium* plasmado en la *cláusula 39 de la Magna Charta*—según la cual “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisiatur aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium vel per legem terrae*”, cuya traslación al inglés es, según HOLDSWORTH, “*No freeman shall be taken or/and imprisoned, or disseised, or exiled, or in any way destroyed nor will we go upon him nor will we send upon him, except by the lawful judgment of his peers or/and by the law of the land*”—, habida cuenta de la diversa interpretación que los comentaristas y tratadistas de la *common law*, primero, y, después, los historiadores han atribuido a los distintos vocablos o términos de la referida cláusula (Véase, sobre el problema: HOLDSWORTH: *A History...*, vol. I [7.ª ed., 1956, reimpresión 1966], 58-63; SWINDLER, William F.: *Magna Charta. Legend and Legacy*, New York, 1965, 317 ss.; JENNINGS, Sir Ivor: *Magna Charta and its Influence in the World today*, London, 1965; THORNE, Samuel E., KURLAND, Philip B., DUNHAM, William H., JENNINGS, Sir Ivor: *The Great Charter. Four Essays on Magna Charta and the History of our Liberty*, 1965, con una introducción del decano Erwin N. GRISWOLD y un apéndice en el que aparecen transcritos los textos [págs. 101 ss.] de *The Articles of the Barons* y de la *Magna Charta* [págs. 111 ss.]; Lord PARKER of WADDINGTON: *Magna Charta and the Rule of Law. An Address delivered at Jamestown, Virginia, 15 June 1965, at Ceremonies Commemorating the 750th Anniversary of the Sealing of Magna Charta*), no es menos cierto, en cambio, que las garantías de la libertad individual en ellas contenidas y encauzadas a través del correspondiente proceso penal lograron su cristalización legal únicamente mediante los sucesivos *writs de Habeas Corpus*, de forma que este instituto llevó a su realización práctica los ideales plasmados en la *Magna Charta*, dirigidos a frenar la arbitrariedad real. Cfr. HOLDSWORTH: *A History...*, I, 228.

Por consiguiente, partiendo del *The Statute of Westminster the First* (3 Edw. 1, c. 12. A. D. 1275), cuyo contenido fue durante casi quinientos cincuenta años la única fuente en materia de prisión preventiva y de libertad bajo fianza, y pasando por los antiguos autos “*de homine replegiando*”, “*de manucapione*” (of mainprize), y “*de odio et atia*” (from hatred and malice) y los sucesivos *writs de Habeas Corpus* (*Habeas Corpus ad respondendum, ad subjiciendum, ad faciendum et recipiendum, cum causa*) se llegó al famoso *Habeas Corpus Amendment Act 1679* (31 Charles II, c. 2), en cuya virtud una persona detenida “sin buena razón legal” deberá obtener su libertad inmediata; un individuo que debe ser liberado de la detención preventiva puede afirmar o hacer valer su derecho a ser retenido provisionalmente; un *Act*, en suma, por el que se asegura a los detenidos en prisión preventiva un proceso rápido y en cuya virtud una persona liberada de la prisión preventiva no puede nuevamente ser enviada a la misma situación anterior por el mismo delito o cargo, etc. Cfr. HOLDSWORTH: *A History...*, IX (3.ª ed., 1944, reimpresión 1966), 104 ss., esp. 108 ss.; vol. I, 227 ss.; vol. X, 658 ss.; HALE, Sir Matthew: *The History of the Pleas of the Crown*, vol. II, 1736, London,

condicional, pone al descubierto la despreocupación que el legislador ha demostrado durante años en lo tocante a la salvaguarda de los

141 ss.; BLACKSTONE, Sir Williams: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, vol. IV, 1769 (reimpresión, London, 1966), 293-297 ss.; POLLOCK & MAITLAND: *The History of English Law*, 2.^a ed., 1911, reeditada con una nueva introducción y bibliografía seleccionada por S. F. C. MILSON, vol. II, Cambridge, 1968, 586, 589 y 593; RADZINOWICZ, Sir Leon: *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. I. *The Movement for Reform*, London, 1948, 25; STEPHEN, Sir James Fitzjames: *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, 1883, London, 233 ss., esp. 242, 243.

Del verdadero significado y alcance que el *Habeas Corpus ad prosequendum, ad testificandum, ad subjiendum, ad faciendum et recipiendum*, etc., ha tenido en la jurisdicción de la *common law* da fe el contenido de la sentencia pronunciada en 1670 (incluso en una época anterior al *Habeas Corpus Amendment Act 1679*), en el caso *Bushell*: “*The writ of Habeas Corpus is now the most usual remedy by which a man is restored again to his liberty, if he have been against the law deprived of it*”, es decir, “el auto de *Habeas Corpus* es por ahora el remedio más frecuente por el que un individuo es repuesto de nuevo en su libertad, si él, en contra de la ley, había sido privado de ella”. Cfr. HALE: *Pleas of the Crown*, II, 143.

Aunque en planos distintos, basta comparar ese breve pero esencial capítulo de la historia constitucional inglesa, por ejemplo, con la española *cláusula de retención* (plasmada en la Pragmática de 12 de marzo de 1771, que clasifica los delitos por los móviles y el carácter de los autores, limitando la duración de las penas a diez años, pero “a los más agravados y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algún grave inconveniente, se les puede añadir la calidad de que no *salgan sin licencia* y según fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales donde cumplían su condena” (ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal, P. General*, Madrid, 1949, 59), para apreciar suficientemente no sólo el abismo que, en este aspecto, ha existido entre ambas legislaciones, sino también, lo que es de por sí mucho más grave, la absoluta falta de latencia del problema en nuestra legislación patria.

Por otro lado, en lo que respecta a la regulación actual de la prisión preventiva en Inglaterra, el principio cardinal sigue siendo el de que “una persona no debe ser privada de su libertad sin justa causa, de modo que un acusado a la espera de proceso debe ser puesto en libertad (con o sin fianza) a menos que exista una buena causa para decidir lo contrario. Por consiguiente es ésta una materia que se deja al arbitrio del Tribunal que para decidir la concesión o denegación de la denominada “*release on bail*” (libertad bajo fianza) ha de examinar la naturaleza de la acusación, de la prueba, la severidad de la pena que correspondería en caso de declaración de culpabilidad, etc. Por consiguiente, salvo las excepciones contenidas en el *Criminal Justice Act, 1967*, sect. 8, cualquier tribunal de magistrados (*magistrates' court*) puede ordenar que una persona sea conducida a juicio, “bajo caución, es decir, tomándole una promesa de seguridad (*recognisance*), con o sin fianzas, condicionada a su comparecencia en el momento y lugar del proceso, según dispone la sección 7(2) del *Magistrates' Courts Act, 1952*. Prescindiendo, pues, de las restricciones fijadas por la ley —así “una persona acusada de traición no debe ser liberada bajo caución, excepto por orden de un juez del Tribunal Supremo o del Secretario de Estado” (sección 8 del *Magistrates' Courts Act, 1952*)—, el rechazar o dilatar la concesión de libertad bajo fianza en los casos en que ésta es admitida por la ley y por los jueces es un delito contra la libertad del sujeto y una infracción de la normativa del *Habeas Corpus Act, 1679* y del *Bill of Rights 1689*. Sobre el problema, vide: ARCHBOLD: *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 37.^a ed., London, 1969, § 202 y ss., págs. 69 ss.; CARVELL, I. G. & SWINFEN GREEN, E.: *Criminal Law and Procedure*, London, 1970, 344 ss.; *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht: England und Wales*, “Landesbericht” de Barbara HUBER, Bonn, 1971, 134 ss., estudio informativo el que versa so-

derechos del inculpado o prevenido, dentro del concreto marco jurídico positivo de nuestro país (148).

Por otra parte, la finalidad perseguida por el pre-legislador con la introducción de la condena de ejecución condicionada aparece corroborada por el preámbulo del mismo Dictamen de la Comisión, por cuanto, de un lado, ha de tranquilizarse a “algunos espíritus no acostumbrados a profundizar la raíz y el alcance de las cuestiones, los cuales sentirán inquietud y alarma creyendo que a lenidades reprehensibles de nuestros Tribunales de justicia vamos nosotros a añadir un nuevo margen para otras lenidades” (objeción que se diluye con el argumento de que la ley otorga únicamente a los Tribunales “*la facultad*”, “*no la obligación*” de aplicarla siempre y en todo caso, aparte, claro está, de las restricciones legales derivadas de los requisitos previstos en los arts. 1.º y 3.º, así como de las excepciones del art. 5.º del Proyecto y del Dictamen), y, de otro, “*si a cambio de esta ley podemos conseguir la supresión total de los indultos generales, verdadera y censurable lenidad que hace infructuosa, por su frecuencia perturbadora, la acción de la justicia, bien podríamos gloriarnos de haber realizado una de las obras más importantes de las que reclaman entre nosotros el derecho y la justicia*” (149).

En este punto aparece, de nuevo, perfectamente delimitada la finalidad perseguida con la introducción del moderno instituto: corregir la práctica lenitiva derivada de la frecuencia de los arbitrarios indultos generales mediante el uso de un sucedáneo más justo y equitativo y, ciertamente, menos arbitrario que aquéllos. Este logro pretende, además, realizarse mediante una concepción restrictiva del arbitrio judicial, de modo que éste no pueda disponer a su antojo de la concesión u otorgamiento del nuevo instituto. La idea, creo, queda con ello suficientemente demostrada.

Ante el obstáculo interpretativo que implica el número 3 del artículo 3.º del Proyecto, relativo a las eximentes incompletas —y que, además, introduce la embriaguez plena fortuita y la imputabilidad disminuida, atribuyendo a éstas idéntico alcance que el artículo 87 del Código penal de 1870 otorga a las causas de exención incompleta comprendidas en el número 1 del artículo 9.º—, como una de “las con-

bre Inglaterra y País de Gales, pero que muestra ciertos defectos de enfoque y, desde luego, algunos errores de traslación.

(148) Nuestra primera regulación legal moderna en materia de prisión preventiva —pese a que no faltaron proyectos en este sentido durante el último tercio del siglo XIX y hombres que, como LASTRES (el cual, en *La cárcel vieja y la cárcel nueva*, en *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1887, 191 ss., esp. 210 y 211, propone para la prisión preventiva el jocoso régimen de *prisión celular con un capuchón y un número*, a fin de que el detenido sólo pueda ser identificado por los funcionarios de la administración penitenciaria), propugnaron su introducción y reconocimiento legislativo— data, como ya se ha puesto de relieve, de la *ley sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales*, de 17 de enero de 1901 (*Gaceta* del viernes 18 de enero de 1901, pág. 229). *Vide* la nota 37.

(149) *Diario de las Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 10.º al núm. 106 [15 de enero de 1900], pág. 2.

diciones indispensables para que los Tribunales puedan decretar la suspensión de que se trata...”, el Dictamen prefiere omitir expresamente, a mi juicio, dicho requisito con la consecuencia de que los presupuestos de otorgamiento del instituto queden, de este modo, reducidos al de la calidad y duración de la pena, la naturaleza del delito, la condición de delincuente primario que debe revestir el inculpado y, finalmente, la no concurrencia en el hecho que se castiga de ninguna circunstancia agravante. De esta suerte se salva uno de los más graves defectos de técnica legislativa que aparecen en la propuesta de don Luis María de la Torre y de la Hoz, y que más tarde hará, de nuevo, su aparición en el Proyecto de 1907, pasando de ahí a la Ley sobre condena condicional de 1908 y perdurando, en definitiva, hasta nuestros días (150).

Al igual que el Proyecto, deja el *Dictamen* sin efecto la suspensión del cumplimiento de la pena impuesta cuando, en el transcurso de los diez años de que consta el período de prueba, el reo “cometiere un delito por el que fuere ejecutoriamente condenado”, obligándole, en consecuencia, a cumplir la pena en suspenso y la que recayere como nueva, según el orden establecido por el artículo 88 del Código penal; pero en este punto concreto introduce el Dictamen una novedad, al castigar este segundo delito “*con el máximo del grado correspondiente*” (art. 6.º), con lo que de esta forma se incorporan al texto del articulado las consecuencias derivadas de la apreciación de la agravante de reincidencia, de acuerdo con lo previsto en el número 3 del artículo 82 del referido Código penal de 1870.

En lo demás, sigue el Dictamen la pauta marcada por el Proyecto Torreánaz, si bien el lugar donde la Comisión se muestra más liberal y progresiva es, sin duda, en la preceptiva del artículo 9.º y también en la del artículo 10, extremos en los que la propuesta de ley sufre las modificaciones más trascendentales.

En este sentido, el artículo 9.º del Dictamen, después de declarar prescrita la pena suspendida *pendente conditione* una vez transcurridos los diez años a partir desde la notificación de la sentencia firme al reo y sin que éste haya incurrido en responsabilidad criminal por otro delito, etc., añade: “y la *sentencia no se mencionará* en ninguna clase de testimonios que puedan surtir efecto en perjuicio de aquellos *cuya suspensión* (no dice “*cuya pena*”) *ha prescrito*”. Tal declaración equivale a una auténtica cancelación *ipso jure* de los antecedentes penales del reo que haya cumplido con éxito el período legal de suspensión de la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme; por lo que, consecuentemente, estamos en presencia de una rehabilitación de pleno derecho frente a la denominada judicial, según el modelo impuesto por la ley francesa de 1885. A pesar, pues, de la longitud un tanto excesiva del período de suspensión fijado por el Dictamen (que, al igual que el proyecto, lo establece en diez años), este defecto se ve largamente compensado con la referida disposición, que evita así el trato desfavorable en que, a tales efectos, ha venido encontrán-

(150) *Vide supra*, nota 95; Art. 94: 1.º del C. p. vigente.

dose el condenado *sub conditione* hasta nuestros días (151). El Dictamen sigue siendo, en ese punto concreto, un ideal al que todavía el legislador español de nuestros días debe tender o, cuando menos, al que debe dirigir sus miras, por cuanto es mucho más progresista que la actual redacción dada al artículo 118 del Código penal vigente por ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal (152).

De crucial importancia es, asimismo, el contenido del párrafo segundo del artículo 9.º del Dictamen, que deja en suspenso lo enunciado arriba —en lo que hace referencia a la cancelación de los antecedentes penales— “*si al cumplirse los diez años el reo se halla sometido a un nuevo proceso, mientras no recaiga sobre éste el fallo correspondiente*”, puesto que con tal redacción se diluye, en conexión con lo dispuesto en el artículo 6.º del Dictamen, cualquier duda que pudiera suscitar el término “*delinquir*” durante el plazo de suspensión, como causa de revocación del beneficio, empleado por el artículo 7.º Con arreglo a la expresión literal de este último precepto podría parecer —y éste es un problema que preocupa todavía en la actualidad a nuestra jurisprudencia, aunque, a mi juicio, sin razón justificada, puesto que lo que sucede es que apenas se advierte lo dispuesto en esta materia por la ley de 17 de marzo de 1908 (153)—

(151) Sólo el Dictamen sobre el Proyecto Torreánaz de 1900 establece la rehabilitación de pleno derecho para los condenados condicionalmente, puesto que ni la ley de 17 de marzo de 1908, ni las reformas posteriores de la misma llevadas a cabo en 1928, 1932 y 1944 han procurado la instauración de la cancelación de los antecedentes penales *ipso iure*, una vez cumplida la condena suspendida *pendente conditione*. La situación parece haber cambiado, al menos en la *mens legislatoris*, no con la última reforma del art. 118 del Código penal vigente, sino en virtud del art. 1.º, núm. 2, del Decreto 1598/1972, de 25 de mayo, sobre tramitación de expedientes de cancelación de antecedentes penales.

(152) La reforma que del artículo 118 del Código Penal vigente llevaron a cabo las leyes de 20 de diciembre de 1952, de 24 de enero de 1963 y de 15 de noviembre de 1971 ha sido y es aún del todo insatisfactoria. La razón de los defectos insitos todavía en el artículo 118 del Código Penal se debe a que, pese a que la reforma de 1971 ha pretendido volver al sistema anterior a 1952, esto es, al establecido en el decreto de 30 de enero de 1948 sobre la cancelación de antecedentes penales, el cual venía, a su vez, basado en el decreto de 31 de mayo de 1932, sin embargo, el legislador de 1971 no ha tenido en cuenta la naturaleza intrínseca de la condena condicionada, la cual es inseparable del período de suspensión o, si se prefiere, de prueba, como tampoco las redacciones plasmadas en los decretos de 1932 y 1948.

(153) Al no disponer nada el Código penal acerca de las causas que integran el tipo de la revocación de la condena condicional, ha de presuponerse que sigue en vigor lo dispuesto, a este respecto, por la ley de 17 de marzo de 1908, concretamente por su artículo 14, cuyo tenor contempla claramente dos supuestos diversos por completo: uno relativo a “*ejecutar el fallo en suspenso*”, si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo *sentenciado* por otro delito, sin especificar —a diferencia de lo dispuesto en los artículos 6.º del Proyecto Torreánaz y del Dictamen sobre el mismo— sobre si el delito fue *cometido antes* de otorgarse la suspensión condicional de la ejecución de la pena y comenzar el cómputo del período de suspensión o si fue ejecutado durante el plazo de prueba; y otro, referente al supuesto en que se haya cumplido ya el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero lo fuese *después* por hecho

que “delinquir” o cometer un delito durante el período de suspensión es causa suficiente para llenar el *tipo de la revocación* de la condena condicional sin necesidad de que recaiga sobre el hecho una sentencia condenatoria.

Mas, tanto la lectura del artículo 6.º del Dictamen (que exige para dejar sin efecto la suspensión que en el transcurso de diez años “el reo cometiere un delito por el que fuere ejecutoriamente condenado”) como la del párrafo segundo del artículo 9.º del mismo abogan por una interpretación contraria y, por ende, más racional y justa. No basta, en suma, la simple comisión de un delito durante el período de prueba para que, *ipso iure*, se produzca la revocación de la condena condicional, sino que es menester que recaiga sobre el delito llevado a cabo por el reo el correspondiente fallo procesal en sentido condenatorio.

Ciertamente, el artículo 9.º, párrafo segundo, hace referencia a la cancelación de los antecedentes penales subsiguientes a la caducidad del plazo de prueba y a la prescripción de la pena, salvo que al término de dicho período —expresa el artículo del Dictamen— se halle el reo sometido a un nuevo proceso, el cual habrá de ser, lógicamente, por un delito cometido durante el plazo de suspensión. En definitiva, todas estas consideraciones —por si el contenido del artículo 6.º se viese obstruido por la redacción del artículo 7.º— implican el que la comisión de un nuevo delito durante dicho período no constituya por sí sola una causa automática de la revocación del beneficio, sino que, antes bien, es necesario recaiga sobre el hecho justiciable un fallo procesal condenatorio, ya que lo más comprende lo menos, y si el fallo es requerido al objeto de cancelar o no los antecedentes penales, deberá serlo también a la hora de decidir en torno a la revocación de la condena condicional a causa de un segundo delito.

Por añadidura, con el nuevo tenor del citado párrafo segundo del artículo 9.º del Dictamen viene a suplirse también una grave laguna del Proyecto en lo tocante al tipo de la revocación, la cual puede ahora tener lugar incluso con posterioridad al transcurso del cómputo matemático del tiempo de suspensión, cuando al término de los diez años de que consta dicho período —equiparado en duración y tratamiento al tiempo de la prescripción— el reo se halle sometido a un nuevo proceso por delito y no haya recaído todavía sobre el mismo el fallo judicial correspondiente. La solución propugnada en esta materia por el Dictamen es, por otro lado, perfectamente acorde con la concepción de la prescripción, la cual se interrumpe por la comisión de un nuevo delito durante dicho plazo; de modo que la identificación del período de suspensión con el de la prescripción provoca, en suma, que, en el caso de la comisión de un nuevo hecho delictivo

punible cometido dentro de aquel plazo, salvo, claro está, el caso de la prescripción. En cualquiera de ambos supuestos se exige recaiga sentencia condenatoria. *Vide*, a este respecto, mi estudio: *El “tipo de la revocación” de la condena condicional*, en *ADPCP*, t. XXV, I (1972), 147-170.

durante el transcurso de dicho tiempo, tales cálculos matemáticos se vean interrumpidos.

Opta también el Dictamen, en su artículo 10, por conceder (en contra de la concepción, a este respecto, del Proyecto) el recurso de casación por infracción de ley, al considerar incluida "la infracción de las *disposiciones que preceden* en el párrafo sexto del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal (154).

Salvo este caso, no se admite recurso alguno contra el empleo que los Tribunales hagan de la *facultad discrecional* que esta ley les concede (art. 10). Consideración que pone de nuevo al descubierto el carácter genérico de gracia que para el legislador español de la época reviste la suspensión de la ejecución de la pena.

En síntesis, el Dictamen merece, en general, elogios, y ello tanto desde el punto de vista de política criminal, donde se muestra más liberal, progresista y avanzado que el texto del Proyecto, como desde el de pura técnica legislativa, por cuanto soslaya los defectos en que incurría aquél e introduce modificaciones que ya quisiera para sí el legislador de 1971.

3. LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO EN EL CONGRESO. EL VOTO PARTICULAR DE DON TRIFINO GAMAZO AL DICTAMEN DE LA COMISIÓN (155)

Con la intervención de BURGOS Y MAZO, secretario de la Comisión, y la enmienda a la totalidad del Proyecto presentada por GAMAZO, llegó a su término la discusión parlamentaria de un Proyecto que, carente de apoyo doctrinal y de eco popular, no tenía, sin embargo, menos motivos para seguir adelante que el Proyecto posterior de octubre de 1907, a no ser por la singular carga socio-política que lo enmarcaba en el momento histórico concreto, y que, a mi juicio, fue la causa determinante de que el Proyecto Torreánaz y su discusión quedaran relegados a un segundo plano dentro del marco mucho más esencial, por lo pragmático, de los debates de la *Ley de Presupuestos* de VILLAVERDE, a la cual el Gabinete de la Unión Conservadora dio luz verde, pues en ella se apoyaba gran parte del peso de la política regeneracionista de don Francisco Silvela. Prueba de ello es que el Proyecto de don Luis María de la Torre, de 4 de noviembre de 1899,

(154) El número 6 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aparece reformado por el artículo 4.º, 2.º, de la ley de 17 de enero de 1901 con el texto siguiente: "Se entenderá que ha sido infringida una ley en la sentencia definitiva para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 6.º Cuando el grado de la pena impuesta no corresponda según la ley a la calificación aceptada respecto del hecho justiciable de la participación en él de los procesados o de las circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad criminal."

(155) *Vide: Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 1.º al núm. 107 [17 de enero de 1900], págs. 1 y 2. La defensa de dicho Voto puede verse en: *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 108 [18 de enero de 1900], págs. 3604-3606.

modificando el Código Penal y las leyes de Enjuiciamiento Criminal y del Jurado y la Orgánica Judicial, que afectaba profundamente a la estructura de la administración de justicia con las consiguientes repercusiones de carácter económico que suponía, fue, después de enconados debates, insertado como apéndice al artículo 17 de la mencionada Ley de Presupuestos de 31 de marzo de 1900 (156).

A pesar, pues, de las heridas que el catalanismo infligiera a Silvela, de la importancia que la ley antes citada tenía para la política de éste dan una idea bastante exacta las palabras transcritas en una carta que dirigió aquél a Gasset y que *El Imparcial* insertó en su número del 19 de abril de 1900, precisamente el día en que la crisis parcial había quedado ya resuelta: “Hemos terminado —decía Silvela— la labor más urgente, que era votar un presupuesto de liquidación...” (157). Ello puede, en resumen, valorarse como uno de los factores indirectos del fracaso del proyecto objeto de nuestro estudio.

Ya en el ámbito parlamentario, es de destacar que la única oposición que el Proyecto encontró a su paso por el Congreso de los Diputados fue, desde luego, el *voto particular* de GAMAZO, el cual “no coincide en lo esencial con el parecer de sus dignos compañeros de Comisión” y formula, en realidad, más que un voto particular una verdadera enmienda a la totalidad del Proyecto y del Dictamen acerca del mismo, según veremos seguidamente.

“Bien puede afirmarse sin temor de equivocación —dice GAMAZO— que más que un progreso es un paso atrás en el áspero sendero de la ciencia, un síntoma infalible de debilidad y un signo característico de aquella lenidad que tanto y de tal modo afecta a la vida social.” “La sola enunciación del argumento deja ver bien a las claras que en nada afecta a los fundamentos anteriormente expuestos para demostrar la necesidad moral y jurídica de que en todo caso las penas se cumplan, *salvo el uso de la regia prerrogativa*” (158).

La fundamentación de sus objeciones —un tanto confusas, por cierto— puede sistematizarse del modo siguiente: la institución regulada en el Proyecto y dictaminada por la Comisión debe ser rechazada desde tres puntos de vista: desde el plano de la seguridad jurídica general, desde el prisma de las garantías jurídico-individuales y, por último, desde el punto de vista constitucional.

En tal sentido cabe, desde la perspectiva de la seguridad jurídica general, asegurar, en opinión de GAMAZO, que el estricto cumplimiento de las leyes, garantía de todos los ciudadanos, exige que, una vez impuesta la pena, ésta se cumpla, en virtud del principio *res iudicata pro veritate habetur*, ya que, incluso en el campo doctrinal, “todas las escuelas que en el campo del derecho penal militan han estimado deber ineludible el cumplimiento de la pena”. Argumento este último

(156) *Crónica de la Codificación Española*, I, 202 y 203.

(157) FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Ob. cit.*, 248.

(158) *Voto particular de don Trifino Gamazo*, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 1.º al núm. 107 [17 de enero de 1900], pág. 2.

que no se encuentra falto de apoyo, por cuanto resulta difícil, por no decir imposible, encuadrar la condena condicionada en las estructuras doctrinales de una u otra escuela penal (159). Por consiguiente, desde el prisma de la seguridad jurídica general, el dictamen viene a establecer, en opinión de Gamazo, una excepción al principio de la santidad de la cosa juzgada, razón por la cual el enmendante acusa al Ministro y a la Comisión de dejarse arrastrar por las simpatías ínsitas en la corriente de lenidad imperante. Mas, con arreglo a la propia argumentación de Gamazo, también el indulto regio implicaría una flagrante excepción al principio de la validez general e inamovilidad de la cosa juzgada, y sin embargo aquél no lo apunta así, contradiciéndose, por tanto, al admitir, en cambio, sin limitaciones de ningún género el empleo del indulto.

Desde el plano de las garantías jurídico-individuales, “quizá fuese bastante —arguye GAMAZO— para autorizar la conmutación o la sustitución por destierro de la pena que consistiera en privación de libertad; pero no ciertamente *dejar en entredicho* al penado durante diez años, casi sometido a la vigilancia de la autoridad y con la nota de rematado impenitente, en ese período de tiempo en el que el penado que sufre la pena queda rehabilitado, si no a los ojos de la sociedad, a lo menos a los de la ley”. Extremo éste que más que apuntar directamente al fundamento de la medida en sí misma considerada se dirige a poner en evidencia un grave defecto de técnica legislativa existente en el Proyecto y que ya hemos apuntado (160).

Por último, desde el punto de vista del derecho positivo, abunda GAMAZO en argumentos ya planteados en otras Cámaras legislativas extranjeras, como, por ejemplo, la belga (161), en el sentido de que la introducción de una medida de esa naturaleza significaría una inva-

(159) La dificultad, por no decir imposibilidad, de encuadrar a la condena condicional en los idearios de una u otra escuela penal ha sido puesta muchas veces de relieve. Véase sobre el problema, por todos: APPELIUS: *Die Bedingte Verurteilung*, 1890, 3 ss., 49 ss.; BIRKMEYER: *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, en ZStW., 16 (1896), 309 ss., esp. 316, 317 y 318; FERRI, E.: *Sociologia criminale*, 1892, 755 ss., esp. 760 y 761, alegando: “Io sono ben lungi dall'ammeterle le obbiezioni principali del Kirchenheim e del Wach e cioè che la condanna condizionale viola il principio della giustizia assoluta per cui ogni delitto deve essere seguito dalla pena corrispondente e che le pene detentive di breve durata se hanno fatte cattiva prova non si devono per questo abolire, ma si deve piuttosto curarne un'applicazione più opportuna ed efficace. La prima obbiezione non ha infatti alcun valore per chi segue i principi ed il metodo della scuola positiva e, come dice giustamente il Gautier, è inutile discutere sulle conseguenze quando si parte da premesse così opposte come il principio della giustizia retributrice e quello della difesa sociale. Ed anche la seconda obbiezione non mi sembra fondata, giacché el difetto delle brevi pene carcerarie e organico ed inevitabile...” No siendo un entusiasta de la condena condicional, FERRI (página 762) cree que ésta “non rappresenta, secondo me, che un innesto eclettico sul vecchio tronco classico del diritto e della procedura penale”.

(160) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3606.

(161) *Vide supra*, notas 143 y 144. Cfr., asimismo: LOCARD, H.: *Commentaire*.... 83.

sión intolerable en la esfera de la prerrogativa regia del indulto. Así, prosigue GAMAZO, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución (de 1876), “a los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”, y como, en suma, *lo que el proyecto pretende es que no se ejecute lo juzgado* en los casos y con los requisitos que señala clara y evidente, resulta la *infracción constitucional* que se comunicaría elevándole a la ley” (162). Además, dado que el número 3 del artículo 54 del Código fundamental del Estado (1876) declara que “corresponde al Rey *indultar* a los delincuentes, con arreglo a las leyes”, objeta el enmendante: “y yo pregunto, *¿quién podrá negar que esta regia prerrogativa se limita y cercena si el proyecto llega a ser ley...?*”. De ahí que don Trifino Gamazo concluya solicitando que “mientras no se modifiquen o deroguen los artículos 54 y 76 de la Constitución vigente, se ejecute lo juzgado en la forma que ellos disponen”.

Pues bien, aunque las conclusiones en que desemboca el enmendante guardan concordancia con sus premisas, no por ello deja de ser fútil una argumentación de tal naturaleza, máxime cuando GAMAZO parece ignorar la legislación vigente en aquel momento sobre la facultad de conceder indultos, al pretender atribuir al poder regio la *ilimitada* facultad de concederlos, siendo así que el artículo 54, 3.º, de la Constitución de 1876 expresa claramente que “corresponde además al Rey: *indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes*”, y las leyes sobre la materia establecen obvias y motivadas limitaciones al uso de la regia prerrogativa, como puede apreciarse en el Real decreto de 7 de diciembre de 1866 (*Gaceta* del martes 11 de noviembre del mismo año) y en la ley de 18 de junio de 1870 regulando el ejercicio de la gracia de indulto. Ciertamente, la ley de 1870 —hoy, si no derogada, sí, al menos, ignorada por la Fiscalía del Tribunal Supremo (163)— es anterior a la Constitución de la Restauración (1876),

(162) *Voto particular de don Trifino Gamazo, en Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados, ap. 1.º al núm. 107 [17 de enero de 1900], pág. 2.*

(163) Tanto el decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre (B.O.E. núm. 235, de 1 de octubre de 1971, por el que se concede indulto con motivo del trigésimo quinto aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado (advuértase que en 1971 concurría la calificación religiosa de ser Año Santo Compostelano), cuyo art. 1.º concede indulto de las penas y correctivos de privación de libertad y pecuniarias, *impuestas o que puedan imponerse*, así como las *órdenes de 18 de octubre de 1971* (B.O.E. núm. 250, de 19 de octubre de 1971) y de 25 de octubre de 1971 (B.O.E. núm. 256, de 26 de octubre de 1971) y al igual que la *circular número 2/1971*, de 9 de octubre, de la F.T.S., dictando *normas para la aplicación del decreto de indulto*, desconocen e infringen notoriamente lo dispuesto en el art. 2.º de la *ley de 18 de junio de 1870* sobre el ejercicio del derecho de indulto, que, en este punto concreto, no ha sido, a mi entender, expresamente derogada por una ley posterior, aunque sí ciertamente está contravenida por el contenido de ciertos decretos de indulto, como, *ad exemplum*, el de 23 de septiembre de 1971, el cual viene a conjugar las características del indulto y de la amnistía. Ante tal realidad, creo pueden

mas, a este respecto, no se plantea el problema de adaptar aquélla a la posterior ley fundamental, tal y como sucedió con el Código Penal de 1870, por cuanto ya en el artículo 73 de la Constitución del Estado de 1869 se otorgaba al Rey la facultad de conceder indultos particulares con *sujeción a las leyes*. Lo curioso es que en la Exposición de Motivos de la ley sobre ejercicio de la gracia de indulto de 18 de junio de 1870 el Ministro de Gracia y Justicia, Montero Ríos, declare que “es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa...”, siendo así que ya *existía* el Real decreto de 7 de diciembre de 1866, promulgado en época todavía monárquica y de alcance mucho más restrictivo que el contenido de la ley de 1870. La razón de las palabras de MONTERO RÍOS puede vislumbrarse en la misma Exposición de Motivos, cuando él mismo alude al hecho de que “la carencia de fuerza verdaderamente legislativa de estos derechos, *simplemente administrativos*, y la naturaleza misma de la prerrogativa de indultar, en cuyo ejercicio el sentimiento se sobrepone fácilmente a la razón, han sido indudablemente las causas que... produjeron con frecuencia lamentable la inobservancia de aquellas disposiciones” (hace alusión a las de diciembre de 1866) (164).

De ahí, pues, que idéntico razonamiento pueda argüirse respecto a la situación posterior a la promulgación de la Constitución de 1876, en que la prerrogativa regia aparece limitada por una ley anterior regulando el ejercicio de la gracia de indulto, restringiendo, además, dicho ejercicio a los *indultos particulares*, y estableciendo de un modo expreso los cauces o trámites para el otorgamiento de tales indultos, que, a propuesta del Tribunal sentenciador, han de ser dirigidos al Ministerio de Justicia, el cual los elevará al Consejo de Estado, a fin de que la sección de Gracia y Justicia de este último emita informe sobre la justicia o equidad de la concesión del indulto, debiendo, en suma, ser concedidos, según el artículo 30 de la ley de 1870, por un *decreto motivado* y acordado en *Consejo de Ministros* que se insertará en la *Gaceta*. Mas lo cierto es que numerosos ejemplos ponen de relieve el hecho de que la práctica de los indultos generales fue incesante tanto en la Monarquía como después en la República, para llegar a su punto más álgido en el Régimen actual (165). Todo lo cual

suscribirse, sin temor a equivocarnos, las palabras contenidas en la *Exposición a S. M.* que precede al real decreto de 7 de diciembre de 1866, en el sentido de que “el abuso llega ya a tal punto, que no sólo pendiente la tercera o la segunda, sino la primera, y *aun sin concluir el sumario*, se solicita el indulto (aquí debería decir: “se concede el indulto”), o desde luego, o para cuando se imponga la pena, *como si el fin del indulto fuera no ya sustraer a la pena, sino aun al juicio*” (!) (*Gaceta de Madrid*, 11 de diciembre de 1866, año CCV, número 1345).

(164) Véase la *Exposición de Motivos* de la ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Cfr. BRAVO, Emilio: *La gracia de indulto*, Madrid, 1889, 70 ss.

(165) De la prolífica lista de indultos generales más destacados del nuevo Régimen pueden entresacarse: el decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, con motivo del XXXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado. El

viene, en suma, a poner de manifiesto, por un lado, una progresiva dependencia del poder judicial respecto del ejecutivo el cual ha ido absorbiendo, por no decir acaparando, funciones puramente pertinentes a la administración de justicia, y por otro, una práctica continuada de lenidad que sólo encuentra justificación si viene respaldada por una situación de flagrante injusticia y de absoluta desconfianza hacia la función judicial (166).

Estas consideraciones pueden, en definitiva, explicar los argumentos, en el sentido indicado, de Gamazo, que, si bien carecen de apoyo legal, por cuanto es insostenible afirmar que la condena de ejecución condicionada irrumpe violentamente en el ámbito de la prerrogativa regia de la gracia de indulto y que, por tanto, su introducción sería en aquel momento anticonstitucional, revelan, sin embargo, una corriente estática de pensamiento, ya manifestada en el Proyecto SILVELA —con ocasión de criticar el art. 39 del Proyecto ALONSO MARTÍNEZ, manifestando que “*no se explica bien cómo se entrega a un Tribunal, por autoridad plenamente delegada, una porción tan considerable del derecho de gracia que por el art. 54 de la Constitución de la Monarquía corresponde al Rey, y si bajo ese punto de vista constitucional la cuestión es grave...*” (167)— y persistente durante mucho tiempo, hasta el punto de haber impedido la inserción en nuestro Código penal de instituciones como la del perdón judicial, lo cual explica en síntesis que, tratándose de la remisión condicional de la pena como una facultad discrecional, la jurisprudencia contemporánea conciba aún el moderno instituto como si “*a modo de un perdón judicial*” se tratase (168).

Por el contrario, quizá tuviese razón GAMAZO al afirmar que “nuestro país no está preparado para recibir esa semilla de progreso, si así puede calificarse la medida del proyecto”, aunque tal argumento resulta muy recurrido.

Mas de la pobreza doctrinal existente en aquel momento, dentro del marco penal, en nuestro país da fe la lectura de un debate en el que se habla de caridad cristiana, justicia divina, etc., pero en el que

decreto-ley 10/1969, de 31 de marzo (B.O.E. núm. 78, de 1 de abril de 1969), valiéndose de la prescripción para indultar todos los delitos que hayan sido cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939, sin que obviamente implique la cancelación de los antecedentes penales ni la eliminación o desaparición de los efectos administrativos. El de 1 de abril de 1964, con motivo de los XXV años de paz, que sí implica la cancelación de los antecedentes penales. Decreto-ley de 24 de junio de 1963, con motivo de la coronación de Pablo VI. Decreto-ley de 11 de octubre de 1961, con motivo del XXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado del General Franco. Decreto-ley de 31 de octubre de 1958, con motivo de la elevación al Solio Pontificio de Juan XXIII.

(166) Sobre el problema de la dependencia del poder judicial respecto al ejecutivo en el siglo XIX, véase la interesante tesis doctoral de WALLMANN, Wilhelm: *Einflussnahme der Exekutive auf die Justiz im 19. Jahrhundert*, Inaug., Diss., Marbug, 1968.

(167) *Exposición de Motivos* del Proyecto SILVELA, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 1.º al núm. 54 [30 de diciembre de 1884], pág. 8.

(168) Véase, *ad exemplum*, S. de 29 de noviembre de 1969.

se pone al descubierto por los interpelantes un absoluto desconocimiento del Derecho comparado y, por consiguiente, del tema debatido; aparte del hecho inconcuso de que el Proyecto de ley fue objeto de la más absoluta indiferencia dentro ya del ámbito parlamentario, como lo demuestra el que, a la hora de defender don Trifino Gamazo su *voto particular*, se le apremiase por el vicepresidente del Congreso (García Alix) a ser lo más breve posible, ya que, “como sabe perfectamente, por prescripción reglamentaria, dentro de muy poco tiempo hay que entrar en la discusión de presupuestos...” (169).

Pues bien, la discusión del mencionado proyecto se llevó a cabo en una sesión única, la del 18 de enero de 1900, y debió durar escasísimo tiempo, por cuanto lo único realmente debatido fue el *voto particular* ya mencionado y la contestación al mismo por un miembro de la Comisión, concretamente, Burgos y Mazo, el cual argüía razones de equidad y de justicia en apoyo de la condena condicional, oponiendo al preopinante que “lo que realmente lleva al corazón de la gente un resquemor de desconfianza no es la lenidad, sino la injusticia” (!), y, por consiguiente, la lenidad perturbadora de la que habla Gamazo no es “más que el imperio de la justicia para restablecer... una injusticia notoria, que sólo ha tenido su base y su fundamento en la deficiencia de la justicia humana...” (170). Argumentando, por otro lado, que el cumplimiento de los fines del derecho no puede ceñirse al simple cumplimiento de la pena, por cuanto, aun cuando la pena no se cumple, en cambio, el fin perseguido por ella sí puede cumplirse mediante una institución de esta naturaleza, salvo que uno se mueva dentro de los viejos moldes de la doctrina de la *vindicta*. Pero lo que más llama la atención de las palabras y argumentos de Burgos es el énfasis que pone en el hecho de que los fines de la pena no sólo se han de cumplir con la amenaza constante del cumplimiento de la pena que pesa sobre el ánimo del condenado, sino, sobre todo, porque “el delincuente que ha sufrido ya la prisión preventiva con los sinsabores y penalidades que ella impone, que ha pasado por la humillante situación del sumario y del juicio oral, padece ya un castigo por el delito que cometió...” (171). Finalmente, después de aludir brevemente a algunas leyes europeas que han introducido el moderno instituto —con errores de bulto en tal relación, por cuando la considera introducida ya en la ley federal suiza de 30 de junio de 1849, etc.—, hace hincapié Burgos y Mazo en la nocividad de las penas de prisión, en el carácter discrecional de la facultad que se otorga a los Tribunales y, en definitiva, se remite al viejo principio

(169) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3604. La preocupación hacendística y económica llegaba, según queda suficientemente demostrado, hasta el más recóndito rincón de la política legislativa nacional.

(170) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3602.

(171) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3603.

de la desigualdad de las penas latente ya en nuestro Lardizábal (172), para el cual —apartándose de la doctrina de BECCARIA en lo tocante a la igualdad de las penas— estas han de ser diversas según la calidad y diversidad de las personas, pues, recordando las Partidas y probablemente a MONTESQUIEU (para quien el honor es el principio de la monarquía), LARDIZÁBAL deduce la exigencia de la proporcionalidad de las penas, habida cuenta de que “un destierro, el desagrado de un príncipe hará tanta impresión en el hombre ilustre como podrá hacer en un plebeyo la pena corporal y dura” (173). En sentido similar declara Burgos y Mazo: “¿Vamos nosotros todavía a incurrir en esos absurdos, en esas ranciedades jacobinistas, de creer que siempre debe existir la igualdad material a toda costa y esto aplicando cantidades iguales a cantidades desiguales...?”

Penetrado, pues, el miembro de la Comisión por las ideas individualizadoras, reafirma, en consecuencia, la necesidad de distinguir entre estos criminales a los que va dirigido el Proyecto y los avezados, “pues —dice— no creo yo que debe llamarse criminales a estos que han cometido el primer delito en las circunstancias de que tratamos”; así como cree también más en la efectividad del *peligro próximo*, producido en el ánimo del condenado por la suspensión temporal de la pena, que en el *peligro remoto* ínsito en las amenazas conminadas a título general por el Código penal.

La contestación que Gamazo hace al secretario de la Comisión reitera con firmeza las argumentaciones ya expuestas en su voto particular, si bien abunda en no pocas disquisiciones filosófico-jurídicas, como la declarada al expresar que “el que cumple la pena, a mi juicio, ha satisfecho la ley, *ha cumplido un deber legal y moral*” (174), opinión únicamente sostenible dentro de una concepción hegeliana del Derecho penal y, consiguientemente, de la pena, y que ha derivado, según destaca GRISPIGNI (175), hacia una corriente de pensamiento que no vacila en afirmar un *derecho del reo a sufrir la pena...*, lo cual, prosigue el penalista italiano, “será siempre una aberración filosófica o sentimentalista”; si bien lo que particularmente sorprende a GRISPIGNI es que una concepción tal la “sostengan también quienes conciben el Derecho penal como un derecho protector (!) (*sic*) del delincuente, como hace JIMÉNEZ DE ASÚA” (176).

(172) LARDIZÁBAL, Manuel de: *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782; reimpresso en Madrid, 1967, con un *Estudio Preliminar* de José ANTÓN ONECA: *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, pág. 32; *Discurso...*, cap. IV, II, núm. 57. Sobre LARDIZÁBAL, *vide*, además: BLASCO, Fco.: *El primer penalista de América española*, México, 1959; RIVACOBA Y RIVACOBA, M. de: *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, Buenos Aires, 1964.

(173) ANTÓN ONECA, J.: *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, 1967, 32 ss.; EL MISMO: *Los fines de la pena en la Ilustración*, REEP., 166, julio-septiembre 1964.

(174) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3605.

(175) GRISPIGNI, F.: *Diritto Penale Italiano*, vol. I, 2.ª ed., 1947, 294.

(176) GRISPIGNI, F.: *Ob. cit.*, 294, nota 46.

El 18 de enero de 1900, día en que comenzaron los debates en torno al Proyecto de ley facultando a los tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez, finalizó, pues, el debatido tema de la condena condicionada en el Congreso de los Diputados, pasando dicho Proyecto a figurar en la rúbrica técnica de "*Proyectos de ley remitidos por el Gobierno que han quedado pendientes*" (177).

La vida y fortuna del proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz habían sido muy cortas, pues su discusión ya no volvería a replantearse jamás a nivel parlamentario, dedicados, como lo estaban, todos los esfuerzos del Gabinete de la Unión Conservadora, presidido por don Francisco Silvela, a sacar adelante su ansiada Ley de Presupuestos.

En síntesis, la escasa fuerza moral que arrojaba al Proyecto —dirigido fundamentalmente a sustituir los indultos generales y a remediar la calamitosa situación de nuestros establecimientos penitenciarios, particularmente la de los locales destinados al cumplimiento de la prisión preventiva—, unida a la situación político-económica por la que atravesaba el país, además de la impronta política que encubría el voto particular de don Trifino Gamazo, fueron todos ellos factores coadunados en contra de la viabilidad del mismo, a pesar de que la propuesta legislativa mirada desde afuera encarnaba ciertamente una medida de reforma de finalidad esencialmente política.

La propicia ocasión, por desgracia desaprovechada a causa de los factores externos apuntados, no volverá a darse hasta siete años después y con unas coordenadas jurídico-penales muy diversas de las que le habían precedido. Las frecuentes crisis totales y parciales de los Gobiernos de la nación, en manos del juego de los partidos turnantes, determinarán una absoluta inestabilidad de los cargos ministeriales, hasta tal punto que en siete años (desde el 25 de octubre de 1899, fecha en que asume la cartera de Gracia y Justicia el conde de Torreánaz, hasta el 26 de enero de 1907, en que ocupa idéntico cargo el marqués de Figueroa, don Juan Armada y Losada) pasarán por el Ministerio de Gracia y Justicia dieciséis personalidades distintas, incluyendo a las dos antes mencionadas (178); lo cual se

(177) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, t. XV, 1899 a 1900, Índice, pág. 465: *Proyectos de ley remitidos por el Gobierno que han quedado pendientes: Suspensión de la ejecución de ciertas penas en su grado mínimo, en beneficio de los que hayan delinquido por primera vez sin la concurrencia de las circunstancias agravantes* (ap. 1.º al núm. 99, pág. 3258). No deja de resultar curioso que aparezca incorporado al título del proyecto el inciso que no aparece en la intitulación original del mismo— "*sin la concurrencia de las circunstancias agravantes*".

(178) Así, dimitido el 24 de octubre de 1899 Durán y Bas, le sucede en su cargo don Luis María de la Torre y de la Hoz, conde de Torreánaz, el cual dimite el 18 de abril de 1900. A éste sucede el marqués del Vadillo, don Francisco Javier González de Castejón y Elío, el cual dimite antes de octubre del mismo año, pero vuelve a ser nombrado el 23 de octubre de 1900, dimitiendo definitivamente el 6 de marzo de 1901. Don Julián García San Miguel, marqués de Taverga, sucede al que fue catedrático de Derecho Natural de la

manifiesta como prueba irreversible de lo poco hacedero que resultaba entonces el llevar a cabo una labor codificadora coherente y atenta a las modernas instituciones que hacían acto de aparición en el Derecho comparado.

IV.—EL PROYECTO MONTILLA Y ADÁN DE CODIGO PENAL: LA INTERVENCION DE DON CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS. RAZONES DE SU INVIABILIDAD(*)

Si alguno de los penalistas españoles de la época podía aparecer como el más adecuado para confeccionar un proyecto de ley con la finalidad de introducir en nuestra legislación penal la condena de ejecución condicionada, ese era, sin lugar a dudas, BERNALDO DE QUIRÓS, el único autor patrio que, hacia fines del siglo XIX, se ocupara en España del tema con una profundidad y sistemática envidiables y demostrando una amplia gama de conocimientos sobre la materia en el Derecho comparado en una "obrita" —calificada, con razón, de positivista— con la que el criminólogo español ha logrado traspasar los límites geográficos nacionales (179).

Universidad de Madrid, dimitiendo el 19 de marzo de 1902. Con los liberales de Sagasta entra don Juan Montilla y Adán, nombrado ministro de Gracia y Justicia por real decreto de 17 de mayo de 1902, pero dimite el 15 de noviembre del mismo año. A Montilla le sucede don Joaquín López Puigcerver, el cual dimite el 6 de diciembre de 1902, sustituyéndole en dicha cartera don Eduardo Dato e Iradier, el cual dimite el 20 de julio de 1903. Don Francisco de los Santos Guzmán, el sucesor de Dato, dimite el 5 de diciembre de 1903, sucediéndole don Joaquín Sánchez de Toca y Calvo, intelectual conservador, cuya dimisión se produce el 16 de diciembre de 1904, siendo nombrado para ocupar su puesto don Francisco Javier Ugarte y Pagés, el cual presenta su dimisión el 27 de enero de 1905, volviendo inmediatamente a ser nombrado para ocupar idéntica cartera de la que dimite, al fin, el 23 de junio de 1905. Le sucede en el cargo don Joaquín González de la Peña, dimitiendo el 31 de octubre del mismo año, volviendo de nuevo a esa cartera don Joaquín López Puigcerver, el cual presenta su dimisión oficial el 1 de diciembre de 1905. A continuación viene a ocupar la cartera de Gracia y Justicia don Manuel García Prieto, protegido de Montero Ríos y perteneciente al Consejo Superior Penitenciario, dimitiendo el 10 de junio de 1906 y sucediéndole don José María Celleruelo y Poviones, a cuya dimisión, producida el 6 de julio del mismo año, le sucede don Alvaro de Figueroa y Torres, conde de Romanones, el cual dimite el 30 de noviembre de 1906. Sucede al conde de Romanones don Antonio Barroso y Castillo, dimitiendo y volviendo a ser nombrado el 4 de diciembre de 1906 hasta que se produce su dimisión oficial, el 25 de enero de 1907, fecha a partir de la cual es nombrado ministro de Gracia y Justicia don Juan Armada y Losada, marqués de Figueroa, autor del Proyecto de ley de 31 de octubre de 1907 sobre condena condicional.

(*) Diputado a Cortes desde 1881, fue don Juan Montilla y Adán Subsecretario nonnato de Gracia y Justicia y Director de Comunicaciones, actuando, además, de Secretario del Congreso al jurar la Constitución la Reina Regente.

(179) BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 1.ª ed., Madrid, 1898; 2.ª ed., Madrid, 1908. *Vide supra*, pág. 313, nota 12. En la 2.ª ed., 1908, págs. 143 ss., examina BERNALDO DE QUIRÓS lo que él denomina tres tipos de la condena condicional: el norteamericano, el inglés y el

Su intervención en el Proyecto de Código penal confeccionado durante el ministerio de don Juan Montilla y Adán la narra el propio BERNALDO DE QUIRÓS en el *Prólogo* a *La sentencia indeterminada* (cuyo título, en el original mecanografiado, era el de *El sistema de penas determinadas "a posteriori" en la Ciencia y en la Vida*, según consta en el ejemplar que pertenece a la Biblioteca de la Sección de Derecho penal, del Instituto de Estudios Jurídicos, con la signatura *M-I-230*), tesis doctoral del desaparecido maestro Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, publicada por vez primera en Madrid, 1913 (180).

Por mandato expreso de don Rafael Salillas, encargó el entonces subsecretario de Gracia y Justicia, Luis Silvela, a Bernaldo de Quirós y al eminente penitenciarista español la elaboración de un proyecto de Código penal, con una memoria previa sobre la evolución codificadora en Europa a partir del Código Penal italiano de 1889, memoria que, según palabras de don Constancio, fue concluida en muy pocos días, "escrita a vuela pluma en la Biblioteca del Ministerio..." "Menos les bastaron al subsecretario y al ministro para darla por buena y a mí como capaz de prepararles un proyecto de Código penal que pudiera presentarse apenas se reanudase la legislatura, al comenzar el otoño; en dos meses de plazo..." "El ministro, don Juan Montilla, de quien guardo la impresión de un hombre enfermo, sentado, en estado de inercia, ante una pequeña mesa... de descanso, no me comunicó otra instrucción que la de tomar como base el Proyecto de don Francisco Silvela, que, como es sabido, redactó su hermano don Luis, liberalizándole y poniéndole al corriente de las últimas creaciones penales..., si bien el subsecretario, don Luis Silvela, expresó dos o tres de las reformas que, exteriormente, para la galería, debían imprimir carácter de modernidad a la obra. Estaba entre ellas, naturalmente, la abolición de la pena de muerte" (181).

Así fue cómo "se engendró apresuradamente este pobre Proyecto de Código penal de 1902, criatura abortiva que no llegó a término..." Con ayuda de Cadalso y de Primitivo González del Alba, quedó redactado el libro primero del proyecto, cuyo modelo era el Proyecto Stoos del Código penal federal suizo, "seductor entre todos, por su brevedad y sencillez", según declara el propio BERNALDO DE QUIRÓS.

De este modo quedó ultimado, con todos los defectos debidos a la precipitación con que fuera preparado, pero que, situado en el marco jurídico-penal español de la época, representa el tipo más

européo continental, si bien ignora las disposiciones inglesas del *Probation of Offenders Act 1907*, las cuales instituyen con carácter general el *probation system* en Gran Bretaña. Sin embargo, no puede negarse que estamos en presencia de uno de los libros que mejor tratan, en el primer tercio del siglo en España, el problema de la condena condicional.

(180) Existe una segunda edición de *La sentencia indeterminada*, de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, publicada en 1947, en Buenos Aires, que duplica casi el contenido de la anterior y que, junto al prólogo primitivo de Bernaldo de Quirós, lleva un prefacio del propio autor con innumerables datos autobiográficos.

(181) *Prólogo* de BERNALDO DE QUIRÓS a *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*, Madrid, 1913, págs. XX y XXI.

progresivo de transición hacia una nueva fase del Derecho, el llamado PROYECTO MONTILLA de Código penal, el cual no llegó siquiera a ser presentado a las Cortes, ni, por consiguiente, a ser publicado en la *Gaceta de Madrid*; si bien existe una edición del mismo bajo el título "*Proyecto de Código penal 1902*" (Madrid, Imprenta de la Viuda e Hijos de Tello, 1903), que en todo caso no debe confundirse con el "*Proyecto de ley reformando varios artículos del Código penal*", presentado a las Cortes por MONTILLA Y ADÁN el 19 de octubre de 1902 y publicado en la *Gaceta de Madrid* el martes 4 de noviembre del mismo año, el cual aparece precedido de una extensa Exposición de Motivos y consta de 26 artículos, yendo dirigido principalmente a "poner coto a la injuria y la calumnia, procurando robustecer los medios de defensa de que pueden disponer los ciudadanos españoles.... ampliándose el concepto de la calumnia a la falsa imputación de hechos que darían lugar a procedimientos disciplinarios o gubernativos para corregir a su autor; creándose el delito de insulto, etc.", y derogando, en definitiva, los artículos 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 507, 508 y 584 del Código penal (182).

(182) *Gaceta de Madrid*, martes 4 de noviembre de 1902, t. IV, págs. 411 y 412. Como se ha puesto de relieve en el texto, se trata de un Proyecto de ley dado en Madrid a 19 de octubre de 1902 y firmado por Juan Montilla y Adán, en el que una amplia exposición de motivos fundamenta la necesidad de ampliar el concepto de la calumnia, de crear el delito de insulto como la forma más leve de los atentados contra el honor, estableciéndose, además de la pena personal y de la satisfacción honoraria dada al ofendido con la publicación de la sentencia condenatoria del reo, una sanción más, un pago de cantidad a la víctima, en concepto de indemnización; créase, por otro lado, el delito de amenaza de escándalo mediante la prensa o el escrito, etc.

Pues bien, el Proyecto citado, de un total de 26 artículos, fue incorporado al texto del Proyecto de Código penal de 1902 (arts. 448-466), aunque, según parece, a disgusto de BERNALDO DE QUIRÓS, que cifra en la incorporación del Proyecto de ley contra la difamación al texto del Código una de las tantas dificultades que le planteó la confección de la Parte Especial del Código. "La ley —subraya— era verdaderamente defectuosa. Con todo, hube de incorporarla tal cual era", debido según señala, al empeño que en ello había puesto otro de los ministros, don Segismundo MORET. Cfr. *Prólogo* de Bernaldo de Quirós a *La sentencia indeterminada*, 1913, pág. XXIV. La causa de todo ello estriba en que Moret —ministro de la Gobernación en el Gabinete formado por Sagasta el 19 de marzo de 1902— había triunfado ya durante su etapa de presidente del Congreso de las acusaciones con que el diputado Urquía (el "responsabilista" del 98) quiso denigrarlo. Pero en 1902 volvió a recrudecerse la campaña emprendida desde antiguo contra ministros y generales por razón de su moral pública o privada, tocándole, de nuevo, el turno a don Segismundo MORET, cuya honestidad personal era irreprochable; si bien éste hizo ver la impecable legalidad con que una finca de su esposa había sido expropiada por el Ayuntamiento de Madrid, demostrando, asimismo, el plausible destino dado por él a un cheque de 125.000 pesetas (donativo al Ateneo de un capitalista bilbaíno amigo suyo) que diera base a tan pérfida acusación. Este hecho no puede, por otro lado, considerarse aisladamente, sino como uno más dentro de una situación que había dado lugar a las palabras pronunciadas —25 de octubre de 1901— en el Congreso por Romero Robledo: "O aquí estamos en una sociedad de calumniadores o en una sociedad de bandidos." Cfr. FERNÁNDEZ ALMAGRO, M.: *Ob. cit.*, 295.

Dejando ahora a un lado las novedades que el mencionado Proyecto introduce en el capítulo II, del título II, del Libro I, que trata "de las causas de justificación y de las que influyen sobre la imputabilidad, anulándola o modificándola", de gran importancia, por cierto, interesa al objeto de nuestra investigación el estudio del capítulo IV (que trata de la suspensión de la pena), del título III (de las penas), del Libro I.

Así, pues, el artículo 84 del capítulo IV, relativo a la condena condicional, dispone: "*El Tribunal sentenciador podrá ordenar que se suspenda la ejecución de las penas privativas de libertad hasta seis meses, bien resulten de pena única, bien de penas acumuladas, cuando incurra en condena persona sin antecedentes penales y de buena conducta, sin que el delito o falta pueda achacarse a móviles bajos o vergonzosos.*

Si en el plazo de cinco años, contados desde la comisión del delito o falta, el condenado no incurre nuevamente en responsabilidad, caducará la sentencia, lo mismo que sus efectos para la apreciación de la reincidencia.

En otro caso, el condenado cumplirá las dos penas."

Ciertamente, no puede, en este caso, alabarse el Proyecto MONTILLA Y ADÁN por su originalidad, puesto que, huyendo tal vez de las imperfecciones ínsitas en nuestro primer proyecto de ley sobre la condena de ejecución condicionada, se arroja literalmente en manos de la redacción del artículo 46, el último de la Primera Parte o Parte General, del *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil* o *Avant-Projet de Code Pénal Suisse. Partie Générale* (Anteproyecto de Código penal suizo, Parte General (183), de CARL STOOS, de 1893, el cual expresa literalmente: "*El Tribunal puede suspender la ejecución de la pena: cuando el autor ha sido condenado, por vez primera, por un delito que no haya sido cometido por móviles viles, y el daño que ha derivado del delito ha sido reparado en lo posible; cuando la pena es como máximo de seis meses de prisión; cuando el autor, mediante la suspensión, se preserve probablemente de posteriores delitos.*

No debe, pues, extrañarnos que, a pesar de las objeciones expuestas por BERNALDO DE QUIRÓS en insertar en su Proyecto de Código penal el contenido del Proyecto de 29 de octubre de 1902 (*Gaceta* del martes, 4 de noviembre de 1902, t. IV, págs. 411 y 412), reformando varios artículos del Código penal, don Segismundo hiciese hincapié en la inclusión de las disposiciones de este último Proyecto en el más amplio de Código penal que el Gabinete liberal tenía preparado y que no llegó a presentarse a las Cortes.

(183) Existe una edición del mismo bajo el título *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Im Auftrag des Bundesrates ausgearbeitet von Karl Stooss*. Basel, 1893; *Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrates verfasst von Karl Stooss* (September 1893). Basel y Genf, Georg & Co., 1893, 86 págs.; *Avant-Projet de Code Pénal Suisse. Partie Générale. Traduit par mission du département fédéral de justice et de police par Alfred Gautier*, Basel y Genf, Georg & Co., 1893.

Si el condenado llega a ser reincidente antes del transcurso de cinco años, entonces habrá de sufrir la pena impuesta con anterioridad y la recaída como reincidente; si no llega a reincidir dentro de los cinco años, entonces se suprime la pena" (184).

En consecuencia, la primera objeción que ha de dirigirse al proyecto español ha de ser forzosamente idéntica a la que, en su día, RUCHONET dirigiera al Anteproyecto STOOSS, es decir, la de encerrar una formulación "*un peu timide*" de la condena condicional y, por ende, un tanto vaga, a causa de la mención expresa que hace del requisito, según el cual el delito no debe haber sido llevado a cabo por móviles viles ("*nicht aus gemeinen Beweggründen begangen hat...*"), expresión sustituida por la Comisión por la más apropiada, si bien no menos confusa, de que el delito no haya sido cometido por

(184) El artículo 46 del Anteproyecto de Código Penal suizo de Karl Stooss expresa literalmente: "*Das Gericht kann den Strafvollzug einstellen, wenn der Thäter zum ersten Male wegen eines Verbrechens verurteilt wird, das Verbrechen nicht ausgemeinen Beweggründen begangen hat, den Schaden, der ausdem Verbrechen entstanden ist, soweit es ihm möglich war, ersetzt hat, wenn die Strafe Gefängnis von höchstens 6 Monaten ist, wenn der Thäter durch die Einstellung voraussichtlich vor weitem Verbrechen bewahrt wird.*

Wird der Verurteilte vor Ablauf von 5 Jahren wieder ruckfällig, so hat er die früher erkannte und die durch den Rückfall verwirkte Strafe zu erstehen; wird er innerhalb von 5 Jahren nicht rückfällig, so fällt die Strafe weg."

En las discusiones sostenidas por la Comisión de Expertos (cfr. *Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der vom Eidg. Justizdepartement einberufenen Expertenkommission, I. Teil, J. Schmidt, Bern, 1894*; Comisión de la que formaron parte: A. Gautier, Emil Zürcher, A. Cornaz, Louis Guillaume y Karl Stooss, entre otros; celebrando sus sesiones del 19 de septiembre al 7 de octubre de 1893 en la ciudad suiza de Berna) el párrafo 2.º del citado artículo 46 quedó sin variación alguna, pero se introdujeron modificaciones en el párrafo 1.º del mismo artículo, en el sentido siguiente: "El Tribunal puede suspender la ejecución de la pena: cuando el condenado no haya sufrido hasta la fecha, ni en Suiza ni en el extranjero, una pena privativa de libertad y haya sido condenado a una pena no superior a los seis meses de prisión; cuando el (condenado) no haya actuado por sentimientos infamantes y haya reparado, con cuanto figura en su patrimonio, el daño causado por él; cuando es de esperar que no llegue a reincidir" ("*Das Gericht kann den Strafvollzug einstellen: Wenn der Verurteilte bisher weder in der Schweiz noch im Auslande eine Freiheitsstrafe erstanden hat und nicht zu einer höheren Strafe als 6 Monate Gefängnis verurteilt wird; wenn er nicht aus niederträchtiger Gesinnung gehandelt und den von ihm verursachten Schaden, soweit es in seinen Vermögen stand, ersetzt hat; wenn anzunehmen ist, er werde nicht rückfällig werden.*")

Véase sobre el citado Anteproyecto: VON LISZT, Fr.: *Die Forderung der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, en *Archiv für Soziales Gesetzgebung und Statistik*, t. VI, 1893, artículo recogido en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, reimpresión 1970, t. II, 94 ss., esp. 130 y 131; FERRI: *Il Progetto di Codice Penale Svizzero*, en *La Scuola Positiva nella giurisprudenza penale*, anno III, 701 ss., 753 ss., esp. 757, lugar en el que atisba un "nuovo trionfo delle dottrine positiviste"; GAUTIER, Alfred: *Deux Projets. La réforme pénale en France et en Suisse*, en *R.P.S.*, VII (1894), 44-117; VON LILIENTHAL: *Der Stoosche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches*, en *ZStW.*, 15 (1895), 97 ss., 260 ss., esp. 130 ss.

“sentimientos infamantes” (*aus niederträchtiger Gesinnung*) (185); lo que, en realidad, viene a suponer una limitación de la concesión del beneficio a las llamadas, en frase de Alfred GAUTIER (186), “*infractions sans perversité*”, con lo cual se da inequívocamente una aproximación notoria hacia la cláusula genérica de la “*verdadera perversidad*” o de la “*malicia excesiva*” empleada por el Proyecto Torreánaz (187), aunque tal vez deba admitirse la posibilidad de que el origen de ambas se encuentre en el Anteproyecto del suizo. Ahora bien, de haber tenido a la vista el Proyecto Torreánaz, no habría tenido BERNALDO DE QUIRÓS por qué haber ido tan lejos en busca de tan inextricable fórmula.

Por otro lado, ambos proyectos coinciden en el criterio de la duración de la pena susceptible de acogerse a la suspensión: para el suizo, la pena de seis meses de prisión; para el español, las penas privativas de libertad de hasta seis meses. En este punto concreto es de alabar, dentro de nuestro particular y no menos singular enclave legislativo, la simplificación que el Proyecto MONTILLA hace en las escalas penales, al reducir, en su artículo 35 (dentro del capítulo I —clasificación y duración de las penas—, del título III —de las penas—, del Libro I), las penas privativas de libertad o solamente tres: la de reclusión temporal o perpetua, la de prisión y la de arresto.

La misma concepción en lo que respecta al sistema de condena condicional es compartida por ambos proyectos, puesto que se habla de “suspender la ejecución de las penas privativas de libertad”, por parte del español, y de “suspender la ejecución de la pena” (*den Strafvollzug einstellen*), por parte del Anteproyecto suizo. Optan, pues, los dos por el sistema denominado entonces franco-belga o del “*sursis*” (*Suspension à l'exécution de la peine* = *Einstellung des Strafvollzuges*).

Ello no obstante, el Proyecto MONTILLA verifica la introducción de alguna novedad, al ser su redacción mucho más explícita. En este sentido permite la suspensión de la ejecución de las penas de prisión no superiores a seis meses, “*bien resulten de pena única, bien de penas acumuladas*”, según reza el tenor de su artículo 84. Tal puntualización no aparece en el Anteproyecto suizo. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo enunciado, puesto en relación con el artículo 83 del Proyecto, cabría entonces la aplicación de la condena condicional al supuesto del concurso de delitos (188); posi-

(185) Cfr. *Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen...*, 1894, 379 ss.

(186) GAUTIER, Alfred: *Deux Projets...*, en *R.P.S.*, VII (1894), 44 ss., esp. 101.

(187) En torno al verdadero significado y alcance de la expresión “malicia excesiva o perversidad”, que por vez primera en esta materia aparece en el Proyecto de ley del conde de Torreánaz, *Vide supra*, págs. 347 ss.

(188) El artículo 82 del Proyecto de Código penal de 1902 dice: “Cuando varios hechos, que aun tomados aisladamente constituyen una infracción, sean tan conexos que deban considerarse como una acción continuada, sólo se aplicará una disposición de la ley penal, y en caso de diferencia, la que establezca mayor pena.

bilidad que, desde luego, no aparece en el Anteproyecto suizo de 1893, pero que crearía graves problemas a la hora de apreciar la reincidencia, a efectos de aplicación de la condena condicional.

De alcance mucho más preventivista que el artículo 46 suizo es la disposición de la propuesta española, por cuanto no sólo exige que el reo sea un delincuente primario, sino que también ha de ser de *buena conducta*, requisito, a mi juicio, excesivo, pero que, sin duda, BERNALDO DE QUIRÓS tomó de los modelos anglosajones.

Por otro lado, el Proyecto MONTILLA hace extensiva la aplicación de la condena condicional a las faltas, pero omite la *prognosis de autor* ínsita en el artículo 46 del Anteproyecto suizo, al exigir éste la constatación de una probabilidad de que el autor en el futuro se preserve de la comisión de nuevos delitos; presupuesto que implica un considerable avance respecto a la época en que fué confeccionado el Anteproyecto y que, por añadidura, ha influido obviamente en la legislación alemana posterior (189). Algo similar cabe decir respecto a la exigencia de la reparación del daño causado por el delito (190).

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos actos independientes y constituyendo varias infracciones castigadas con penas de la misma naturaleza, no se impondrá más que una sola pena. El máximo de esta pena será la suma de las penas más elevadas establecidas para estos hechos, pero sin que se eleve a más de un tercio sobre el máximo de la mayor.

Cuando sean varios los hechos punibles y deban considerarse como independientes y constituyendo varios delitos distintos castigados con penas de distinta naturaleza, se impondrán todas ellas, pero acumuladas no podrán exceder de una tercera parte sobre la pena mayor.

En concurso de delitos con falta o de faltas entre sí, se impondrá una pena para cada falta, pero sin que pueda exceder de ocho meses el total de las penas acumuladas para las faltas."

Por consiguiente, puestos en relación los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del artículo 82 con el párrafo 1.º del artículo 84, cabría admitir la posibilidad de aplicar la condena condicional a los supuestos de concurso de delitos y, también, al caso de concurso entre delito o falta o, simplemente, entre faltas; siempre y cuando, claro está, la pena resultante de la acumulación no exceda a la de seis meses de privación de libertad.

(189) Véase a este respecto: JESCHECK, Hans-Heinrich: *Der Einfluss des schweizerischen Strafrechts auf das deutsche*, en *R.P.S.*, 73 (1958), 184 ss., esp. 193, en lo que respecta a la *bedingter Stravollzug*.

Obsérvese, además, que el antiguo párrafo 23 del *StGB* alemán federal habla de que "la suspensión de la pena a prueba se ordena sólo cuando la personalidad del condenado y su vida anterior en unión a su conducta posterior al delito o a una reforma favorable de su forma de vida *permitan esperar* que bajo la eficacia de la suspensión lleve en el futuro una vida legal y ordenada". En similar sentido se expresa el párrafo 1.º del § 23 del *StGB* en la versión recibida por la I. Str.RG de 25 de junio de 1969, en vigor a partir del 1 de abril de 1970: "... *wen zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und Künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird*".

(190) La Reforma Penal alemana de 1953, que introdujo en los párrafos 23 y ss. la denominada *Strafaußsetzung zur Bewährung*, establece como una de las obligaciones o condiciones (*Auflagen*, párrafo 24, 1) que el Tribunal puede imponer durante el período de prueba la "de indemnizar o reparar el daño causado por el hecho (delito)". Condición que, según la doctrina y jurisprudencia posteriores a 1953, reviste un carácter "expiatorio" y que debe

Finalmente, el Proyecto español, al dar un giro gramatical más amplio al párrafo 2.º del artículo 46 del Anteproyecto suizo, da lugar a un contenido idéntico, desde luego, al de aquél, pero expresado con mayor claridad. En tal sentido, el texto suizo declara una vez cumplidos los requisitos de su párrafo 2.º —esto es, no reincidir durante el transcurso de los cinco años—, *suprimida la pena*, mientras que BERNALDO DE QUIRÓS prefiere abundar en la explicación de la eficacia y alcance que reviste la caducidad de la sentencia, afirmando, por tanto, que *también caducarán sus efectos* (los de la sentencia) *para la apreciación de la reincidencia*. Consecuencia inmediata derivada de ello es la posibilidad legal de aplicar dos veces o más la condena condicional a un mismo sujeto delincuente. Sin duda, este es el punto de mayor progresismo y liberalidad del artículo 84 del Proyecto MONTILLA Y ADÁN. De haber tenido más fortuna y no haber dimitado el ministro —nombrado el 17 de mayo de 1902— el 15 de noviembre del mismo año, el Proyecto hubiera logrado, probablemente, viabilidad y habría supuesto, desde luego, una semilla de progreso tanto en el marco del arcaico Código penal español de 1870 como en la esfera de la administración de justicia, aunque los necesarios cambios que, lógicamente, la introducción de tal medida hubiera de producir en aquélla no vienen previstos en el Proyecto español. Precisamente por esas fechas el Código penal noruego de 1902 introducía la medida, imitando al modelo inglés, con una factura realmente revolucionaria para la época y digna de imitar aún hoy en día por muchísimos códigos penales (191), entre los cuales debe, a decir verdad, contarse el nuestro.

imponerse siempre que sea dudosa la indemnización voluntaria, superponiéndose a la obligación jurídico-civil de reparación del daño derivado del delito, que se asegura así mediante la intimidación jurídico-penal. Cfr. PENTZ, Adolf: *Formelle Fragen bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1954, 141 ss., esp. 142; EL MISMO: *Nochmals: Die Bewährungsaufgabe der Schadenswiedergutmachung*, en *NJW*, 1956, 1867 ss., esp. 1868. En sentido similar se pronuncia KÜSTER, Otto (en *Poena aut satisfactio*, en *JZ.*, 1954, 1 ss., esp. 3 y 4), apuntando que la imposición de una *Auflage*, bien con la condena condicional, bien con la libertad condicional, es una posibilidad de compensar la pena o una parte de la pena por medio de una actuación o un actuar expiatorio ("*sühnendes Handeln*").

El artículo 41 del *Code Pénal Suisse*, relativo al "*sursis à l'exécution de la peine*", presupone como uno de los requisitos o condiciones de su concesión el que el condenado haya reparado en lo que podía esperarse de él el daño establecido judicialmente o por acuerdo con el lesionado. Sobre la reforma parcial del Código Penal suizo llevada a cabo por ley de 18 de marzo de 1971, véase: GERMANN, O. A.: *Grundzüge der Partialrevision des schweizerischen Strafgesetzbuchs durch das Gesetz vom 18 März 1971*, en *R.P.S.*, 87 (1971), 377 ss., esp. 348 ss.; SCHULTZ, Hans: *Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch*, en *R.P.S.*, 88 (1972), 1 ss., esp. 42 ss.

(191) Aunque la condena condicional fue introducida en Noruega, según el modelo franco-belga, por la denominada *lov om betingede straffedome af 2. maj 1894*, siendo ésta integrada en el Código Penal noruego de 1902 por la *Straffelov af 22. maj 1902*, posteriormente modificado en 1919 y 1929, el Código noruego procesal penal de 1887 permitía ya al Ministerio fiscal la renuncia a la acción o persecución penal en los casos en que, siendo aun cierta la culpabilidad del prevenido, el interés público no exige que el delincuente

Sin embargo, el Proyecto de Código penal de don Juan MONTILLA Y ADÁN, fruto de un espíritu cultivado y liberal como era el de su autor, Constanancio BERNALDO DE QUIRÓS, vio, pese a encerrar la gran oportunidad de dar al país una legislación penal moderna, condicionado su destino por la propia situación política surgida a raíz de la crisis planteada por Azcárraga. A partir de este momento se hacía cada vez más patente y notoria la urgente necesidad de dar al país un gobierno liberal que diese paso al reconocimiento del derecho a la huelga y mantuviese hasta sus últimas consecuencias la vigencia del Real Decreto de 19 de diciembre de 1901, refrendado por el entonces Ministro de la Gobernación, don Alfonso González, por el que se concedía un plazo de seis meses “a las asociaciones ya creadas y comprendidas en los efectos de la ley” para que pudiesen inscribirse en el correspondiente Registro de los gobiernos provinciales; puntos todos ellos a los que había Canalejas supeditado su participación y aceptación de la cartera de Agricultura en el Gobierno de relativa concentración parlamentaria que, presidido por don Práxedes Sagasta, había nacido el 19 de marzo de 1902 y en el que entraba, según hemos visto, uno de sus incondicionales amigos, don Juan Montilla y Adán, parlamentario de fácil e intencionada palabra, oriundo de la izquierda dinástica, para ocupar la cartera de Gracia y Justicia, siendo ahora Moret el titular de la de Gobernación (192).

En fin, la aceptación en precario de Canalejas; su izquierdismo, aceptado a medias por el Gobierno, y una Real orden dictada por Moret, en desarrollo del Real Decreto sobre las asociaciones, dando a este último una interpretación lo bastante amplia como para permitir, a espaldas de Canalejas, una negociación con la Santa Sede, acuerdo que se llevó a cabo por el duque de Almodóvar del Río y por Moret, son otros tantos factores que vinieron a radicalizar la postura política de Canalejas, el cual dimitió, creando una verdadera crisis interna al Gabinete, si bien pospuso su dimisión oficial hasta después de la coronación del nuevo Rey, Alfonso XIII, que prestó el 17 de mayo de 1902 juramento ante el Congreso, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 45 de la Constitución.

Si a todo ello agregamos el recrudecimiento de la campaña difamatoria contra don Segismundo MORET, cuya gestión política en los asuntos de Cuba y Filipinas como Ministro de Ultramar era un tanto discutible, aunque la campaña contra él emprendida se debía más bien al hecho de su presencia en el banco azul junto a Sagasta, si bien los ataques que Nocedal —en el Congreso— y don Fernando Primo de Rivera —en el Senado— le dirigieron iban dirigidos más

sea llevado ante los tribunales. Cfr. URBYE, Andreas: *Die bedingte Verurteilung im norwegischen Recht*, en *ZStW.*, 15 (1895), 248 ss.; WAABEN, Knud.: *Betingede Straffedome. Ein Kritik Vurdering af Dansk Rets Regler*, 1948; KØBENHAVN, págs. 41 ss.; GETZ: *Über die bedingte Verurteilung*, en *ZStW.*, 15 (1895), 248; *Probation and Related Measures*, 152 ss.

(192) FERNÁNDEZ ALMAGRO, M.: *Ob. cit.*, 288 ss.

a torpedear la labor de este o aquel ministro que a discriminar culpas, tendremos una visión lo suficientemente clara del panorama con el que el Gabinete de Sagasta se enfrentaba al abrirse de nuevo las Cortes el 20 de octubre de 1902. En una situación tan movida como era aquélla, poco o nada podía hacerse por los diversos ministerios; y en el de Justicia sólo pueden apuntarse dos proyectos de ley presentados por MONTILLA a las Cámaras, uno relativo a la reforma de la ley del Jurado y otro referente a la regulación de la inmunidad parlamentaria, los cuales dieron algún trabajo a ambos cuerpos colegisladores, aparte del ya mencionado relativo a los delitos de difamación (193).

Así, pues, cuando el 20 de octubre de 1902 vuelven a abrirse las Cortes, la crítica dirigida contra el Gobierno se fortalece con la adición de nuevos argumentos, como, por ejemplo, sus debilidades durante el viaje veraniego de los reyes, su falta de resolución a la hora de plantear el problema relativo a la ley de Asociaciones y el "problema Canalejas", dando este último ocasión o motivo a Sagasta para expulsar al primero del seno del partido liberal, y viéndose, en definitiva, colmada la crisis gubernamental con los discursos pronunciados por Maura (que hablaba de realizar una revolución desde el Poder) y por Silvela (que reclamaba el mando por la tremenda). Cuando el 10 de noviembre Sagasta plantea la crisis total, se forma un nuevo Gobierno, en el que subsiste Moret, pero desaparecen Montilla y Adán, Suárez Inclán y Rodrigáñez, produciéndose en el Congreso algunas interpelaciones acerca de los "tres desgraciados" ex ministros (según palabras textuales de Romero Robledo), atacándoseles por causas diversas, como, por ejemplo, de inmoralidad administrativa a don Juan Montilla —que, por cierto, al defenderse, dijo, entre otras cosas, que él no era "*más que el cacique de la provincia de Jaén*" (194). Planteada, pues, el 3 de diciembre la cuestión de confianza por Sagasta, dimitió con su Gobierno en pleno, entrando el 6 del mismo mes Silvela.

El planteamiento del nuevo Proyecto de Código penal adolecía, pues, de un defecto básico: la ausencia absoluta de estabilidad gubernamental, por lo que venía casi desde su nacimiento condenado a no ser siquiera presentado en el Parlamento.

(193) En el haber ministerial de Montilla ha de contabilizarse también una reforma proyectada en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, creándose, asimismo, en el Tribunal Supremo la Sala tercera de lo contencioso-administrativo. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, Ap. 5.º al núm. 36 [9 de septiembre de 1902]: Real Decreto trasladado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia creando en el T. S. la Sala tercera de lo contencioso-administrativo.

(194) ZABALA Y LERA, Pío: *Historia de España. Edad Contemporánea. 1808-1923*, vol. II, Barcelona, 1930, 335 y esp. 336.

V.—EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL DE DON FRANCISCO JAVIER UGARTE Y PAGES (*)

Dejando, en suma, a un lado el Proyecto que, según informa CANALEJAS en el discurso pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con motivo de la inauguración del curso 1904-1905, se encontraba en vías de elaboración por algunos miembros del Consejo Penitenciario Español —entre los cuales se contaba don José María VALDÉS RUBIO, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid—, y del cual no he hallado información alguna a excepción de la ya aludida anteriormente, debemos ahora, pese a tratarse de un proyecto menor por no haber sido siquiera presentado a ninguna de las dos Cámaras legislativas, hacer mención expresa del que suele denominarse por los tratadistas *Proyecto de Código penal UGARTE —1905—* (195), aunque, en rigor, más que de un verdadero Proyecto se trata simplemente del esbozo de unas *bases* (veinte en total) para la reforma del Código penal, estructuradas por su autor en un “Proyecto de Ley”, a cuya redacción contribuyó de manera decisiva, según palabras del propio UGARTE, don Rafael SALILLAS. La constante presencia del Proyecto Torreánaz en alguna de las susodichas bases determina el que nos ocupemos de ellas con detalle.

Militante conservador y Auditor general del Ejército desde el año 1900, don Francisco Javier UGARTE Y PAGÉS fue nombrado Ministro de Justicia el 16 de diciembre de 1904 en el Gobierno presidido por Azcárraga, dimitiendo de dicho cargo, con el Gobierno en pleno, el 27 de enero de 1905, fecha en que volvió a ser designado para ocupar de nuevo la cartera de Gracia y Justicia en el nuevo Gabinete de don Raimundo Fernández Villaverde.

Llegó, según declaración propia, al Ministerio con el firme propósito de procurar a todo trance que su estancia en él revelase su anhelo de hacer algo más que resolver expedientes, aunque, a pesar de sus buenos auspicios, la inercia legisferante derivada de la inestabilidad parlamentaria, unida a otros factores varios, determinaron que sólo uno de sus diversos proyectos de reforma llegase a las Cortes :

(*) Don Francisco-Javier UGARTE Y PAGÉS nació el 24 de febrero de 1856. Después de haber cursado la carrera de Derecho ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar a los veinticinco años, obteniendo su acta de Diputado a Cortes en 1891, 1896, 1898, 1899, 1901, y 1903 a 1904; fue nombrado el 8 de mayo de 1903 Senador vitalicio por Decreto firmado por don Francisco Silvela. Ministro de Gobernación de 1900 a 1901 y de Gracia y Justicia, de 1904 a 1905, después de haber sido Dr. general de Correos y Telégrafos, de Gracia y Justicia y Subsecretario de la Presidencia, fue Auditor General del Ejército desde 1900 a 1907, fecha en que pasó a ocupar la Fiscalía del Tribunal Supremo; siendo, asimismo, Vocal de la Comisión de Codificación.

(195) En este sentido, RUFILANCHAS SALCEDO, Luis: *Derecho penal*, según el Programa convocando Oposiciones para cubrir plazas del Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura, Ejes Editorial y Publicaciones, Madrid, 1934, 21: “En 1905 se redacta un proyecto Ugarte, obra también de don Rafael Salillas, que contiene veinte Bases, es político criminal y recoge lo mejor de los trabajos anteriores. No fue tampoco presentado a las Cortes”; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1971, 97.

el de reforma del contrato de aparcería rural, informado ya por la Comisión de Códigos. “Los sucesos políticos —dirá más tarde el ya ex Ministro— frustraron por completo mis trabajos, condenándolos a figurar entre los papeles inútiles en un rincón de mis estantes”, los cuales fueron, ello no obstante, publicados un año después en un libro intitulado *Reformas en la Administración de Justicia* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1960), en cuyas páginas nos da cuenta su autor de todas las vicisitudes por las que atravesaron sus intentos de reforma del Código penal.

Haciéndose eco, en lo que respecta al Código penal de 1870, de la corriente mayoritaria de opinión, aborda la tan deseada y no menos dilatada reforma del viejo texto legal, convencido de que “nuestra ley es arcaica, cualquiera que sea la crítica a que se la someta...”, y de que, asimismo, aunque la necesidad de reforma del Código ha sido reconocida por todos, en su opinión, ésta no ha llegado, sin embargo, aparentemente a causa de la falta de continuidad legislativa, pero “en rigor de verdad, por la falta de continuidad de un pensamiento común”; incluso, tal vez, porque “ninguno de los reformadores pensó que la reforma del Código es una obra de carácter político” (196).

Partiendo, en suma, de una acerba crítica del articulado del texto legal de 1870, particularmente en materia de penas, así como también de la lamentable realidad penitenciaria española —“... todo cuanto se legisle en materia penal será infructífero si no se cuida con especial esmero de cimentarlo en un buen régimen de prisiones” (197)—, presentó UGARTE sus planes de reforma [en los que se incluía sendos proyectos de ley de manicomios judiciales, de reforma de ley sobre el ejercicio de la regia prerrogativa de la gracia de indulto, de reforma del contrato de aparcería de predios rústicos, de reorganización de tribunales y de reforma del Código penal (198)] al por entonces Presidente del Consejo, FERNÁNDEZ VILLAVERDE, quien, tras alentarle y prometerle todo su apoyo en tal empeño —“es preciso, decía, sacudir el árbol, podarlo y sanearlo...”—, destacó, empero, que lo más urgente era, por el momento, “hacer Hacienda”, a fin de consolidar la obra presupuestaria emprendida por tan insigne hacendista en la legislatura de 1899. Ello no obstante, los acontecimientos políticos, concretamente la falta de la indispensable mayoría parlamentaria, adelantaron la caída del Gobierno Villaverde, al que vino a sustituir un Gabinete de significación liberal presidido por don Eugenio MONTERO RÍOS, esfumándose, en consecuencia, la oportunidad de reformar

(196) UGARTE, Javier: *Reformas en la Administración de Justicia. Apuntes para su estudio*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, 1906, 25 ss. Se trata de un ejemplar perteneciente al Archivo del Senado y dedicado por el autor a dicha Cámara, hoy extinguida.

(197) UGARTE, J.: *Reformas...*, 63 ss.

(198) UGARTE, J.: *Reformas...*, 12 y 13, 66 ss., 68, 83 ss., 85-107, 109-116, 117-124, 125-126, 127-139, 221-223 para los respectivos proyectos de reforma.

el Código penal y, en nuestro caso, la de introducir por vez primera en nuestra patria el instituto de la condena de ejecución condicionada.

Pues bien, ciñéndonos a las Bases para la reforma del Código confectionadas por UGARTE, éstas vienen esencialmente inspiradas en varias direcciones. Así, la influencia de los Proyectos ALONSO MARTÍNEZ y SILVELA se deja sentir particularmente en la concesión de un margen más amplio al arbitrio judicial, al dejar en manos del tribunal, tratándose de atenuantes y agravantes, la graduación de la pena, atendiendo al grado de perversidad del delincuente, a la trascendencia del delito, al daño producido y a la pena señalada por la ley (Base 4.^a); al igual que en la reducción y simplificación de las escalas penales —“... que han hecho del Código penal un instrumento puramente mecánico, sin mayor alcance ni otras formalidades de singular interés que las de conseguir que se mantuviese la apariencia de la efectividad de la justicia por resultar todo tasado con una supuesta exactitud matemática...”—, quedando, en consecuencia, las penas privativas de libertad reducidas a sólo tres (reclusión, prisión y arresto), las cuales habrían de cumplirse, respectivamente, en tres clases distintas de establecimientos penales (Bases 5.^a y 6.^a). Por otra parte, la creación de un delito autónomo de encubrimiento, aislado y diverso del delito encubierto, muestra una clarísima influencia del articulado del Proyecto SILVELA (Base 3.^a).

Asimismo, el Proyecto se hace eco de la necesidad de establecer los cimientos de una nueva organización penitenciaria (Base 2.^a), extremo éste que puede verse plasmado ya en el llamado Proyecto de don Nicolás SALMERÓN (199) y en los de ALONSO MARTÍNEZ y SILVELA (200); estableciendo, además, como “primera condición de la

(199) En el *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional* correspondiente al segundo período de la legislatura de 1872-1873 [Ap. 1.º al núm. 8 (20 de febrero de 1873)] aparece transcrito un “*Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, sobre abolición de la pena de muerte*”, firmado por don Nicolás SALMERÓN, cuyos cuatro únicos artículos disponen la abolición de la pena de muerte (art. 1.º), la supresión correlativa de la gracia de indulto para toda clase de delitos comunes (art. 2.º), la proposición próxima por el Ministro de “las bases convenientes para el establecimiento del sistema penitenciario” (art. 3.º) y, finalmente, la vinculación y dependencia de la administración de las cárceles y establecimientos penales del Ministerio de Gracia y Justicia (art. 4.º).

Sin embargo, tanto el Proyecto SALMERÓN como otros presentados en sentido abolicionista no lograron prosperar. Ciertamente, se formó una *Comisión para el proyecto de ley sobre abolición de la pena de muerte de toda clase de delitos* (*Diario*, 1873, pág. 324) integrada por Cayo López, Pedregal, Domingo Sánchez Yago, Rojo Arias, Saulata, Pidal y Mon y Becerra (*Diario*, 1873, pág. 373), mas la discusión del referido proyecto fue posponiéndose paulatinamente, desapareciendo incluso su mención del *Diario de Sesiones de 1873*, hasta que, por último, se produjo la Disolución de la Comisión Permanente de la Asamblea en virtud de un acuerdo del Consejo de Ministros, firmada por el Presidente interino del Poder Ejecutivo, don Francisco Pi y Margall —24 de abril de 1873—, a cuya caída, sucedida como es sabido el 17 de julio del mismo año, vino a sucederle don Nicolás en la Presidencia del Poder ejecutivo.

(200) *Vide supra*, págs. 307, nota 3, y 308, nota 5.

pena”, la de someterse al trabajo obligatorio, a la práctica de un oficio o al aprendizaje del mismo cuando no se tenga oficio conocido, preceptiva de la que quedan exceptuados los ancianos, inválidos, enfermos y convalecientes (Base 7.^a).

Novedad digna de mención es la previsión por el Proyecto de dos nuevas instituciones: *a*) De un lado, la denominada “redención por conducta ejemplar”, que no es otra cosa que la libertad condicional obtenida por el reo después de haber cumplido la tercera parte de la pena (Base 9.^a); *b*) Y de otro, la llamada “redención por prestación de servicios”, reminiscencia del Proyecto VILLAVERDE (201) y especie de redención de todas las penas de arresto por el trabajo, las cuales se consideran, de esta suerte, conmutadas en la de trabajo vecinal u otra forma de trabajo cuya prestación pueda hacerse efectiva; para lo cual es menester que en las localidades en que vaya a realizarse esa prestación laboral las Juntas locales de Prisiones adopten una organización local que ofrezca garantías y que merezca la aprobación del Ministerio de Gracia y Justicia (Bases 9.^a y 10.^a).

En lo que respecta a la previsión de la condena condicionada por las Bases, el Proyecto UGARTE supone una verdadera resurrección del Proyecto Torreánaz, por cuanto la Base 8.^a del mismo declara: “Ciertas penas podrán tener el carácter de diferidas, a cuyo fin tendrá aplicación el Proyecto de ley presentado a las Cortes en 8 de enero de 1900 estableciendo la condena condicional” (202).

En tal sentido, después de ocuparse de los trabajos realizados en esa dirección por don Luis María de la Torre y de la Hoz, sostiene UGARTE que la pena no requiere en todos los casos la sumisión a un orden de privación penal, sino que puede constituir “un estado intermedio y de indecisión”; de suerte que es posible sentenciar con todas las formalidades legales, dejando al penado advertido de que con su comportamiento durante un período de tiempo señalado determinará o no que recaiga “en el estado penal”. “Este —señala UGARTE— es el régimen de *pena diferida*, conocido con el nombre de condena condicional” (203).

A causa de la fundamental importancia que las Bases otorgan, en este punto concreto, al Proyecto Torreánaz, el cual aparece incluso literalmente transcrito en el libro mencionado (204), pocas previsiones más se incluyen acerca de nuestro instituto, como no sean las relativas al hecho de que tanto la condena de ejecución condicionada como la “redención por conducta ejemplar”, es decir, la libertad condicional, no podrán implantarse mientras la Administración penitenciaria no declare oficialmente que los establecimientos penales ofrecen garantía suficiente para la adopción inmediata de tales proce-

(201) UGARTE, J.: *Reformas...*, 39.

(202) UGARTE, J.: *Reformas...*, 112.

(203) UGARTE, J.: *Reformas...*, 35.

(204) UGARTE, J.: *Reformas...*, 59 ss., ocupándose de la labor del Ministro Torreánaz; 221-223, transcribiendo el Proyecto de 8 de enero de 1900 sobre condena condicional.

dimientos, siendo, de idéntico modo, preciso que los tribunales de justicia adopten una organización en lo que respecta a los medios de policía local y general, a fin de acreditar la conducta de los penados liberados provisionalmente (Base 11.^a).

Por consiguiente, dejando de lado el resto de las previsiones contenidas en dicho Proyecto, algunas de las cuales, como la inclusión en el Código penal de todos los preceptos aislados contenidos en las leyes penales especiales (Base 20.^a), conservan, a mi juicio, vigencia todavía en la actualidad (205), podrán dirigirse a las referidas Bases de reforma, en lo que a la suspensión condicional de la pena hace referencia, todos los reproches que se deseen, mas no podrá en ningún caso negarse el omnipotente influjo que, a este respecto, el Proyecto TORREÁNAZ ejerció sobre ellas, al igual que en el Proyecto de don Juan ARMADA Y LOSADA, Marqués de Figueroa, de 31 de octubre de 1907, del cual salió precisamente nuestra primera ley sobre esta materia. Ciertamente es de lamentar que, entrado ya el siglo actual y sobre todo después del intento realizado por el Proyecto MONTILLA Y ADÁN para introducir la institución en nuestro derecho positivo, el Proyecto de ley de UGARTE haya recurrido, ignorando el panorama doctrinal y legislativo comparado, al modelo confeccionado por el autor del Proyecto de 8 de enero de 1900 sobre condena condicional, si bien haciendo hincapié en la necesidad de una organización de policía por parte de los tribunales como necesario complemento para el buen funcionamiento de la institución.

Una vez más, la inestabilidad parlamentaria supuso el desaprovechar una ocasión favorable para la introducción de la condena condicional en nuestro país.

* * *

Por consiguiente, tendremos que esperar a 1907 para ver de nuevo confeccionado y presentado a las Cortes un Proyecto acerca de nuestro instituto, mas adoleciendo ya de un notable retraso, defecto que se agrava aún más si se tiene en cuenta que para el legislador español de 1908 el modelo o pauta siguen siendo en esta materia la ley francesa de 1891, a través del influjo que ésta ejerció en el Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz, de 8 de enero de 1900, y la belga de 1888, sin fijar su atención, ni siquiera a efectos puramente informativos, en la ley más moderna que sobre la condena condicionada se había promulgado en ese mismo año: el *Probation of Offenders Act 1907* (7 *Edw. 7, Chap. 17, sects. 2(1), 3, 4*), que, en contra de lo que sostiene DORADO MONTERO, no era desconocido para alguno de los diputados que intervinieron en la discusión del Proyecto de 31 de octubre de 1907, sostenida en el Palacio del Congreso, aunque,

(205) UGARTE, J.: *Reformas...*, 116.

al fin y a la postre, tenga razón el que fuera Profesor de Salamanca, dado que sí fue desconocido o, cuando menos, ignorado por el legislador español de la época (206).

(206) “En realidad, dice DORADO, esto es lo que ha pasado. En vez de buscar el último —y sin duda el más perfecto— figurín, el inglés (ley de agosto de 1907): ¿sabría el Ministro que estaba publicada?; ¿cuántos españoles la conocerán?; nadie se ha referido a ella cuando han aducido antecedentes legislativos de la nuestra; y si no, léanse los discursos.” Cfr. DORADO MONTERO, P.: *La nueva Ley de Condena Condicional. Significación y trascendencia*, en *RGLJ.*, 112 (1908), 217, nota 2.

Sin duda, DORADO se equivoca en este último aserto, ya que basta la simple lectura del *Diario de Sesiones* para apreciar que una de las primeras intervenciones habidas con ocasión de los debates del Proyecto de 31 de octubre de 1907, la del Diputado liberal don Avelino MONTERO VILLEGAS, no sólo puso en evidencia errores de bulto cometidos por el Ministro ARMADA Y LOSADA en el Senado al aludir a la legislación anglosajona, sino que también cita la ley inglesa de 1907, la cual deroga a la anterior de 1887 y sustituye su esencia por el criterio de la legislación americana, “es decir, prescindiendo en absoluto de la duración de la pena y no ver más que la persona del delincuente y las condiciones y circunstancias en que ha delinquido...”; acusando al Ministro de “haber copiado la ley belga del 88”, de forma que, “aunque estos aplausos —inrepa MONTERO VILLEGAS— hubieran de ser atenuados, del modo como lo son los que otorgan los públicos de los teatros cuando presencian la interpretación de traducciones y no de obras originales..., ni atenuado se lo puedo conceder a S. S., porque, en mi humilde juicio, el modelo que S. S. ha buscado para la traducción es muy deficiente, es el más deficiente de todos cuantos ha podido escoger”. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 153 [19 de febrero de 1908], págs. 4753-4755.

VI

APENDICE I

PROYECTO DE LEY QUE FACULTA A LOS TRIBUNALES PARA SUSPENDER LA EJECUCION DE CIERTAS PENAS LEVES EN BENEFICIO DE LOS QUE HAN DELINQUIDO POR PRIMERA VEZ [Proyecto Torreánaz] (*)

REAL DECRETO

De acuerdo con el Consejo de Ministros; en nombre de Mi Augusto Hijo el REY D. Alfonso XIII, y como REINA Regente del Reino,

Vengo en autorizar al Ministro de Gracia y Justicia para que presente a las Cortes un proyecto de ley que faculta a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez.

Dado en Palacio a ocho de enero de mil novecientos.

MARIA CRISTINA

El Ministro de Gracia y Justicia,
LUIS MARÍA DE LA TORRE

A LAS CORTES

No se recomiendan nuestros establecimientos penitenciarios como escuelas de moralización y de virtudes. El que es recluso en ellos por primera vez sin haber perpetrado un delito que arguya verdadera perversidad, difícilmente se sustrae al contacto de perniciosos ejemplos y deja de aprender las malas artes del delincuente avezado. Aun allí donde aparece menos imperfecto el régimen de las prisiones, se han reconocido los inconvenientes de que pase por su recinto el condenado que nunca lo había sido a privación de libertad, facultando, con objeto de evitarlos, al Tribunal sentenciador para que suspenda la ejecución de la pena personal de corta duración en determinadas circunstancias.

Conferir una facultad análoga, si bien en términos muy distintos, a los Tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria, es el fin del Proyecto de ley que el Ministro de Gracia y Justicia somete hoy al examen de las Cortes.

(*) *Gaceta de Madrid*, Año CCXXXIX, núm. 10, miércoles 10 de enero de 1900, tomo I, págs. 109 y 110.

Sus disposiciones, adaptadas a la estructura y principios cardinales de las leyes patrias, se inspiran en la circunspección que toda novedad aconseja. Parten del requisito indispensable de que el favorecido en virtud de la referida autorización no haya sido condenado anteriormente por delito alguno. Si ciñeran el uso de la nueva facultad al arresto mayor, resultaría poco eficaz y suscitarían inquietudes y peligros si la extendieran a todo el período del presidio o de la prisión correccional. Fijar el límite en el grado mínimo de estas últimas penas se ha estimado lo más prudente.

Pero tal gracia no ha de alcanzar jamás a ciertos hechos que, por intereses a que afectan, las alarmas que producen, el perjuicio que irrogan o lo perversidad que demuestran, exigen excepciones numerosas y justificadas. Los delitos contra la seguridad exterior del Estado, los de lesa majestad y los cometidos contra las Cortes, el Consejo de Ministros o la forma de gobierno, aun en los contados casos en que se hayan de castigar con pena correccional, no admiten demora en la ejecución de la pena. Tampoco la consienten los que comete el funcionario público en el ejercicio de su cargo a causa del ejemplo que da y de los deberes que infringe. El robo, en determinados casos, y algún hurto o estafa cuando rebasa cierta cuantía, el estrago, los que sólo pueden perseguirse en virtud de querrela o denuncia de la parte ofendida, los de contrabando y defraudación, quedan fuera de la regla por los varios y peculiares motivos que a nadie se ocultan.

El período de diez años que ha de pasar sin delinquir nuevamente el beneficiado por la suspensión responde a los artículos del Código, según los cuales prescriben al cabo de igual tiempo los delitos castigados con penas correccionales y estas mismas penas. Poco aventurado será entonces suponer la enmienda, y otorgar la rehabilitación a quien, después de cumplir las penas accesorias y satisfacer en una u otra forma las responsabilidades civiles, no haya vuelto a contraer ninguna de carácter criminal.

Nuestros Tribunales usarán con parsimonia de la autorización que se les entrega; y deteniendo en el camino de la perdición a los que apenas le han emprendido, evitarán casi siempre que se conviertan en seres peligrosos para la sociedad y para la familia.

Por las consideraciones expuestas, el Ministro que suscribe, autorizado por S. M. y de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene la honra de someter a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se autoriza a los Tribunales de justicia de la jurisdicción ordinaria para acordar en las sentencias que se suspenda la ejecución de la condena que hubieren impuesto en cuanto a la pena principal, si ésta fuese de arresto mayor o de presidio o prisión correccional en su grado mínimo.

Es aplicable esta disposición a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para el pago de la multa, bien se haya impuesto

ésta como única del delito o bien como conjunta del arresto mayor o del presidio o prisión correccional en el grado antes indicado, cuando tenga aquélla, por su cuantía, carácter correccional con arreglo al artículo 27 del vigente Código.

Art. 2.º La suspensión a que se refiere el artículo anterior no es aplicable a las penas accesorias de privación de derechos ni a las costas procesales y responsabilidades civiles, las cuales se ejecutarán y harán efectivas, desde luego, en la forma que la ley determina.

Art. 3.º Para que los Tribunales puedan decretar la suspensión de que se trata, serán condiciones indispensables :

Primero. Que el reo no haya cometido otro delito con anterioridad.

Segundo. Que en el delito que se castiga no haya concurrido ninguna circunstancia agravante.

Tercero. Que el hecho no sea excusable por falta de alguno de los requisitos que enumera el artículo 8.º del Código penal para eximir de responsabilidad, siempre que haya concurrido uno o más de ellos o que el culpable haya cometido el delito en completo estado de embriaguez, no siendo ésta pasional o habitual, o posterior al proyecto de cometerlo o en un estado de sobreexcitación tan notorio que, sin llegar a la locura, haya perturbado u oscurecido considerablemente la razón del culpable en el acto de ejecutar el delito.

Art. 4.º La autorización que conceden los artículos precedentes será extensiva a los delitos de que conozcan los Tribunales ordinarios, en virtud de leyes especiales, salvo lo que prescribe el artículo siguiente.

Art. 5.º Quedan exceptuados de la facultad que se otorga en las reglas que anteceden los delitos comprendidos en el título 1.º y en el capítulo 1.º, título 2.º del libro 2.º del Código, así como los que cometan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; los robos con violencia o intimidación a las personas, o en casa habitada, o en edificio de los mencionados en el artículo 521, cualquiera que sea su cuantía, o en lugar no habitado cuando el valor de lo robado exceda de 25 pesetas; los de hurto y estafa por valor superior a 100 pesetas; los que, según la ley, sólo pueden perseguirse en virtud de querrela o denuncia de la parte ofendida; los de estrago de que haya de conocer la jurisdicción común, con arreglo a las leyes de 10 de julio de 1894 y 3 de septiembre de 1896; los de contrabando y defraudación que se rigen por el Real decreto de 20 de junio de 1852, y todos aquellos que, a juicio del Tribunal sentenciador, revelen en el delincuente una malicia excesiva.

Art. 6.º Cuando los Tribunales acuerden la suspensión del cumplimiento de la pena impuesta, dentro de las condiciones que se dejan indicadas, dicha suspensión durará por espacio de diez años; pero si en el transcurso de ese tiempo el reo cometiere un delito por el que fuere ejecutoriamente condenado, quedará aquélla sin efecto y se le obligará a cumplir la condena en suspenso y la que nuevamente

se le impusiere, por el orden que establece el artículo 88 del Código penal.

Art. 7.º La suspensión se acordará, cuando el Tribunal lo considere procedente, en la parte dispositiva de la sentencia, motivándola y dándose conocimiento de ella en audiencia pública al reo condenado, advirtiéndole que en caso de delinquir durante el plazo que menciona el artículo anterior se alzarla la suspensión y se le obligará a cumplir la condena en suspenso, a más de la que recayere por el nuevo delito cometido.

De esta advertencia se fijará por el Secretario diligencia en los autos.

Art. 8.º Los Tribunales llevarán un Registro especial donde anotarán estas sentencias, y además remitirán testimonio de ellas inmediatamente que sean firmes al Registro Central de Penados, del Ministerio de Gracia y Justicia, en cuyo Registro se abrirá una sección especial con el epígrafe de "Condenas en suspenso", en la que se anotarán las sentencias que contengan el acuerdo de suspensión, y de él será obligatorio hacer la debida expresión en las hojas y certificaciones que por dicho Registro se expidan.

Art. 9.º Transcurridos diez años, a contar desde la notificación de la sentencia firme, sin que el reo hubiese incurrido en responsabilidad criminal por otro delito, lo cual se acreditará por medio de certificaciones con relación a los Registros de la Audiencia y al de Penados del Ministerio, declarará el Tribunal sentenciador prescrita la pena, comunicándolo al Ministerio de Gracia y Justicia para que se pongan las notas oportunas en el Registro Central, y haciéndolo saber al interesado.

Art. 10. Contra el uso que los Tribunales hagan de la facultad discrecional que esta ley les concede no se dará recurso alguno.

Madrid, 8 de enero de 1900.—El Ministro de Gracia y Justicia,
LUIS MARÍA DE LA TORRE.

VII

APENDICE II

PROYECTO DE LEY FIJANDO REGLAS PARA EL ABONO DEL TIEMPO DE PRISION PREVENTIVA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA [*]

REAL DECRETO

De acuerdo con el Consejo de Ministros; en nombre de Mi Augusto Hijo el REY D. Alfonso XIII, y como REINA Regente del Reino,

Vengo en autorizar al Ministro de Gracia y Justicia para que pre-

(*) *Gaceta de Madrid*, Año CCXXXIX, núm. 10, miércoles 10 de enero de 1900, tomo I, pág. 110.

sente a las Cortes un Proyecto de ley que fije reglas para el abono del tiempo de prisión preventiva en el cumplimiento de la condena.

Dado en Palacio a ocho de enero de mil novecientos.

MARIA CRISTINA

El Ministro de Gracia y Justicia,

LUIS MARÍA DE LA TORRE

A LAS CORTES

El Real decreto de 9 de octubre de 1853 sobre abono de la prisión preventiva para el cumplimiento de las respectivas condenas está denunciado por la opinión unánime de los hombres de ley como anacrónico y deficiente.

Anterior con mucho al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento criminal hoy vigentes, ni siquiera coincide en la nomenclatura con estas leyes, y adolece además de un rigor que lamentan a menudo los mismos Tribunales encargados de su aplicación.

No parece ésta ocasión de discutir si la facultad de acordar la prisión provisional que corresponde a la jurisdicción instructora se halla o no regulada acertadamente en nuestros procedimientos. De tal asunto deberá tratarse cuando se someta a estudio su reforma. Entre tanto, puesto que cabe poner, desde luego, remedio a lo que con insistencia se señala como defectuoso, el Ministro que suscribe estima que le corresponde someter a la deliberación de las Cortes nuevas reglas que, sin perjudicar al interés de la sociedad ni a otro alguno de los que custodian los Tribunales, modifiquen en un sentido de mayor benignidad la Real disposición y hagan su aplicación más equitativa.

El criterio adoptado para conseguirlo es el que recomienda el natural temor a toda innovación exagerada. En los delitos castigados con penas correccionales se estima justo que el abono de la prisión preventiva sea total. Ni la alarma que aquéllos producen es grande, ni parece tolerable que, por asegurar la persona del culpable presunto, sufra quizá un castigo superior al que en la condena se impone, y anticipadamente a la propia condena. Pero en las penas afflictivas establecidas para hechos de mayor trascendencia y que revelan gran perversidad en el agente, el abono total llevaría la inquietud al seno de la sociedad, que habría de considerarse poco garantida contra tales enemigos. En ese caso, el abono de la mitad del tiempo que el culpable hubiera permanecido preso satisface igualmente a la equidad y a la seguridad pública. En cambio, resultaría un peligro y un serio motivo de alarma si se aplicara el abono, ni aun parcialmente, a los culpables de aquellos hechos que castiga el Código con las sanciones más graves.

No es hoy para olvidado que la observancia de estas nuevas reglas producirá algún ahorro en el sostenimiento de nuestras cárceles.

Por las consideraciones que preceden, el Ministro que suscribe, autorizado por S. M. y de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene la honra de someter a la aprobación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º A los reos que fueren condenados a penas correccionales se les abonará, para el cumplimiento de sus condenas, todo el tiempo de prisión preventiva que hubieren sufrido durante el proceso.

A los que hubieren sido condenados a penas afflictivas les servirá de abono, para su cumplimiento, la mitad del tiempo que hubieren estado preventivamente presos, quedando a su favor cualquiera fracción de tiempo que resulte de la rebaja.

Art. 2.º La disposición del primer párrafo del artículo anterior es aplicable a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para el pago de la multa como pena única, o como conjunta de cualquiera de las que en el mismo se mencionan.

Art. 3.º No podrán gozar del beneficio que otorga la presente ley :

1.º Los reincidentes.

2.º Los que con anterioridad hubieren sido condenados ejecutoriamente a pena igual o superior a la que nuevamente se les imponga, a no ser que una u otra de las dos penas aplicadas lo hayan sido por imprudencia temeraria o con infracción de reglamentos.

3.º Los que fueren condenados a pena superior a la de reclusión temporal, según la escala general del artículo 26 del Código.

4.º Los reos de robo con violencia o intimidación en las personas o en casa habitada o edificio de los mencionados en el artículo 521 del Código, cualquiera que sea su cuantía, o en lugar no habitado cuando el valor de lo robado exceda de 25 pesetas.

5.º Los reos de hurto y estafa por valor superior a 100 pesetas.

6.º Los reos de hurto comprendidos en los números 1.º y 2.º del artículo 533 del Código penal, cualquiera que sea el valor de la cosa sustraída.

Art. 4.º Los Tribunales harán aplicación de las anteriores prescripciones en la parte dispositiva de las sentencias que dicten, y los funcionarios del Ministerio fiscal las tendrán en cuenta para solicitar en sus conclusiones acerca de este extremo lo que sea procedente.

Madrid, 8 de enero de 1900.—El Ministro de Gracia y Justicia,
LUIS MARÍA DE LA TORRE.

Algunas notas acerca del Código penal de Costa Rica

JORGE ENRIQUE ROMERO PEKEZ

Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

A JOSE LEON SANCHEZ

ex presidiario y escritor costarricense

SUMARIO SINOPTICO

I. Introducción.—II. La legislación penal costarricense.—A. Un poco de historia. B. Necesidad de una nueva codificación. C. Algunas normas constitucionales en materia penal. D. Código Penal Tipo Latinoamericano (su influencia en nuestra legislación). E. Parte General del Código penal: Ley penal.—III. Parte Especial del Código penal: Delitos.—IV. Contravenciones.—V. Disposiciones finales del Código penal.—VI. Comentarios generales: A. Instituto de Criminología. B. Sistema penitenciario nacional. C. Defensores públicos. D. Clínicas jurídicas. E. Servicio social obligatorio.—VII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCION

A raíz de los delitos llamados «políticos», de los drogadictos, de las nuevas formas de conducta desviada del patrón establecido como el deber ser de la acción de los individuos (*anomia*), la irrupción de los especialistas en Ciencias Sociales en el campo penal y parapenal, de las guerrillas urbanas, de las guerrillas rurales, etc., una serie de sectores de las sociedades latinoamericanas han manifestado un creciente y serio interés por adecuar la ley a estos novedosos momentos por los que pasa esta parte del Orbe.

Este interés y esta preocupación ha calado muy hondo en la conciencia de los profesores de Derecho penal de las Universidades latinoamericanas. Concretamente, el Código Penal Tipo Latinoamericano es una creación del cuerpo docente criminal de la América Latina. Dos personas de altos vuelos en estas materias, D. Sebastián Soler y el recordado maestro D. Luis Jiménez de Asúa, constituyeron los dirigentes intelectuales, humanos y espirituales, de esta corriente

por edificar un cuerpo de leyes penales conforme a los vientos que soplan por las tierras de la América Ibérica.

El fallecimiento del maestro Jiménez de Asúa, ocurrido el 16 de noviembre de 1970, en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, a la edad de ochenta y un años, priva al mundo de los penalistas de una de sus figuras de mayor calibre intelectual y moral. La confección, en su Parte General, del Código Penal Tipo Latinoamericano, se debe en gran parte al entusiasmo y a la capacidad técnica de D. Luis Jiménez.

En la redacción de este artículo ha influido notablemente el hecho de que quien lo confecciona no labora en el campo del Derecho penal. Esto se refleja en el transcurso de la lectura de este escrito. He tratado de superar, hasta donde me fue posible, esta deficiencia en mi formación intelectual. La experiencia que he tenido, en el área del mundo del Derecho ha sido en lo concerniente a la contratación administrativa, sector en el que trabajé varios años en una dependencia del Gobierno de Costa Rica, denominada Contraloría General de la República, antes de incorporarme como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

He tenido la valiosa oportunidad de contar con el experto consejo e información del juez penal de mi país, el Licenciado D. Luis Paulino Mora, quien se encuentra en Madrid efectuando los estudios de Doctorado en Derecho, con el fin de obtener la colación del respectivo título académico. Le agradezco mucho su amabilidad en facilitarme la información que le solicité y los criterios que me expuso. Por supuesto, que el único responsable de las opiniones escritas en este ensayo es el autor.

Agradezco profundamente al maestro Dr. José Antón Oneca la importante oportunidad que me ha brindado de publicar estas sencillas palabras acerca de un Código penal de una de las naciones más pequeñas de América: Costa Rica. País ubicado en América Central, con una población de un millón novecientos mil habitantes y una extensión territorial de 50.000 kilómetros cuadrados.

He tenido la valiosa y grata oportunidad de haber cursado la asignatura monográfica *Penas y medidas de seguridad*, impartida por el maestro Dr. José Antón Oneca, en la Universidad Complutense de Madrid en el Curso del Doctorado.

Tal materia la cursé en el año lectivo 1971-1972. Como parte de los requisitos escolares para obtener la aprobación del curso era menester presentar una ponencia acerca de un tema relacionado con el Derecho penal. En vista de que en nuestro país se había aprobado hace poco un nuevo Código penal y que se están dando una serie de transformaciones en este campo, consideré oportuno elaborar mi ponencia acerca de estos hechos. La nota relevante de los mismos está dada por la circunstancia de que este nuevo Código penal nuestro se ha confeccionado en concordancia con las ideas manifestadas expresamente en el Código Penal Tipo Latinoamericano, y que el Código penal costarricense asimila en su *Parte General*. Por lo que atañe a

su *Parte Especial*, la misma se construyó teniendo como referencia el Proyecto de Código penal para Guatemala, confeccionado por don Sebastián Soler.

De lo que se trata de indicar en el articulado de este Código es su finalidad de ser moderno y eficaz en la sociedad de Costa Rica del aquí y del ahora, con una clara proyección hacia el futuro.

II. LA LEGISLACION PENAL COSTARRICENSE

A. UN POCO DE HISTORIA

El 4 de mayo de 1970 se promulgó en Costa Rica el nuevo Código penal. Meses después, la Asamblea Legislativa emitió un Decreto-Ley número 4.589, de 10 de enero de 1971, cuyo único artículo expresó:

«Este Código (penal) regirá un año después de publicado».

Por tanto, de acuerdo con este artículo, fue a partir del 10 de enero de 1971 que se estipula que el plazo a partir del cual entra en vigencia, será luego de transcurrido un año de su publicación en el Diario Oficial, llamado «La Gaceta». Esta publicación se efectuó el domingo 15 de noviembre de 1970, en el Alcance número 120 A del mencionado periódico, Año XCII, N.º 257, editado por la Imprenta Nacional del Estado. Con ello, tenemos que entró en vigor a partir de noviembre de 1971.

B. NECESIDAD DE UNA NUEVA CODIFICACIÓN

En toda América latina se venía sintiendo la necesidad urgente de contar con una legislación penal o criminal, adaptada a los requerimientos de la época histórica contemporánea. Las reuniones de profesores de Derecho penal, en varias partes de este Continente, con el fin de darle forma a un «Código Penal Tipo Latinoamericano» (C. P. T. L.), respondía a ese estado de cosas.

Ha contribuido en forma notable el desarrollo de las Ciencias Sociales (Antropología, Sociología y Psicología) o Ciencias del Hombre, a la concepción de un Derecho penal moderno y capaz de darle contestación a las preguntas que plantea el objeto de esta rama del Derecho.

Lo urgente de la situación ha hecho que para resolverla, se confeccionen cuadros de expertos, que incluyen —entre otros campos—, la medicina las ciencias sociales, el Derecho.

Nuestro país, por supuesto, también ha sentido los embates de la problemática penal o criminal.

Los sectores inmediatamente ligados al campo penal siempre demostraron una preocupación tenaz ante estos problemas. Indiscutiblemente, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica ha jugado un papel altamente meritorio en esta labor de «ponerse al

día» en materia penal, como también lo ha hecho y lo hace en las restantes zonas de la vida jurídica del país.

C. ALGUNAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL

La Constitución política de Costa Rica, que rige nuestro país, es la de 7 de noviembre de 1947. Refleja la ideología que está presente en la «Declaración de los derechos del hombre» de la Revolución Francesa y la de los que hicieron posible el nacimiento de los Estados Unidos de América.

Haremos una rápida enunciación de algunos principios constitucionales. Ellos son, a manera de ejemplo:

- a) El sistema político es democrático.
- b) El poder político se encuentra dividido en la clásica fragmentación de Montesquieu: Ejecutivo, Legislativo y Jurisdiccional o Judicial.
- c) El poder político reside en el pueblo, quien lo ejerce por medio del sufragio universal, directo y en primer grado.
- d) El ejército está prohibido.
- e) Los funcionarios públicos tienen responsabilidad penal y civil.
- f) Respeto pleno al ejercicio de los derechos y garantías individuales y sociales.
- g) Prohibición del efecto retroactivo de la ley.
- h) Prohibición de la formación de tribunales *ad hoc*.
- i) Prohibición de efectuar detenciones arbitrarias o ilegales.
- j) Prohibición de infringir castigos crueles o degradantes.
- k) Prohibición de que un mismo juez lo sea en dos o más instancias.
- l) Prohibición de que una persona sea juzgada más de una vez por el mismo hecho punible.

ll) Toda persona tiene pleno derecho a ejercer de manera directa y simple los recursos de «habeas corpus», cuando se considere ilegítimamente privada de su libertad; y, de amparo para proteger sus garantías y derechos individuales y sociales.

D. CÓDIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO (C. P. T. L.)

(Su influencia en nuestra legislación)

Este Código constituye un esfuerzo de parte de los profesores de Derecho penal de la América latina.

Es una idea arraigada la de los países al sur del Río Bravo, tener una legislación penal uniforme y moderna con el fin de presentar una solución jurídica adecuada a estos momentos cruciales por los que atraviesa la América, desde México hasta la Patagonia.

Los maestros Sebastián Soler y el recordado Luis Jiménez Asúa, han sido los orientadores e ideólogos de este Código Penal Tipo Latinoamericano.

Nuestro país cuenta con un penalista, que merece citarse como figura profundamente preocupada en nuestros medios, por construir una legislación apta para el momento de hoy.

Nos referimos al Dr. Guillermo Padilla Castro, quien ha sido asiduo asistente y colaborador de las comisiones integrantes de los grupos destinados a la confección del Código Penal Tipo Latinoamericano. Precisamente, es este penalista quien nos dice que, «desde hace varios años, y en forma ajena a toda influencia gubernamental, se ha venido reuniendo en varias capitales de nuestro continente un grupo de técnicos, en su mayoría profesores universitarios, que se ha propuesto establecer las bases de un Código Penal Tipo para Latinoamérica; su labor está terminada en cuanto a su parte general, que es la más importante. Sin copiar servilmente el modelo, lo hemos adaptado a nuestras características propias (las de Costa Rica), ya que desde el punto de vista técnico es una obra de indiscutible valor... De los integrantes de esa Comisión (la encargada de elaborar el Código Penal Tipo Latinoamericano), don Luis Jiménez de Asúa, el gran maestro español, y don Sebastián Soler, cuya autoridad en esta materia es conocida, han presentado respectivamente dos proyectos, uno para Venezuela y otro para Guatemala; en ellos están claramente indicadas las tendencias doctrinales respectivas y su propia experiencia en este campo; estos textos nos han servido asimismo de orientación (1).

E. PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Este nuevo Código se encuentra dividido en tres partes :

- A) Ley penal.
- B) Delitos.
- C) Contravenciones.

La parte A (ley penal), se divide en cinco secciones, y constituye el Libro Primero del Código.

Esas cinco secciones son: a) Normas preliminares. b) Aplicación en el espacio. c) Aplicación en el tiempo. d) Las personas. e) La materia.

a) Las *Normas preliminares*, a su vez, se subdividen en tres aspectos:

- i) principio de tipicidad o de legalidad,
- ii) prohibición de figuras analógicas, y
- iii) valor supletorio del Código penal.

b) *Aplicación en el espacio*.

Algo novedoso en este Código es lo que se encuentra cristalizado en el artículo 7 del mismo, en donde se sanciona no sólo la piratería, sino todo tipo de delitos internacionales. Ha sido tomado del artículo del anteproyecto del Código penal para Venezuela de 1967, redactado

(1) PADILLA CASTRO, Guillermo: *Exposición de motivos del Código penal de Costa Rica*. (Alcalce N.º 120 a «La Gaceta» N.º 257 de 15 de noviembre de 1970. Imprenta Nacional del Estado, 1970, pág. 7. San José. Costa Rica).

por don Luis Jiménez de Asúa y de don José Agustín Méndez, Vice-presidente de la Corte Suprema de Justicia de este país, y ambos integrantes de la Comisión Redactora del C. P. T. L. Se le agregó esto a este artículo 5.º citado; el ámbito de la ley se extiende a «quienes cometan hechos punibles contra los derechos humanos, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica», lo cual ha requerido especificarlos en su correspondiente Título en la Parte Especial de nuestro Código.

Se hizo este añadido, en parte, por una serie de muestras de segregación y represión «racial» (realmente debe hablarse de grupos humanos y no de razas, como lo hace la moderna Antropología), contra judíos y negros. En nuestro país también se da la segregación contra estos grupos humanos (judíos y negros), ya sea en formas sutiles o en forma directa y manifiesta. Realmente, hace pocos años, en Costa Rica sucedieron varios hechos sociales que pusieron al desnudo una segregación y marginación de estos grupos humanos indicados, que desde hace décadas se venía dando en el país. Quizá el origen de esta situación se pueda intentar explicar por *estas consideraciones, que hago a modo de hipótesis y que requieren su comprobación empírica, por medio de los correspondientes método de investigación social y antropológica*. Ellas son las siguientes:

Primera.—Los negros fueron traídos al país como esclavos, como mano de obra esclava para trabajos duros en zonas insalubres (regla, salvo excepciones). Los grupos que trajeron esta mano de obra fueron ingleses, norteamericanos y nacionales, entre otros.

Segunda.—Por razones de diversa índole (que ameritan un estudio de campo adecuado), los negros están en mayor proporción en una provincia, llamada Limón, que fue adonde por primera vez se les trajo a desempeñar labores arduas. De hecho, podría considerarse un *ghetto* (lo digo a manera de hipótesis).

Tercera.—Por regla general, los negros desempeñaron y desempeñan labores de bajo nivel salarial, de bajo nivel de prestigio social, de bajo nivel de estima individual, de bajo nivel de poder político, de bajo nivel de poder económico; en suma, pueden —tal vez— identificarse como la clase baja y la clase media inferior.

Cuarta.—Existe una ideología (2) que justifica y fortalece la aplicación del estereotipo y el prejuicio (3) contra los negros y los judíos, en Costa Rica (hipótesis).

(2) *Ideología*: Se habla de este término «cuando se examinan los puntos de vista que sirven para buscar una explicación racional a los intereses creados de algún grupo. Con mucha frecuencia, tales puntos de vista deforman la realidad social sistemáticamente». En «cada caso, la ideología justifica las acciones del grupo cuyos intereses creados sirve, e interpreta al mismo tiempo la realidad social de manera que la justificación resulte plausible». BERGER, Peter: *Introducción a la sociología* (Limusa Wiley, S. A. México, 1967, págs. 64 y 158).

(3) *Prejuicio*: Se emplea este concepto para designar un conjunto de actitudes que provocan, favorecen o justifican medidas de discriminación. Estas medidas constituyen un modo de comportamiento observable, por lo

Quinta.—Parte de ese espejismo social, que configura una sociedad democrática e igualitaria, consiste en el postulado —a nivel jurídico constitucional— de que «se es igual ante la ley» y de que «se vive en un sistema democrático» y, su contraste con la realidad cotidiana. El mecanismo distorsionador de la realidad social actúa cuando los individuos acomodan esta realidad al postulado ideológico, de naturaleza jurídica, de que «vive en un sistema democrático e igualitario», enpenándose en afirmar (ellos) la igualdad humana —en un plano verbal— y actuando socialmente en contradicción con tal proclamación de igualdad. Esto se da en Costa Rica (hipótesis).

Sexta.—Con relación a los *judíos*, la situación es un poco distinta en este sentido. Los judíos no llegaron a nuestro país como esclavos, sino como agricultores. Efectivamente, hace unas décadas un Presidente de la República les permitió la entrada a Costa Rica mediante una ley que estipulaba que vendrían a trabajar en faenas agrícolas. La situación fue que, debido a su especialización en el sector de industria y comercio, los judíos se adentraron en estos campos y actualmente, un porcentaje de ellos, ocupa una posición social elevada. Se pueden identificar más en la clase alta y en la clase media superior (hipótesis).

Séptima.—El *estereotipo* y el *prejuicio* contra los *judíos* ya no es de «sucio», «haragán», «delincuente», que se emplea contra el *negro*, sino el ya conocido de «comerciante inextrucupuloso», «estafador» y «ladrón» (hipótesis).

Octava.—El *prejuicio* y el *estereotipo* se emplea de formas sutiles, encubiertas y, también, de modo directo y manifiesto. En la práctica así ocurre (hipótesis).

Le he dedicado algunas líneas a estas observaciones por la sencilla razón de que en Costa Rica se ha difundido mucho el mito de que somos una sociedad democrática e igualitaria y se ha caído en la «alucinación» de creer que porque la ley dice que todos somos iguales ante ella y de que constituimos un régimen democrático, ya por ese sólo hecho, efectivamente, la realidad social se comporta al compás de las estipulaciones legales. Por ello, llamó mucho la atención unas denuncias que se hicieron públicas, de actos de discriminación contra judíos y contra negros. Incluso, la situación se tornó tan llamativa que diputados de la Asamblea Legislativa se preocuparon del asunto, a tal grado, que por Ley número 4.123 se le agregó al artículo 33 de la Constitución Política este párrafo:

«... y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana».

De esta manera, quedó así el artículo 33:

«Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana».

que es útil estudiarlas). ROSE, Arnold: *El origen de los prejuicios* (Humanitas. Buenos Aires, Argentina, 1971, pág. 19).

Esta reforma constitucional fue publicada en «La Gaceta» de 4 de junio de 1968, número 127.

c) *Aplicación en el tiempo.*

Hacemos resaltar lo indicado en el *artículo 14*, en lo relativo a la necesidad de que se juzguen los hechos cometidos durante la vigencia de una ley temporal, de conformidad con sus términos.

d) *Aplicación a las personas.*

La ley penal se aplica a todos los habitantes del país, salvo, por supuesto, a los Jefes de Estado extranjeros y los diplomáticos.

e) *Aplicación por materia.*

Son sustraídos a la ley penal, de acuerdo a su materia, los menores de diecisiete años, a los cuales se les otorga un *status* de amparo y de tutela. En los que se refiere a aquellos que se encuentran en edades comprendidas entre los diecisiete años y menos de veintiuno, se le concede al juez la facultad de aplicar las medidas de seguridad que considere más convenientes de acuerdo con el informe del Instituto de Criminología.

F. HECHO PUNIBLE

Este hecho se da por acción u omisión voluntaria querida por el sujeto activo.

El hecho punible se estipula de acuerdo a :

- Tiempo.
- Forma.
- Lugar.

— *Tiempo.*—Este aspecto tiene una gran relevancia para efectos de determinar la posible ley aplicable al hecho, referida a la conducta del sujeto activo. Por ejemplo, vemos como en materia de medidas de seguridad, la prescripción no se da.

— *Forma.*—Esto se refiere al modo de darse la acción o la omisión delictuosa o culposa.

— *Lugar.*—Salvo en lo referente al orden en que están situados los tres artículos relativos al hecho punible, se siguen casi textualmente las recomendaciones del C. P. T. L., adoptadas en la reunión de Santiago de Chile.

G. TENTATIVA

El artículo 24 regula la tentativa. Aquí se adoptó una recomendación de la Comisión Redactora del C. P. T. L., reunida en Lima, durante los días 3 al 13 de abril de 1967.

H. HABITUALIDAD

El *artículo 40* señala que «será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero

por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomarán en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales».

I. REINCIDENCIA

Es el *artículo 39* el que define al reincidente en estos términos: «es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición».

J. PROFESIONALIDAD

«Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir. Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del juez». (Artículo 41.)

K. PENAS

Se puede indicar aquí dos cosas importantes:

Una: No existe la pena de muerte.

Otra: No hay penas privativas de libertad superiores a veinticinco años.

a) *Clases de penas.*

Dos son las clases de penas:

Primera.—Principales (prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación).

Segunda.—Accesorias (inhabilitación especial). (Artículo 50.)

b) *Prisión y medidas de seguridad.*

El artículo 51 señala que «la pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de veinticinco años».

c) *Extrañamiento.*

«La pena de extrañamiento, aplicable únicamente a extranjeros, consiste en la expulsión del territorio de la República, con prohibición de regresar a él, durante el tiempo de la condena. Se extiende de seis meses a diez años». (Artículo 52.)

d) *Multa.*

«La multa obliga al condenado a pagar a la institución que la ley designe, dentro de los quince días siguientes a la sentencia ejecutoria, una suma de dinero que se fijará en días multa. El importe del día multa se determinará de acuerdo con la situación económica del con-

denado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el juez considere apropiados. Si el condenado viviere exclusivamente de su trabajo, el día multa no podrá exceder del monto de su salario diario. El límite máximo es de trescientos sesenta días de multa».

Los *días-multa* es una de las sanciones penales más controvertidas en el Derecho penal, pues afecta económicamente al sujeto. Antón Oneca, en su curso de Doctorado del año 1971-1972, hacía notar que esta institución no resuelve el problema esencial de sancionar al sujeto para evitar que volviese a delinquir, ya que aunque se acepte que la multa o los días multa, se cobren de acuerdo a la capacidad económica del sujeto, también lo es que ello no evita, ni mucho menos, que el mismo vuelva a delinquir y, además, no tiene esta sanción función ejemplarizante y de formación de una conciencia rehabilitadora para el delincuente; ello se matiza, también, con el hipotético hecho de la imposición de días-multa a personas de muy altos ingresos económicos, para quienes el mero pago de dinero por delitos cometidos por ellos, probablemente, carece de algún valor sancionatorio con vistas a la formación de esa conciencia ejemplar de (por convicción) no volver a cometer delitos en el futuro. Observaciones similares hace Rodríguez Devesa (4) y Padilla Castro (5).

e) *Inhabilitación absoluta.*

Esta inhabilitación, se «extiende de seis meses a doce años», produciendo al condenado:

- pérdida de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerciere, inclusive el de elección popular;
- incapacidad para obtener los cargos, empleos o comisiones públicas mencionadas;
- privación de los derechos políticos activos y pasivos;
- incapacidad para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad que desempeñe, e
- incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela, curatela o administración judicial de bienes (art. 57).

f) *Inhabilitación especial.*

La duración de esta inhabilitación será la misma que la inhabilitación absoluta, y consiste en la «privación o restricción de uno o más de los derechos o funciones a que se refiere el numeral anterior» (art. 58).

(4) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español* (Gráficas Carasa. Madrid, 1971. España. Parte General, 2.^a ed., págs. 736 a 739).

(5) PADILLA CASTRO: *Supra*, nota (1), págs. 25 y 26: «una de las penas que más se ha criticado es la de multa con mucha razón: no significa nada para el infractor que goza de amplios medios económicos; y, al contrario, es sumamente gravosa para el que no los tiene».

I.. CAUSAS QUE EXTINGUEN LA ACCIÓN PENAL Y LA PENA

A esto hace alusión el artículo 80, de la siguiente forma :

«La acción penal y la pena se extinguen :

- por la muerte del imputado en lo que a él respecta y la del condenado en toda clase de penas;
- por el perdón del ofendido en los delitos de acción privada;
- por la prescripción;
- por la amnistía;
- por el indulto;
- por la rehabilitación, y
- por el perdón judicial».

LL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal prescribe en estos casos :

- «— a los quince años si al hecho punible corresponde pena de prisión, extrañamiento o interdicción de derechos, cuyo extremo mayor exceda de quince años;
- después de transcurrido un tiempo igual al extremo mayor de la sanción establecida para el hecho punible, pero que no podrá exceder de doce años ni bajar de dos, cuando aquél tenga pena señalada que no exceda de quince años y se trate de prisión, extrañamiento o interdicción de derechos;
- en dos cuando se trate de delitos sancionados con días-multa;
- en un año en los delitos de acción privada, y
- en ocho meses si se trata de contravenciones» (art. 82).

M. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

La pena prescribe :

- «— en un tiempo igual al de la condena, más un tercio, sin que pueda exceder de veinticinco años ni bajar de tres, si fuere prisión, extrañamiento o interdicción de derechos;
- en tres años, tratándose de días-multa impuesta como consecuencia de delitos, y
- en un año si se tratare de contravenciones» (art. 84).

N. MOMENTO A PARTIR DEL CUAL CORRE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la pena empieza a correr «desde el día en que la sentencia quede firme o desde que se revoque la condena de ejecución condicional o la libertad condicional, o desde que deba empezar a cumplirse la pena después de compurgada otra anterior o desde el quebrantamiento de la condena» (art. 86).

O. MEDIDAS DE SEGURIDAD

Señala Padilla Castro que las «medidas de seguridad» surgieron en el Derecho penal como consecuencia de la llamada crisis de la pena, debida a la ineficacia que tiene para llenar los objetivos individuales y

sociales propios de todo régimen rehabilitador del ser humano... Las modernas tendencias en materia correccional, concretadas en las medidas de seguridad tienden a educar, no a vengarse del delincuente por su atentado contra el orden social; de reincorporarlo al medio (socio-cultural) como último objetivo y, de ser esto imposible, segregarlo en tanto mantenga sus características de peligrosidad; nacieron en el Código penal suizo de 1893, obra del criminalista Stoos».

«Dos son sus aspectos más importantes: al contrario de las penas que se fijan en plazos fijos, son, en principio, indeterminadas y duran en tanto el delincuente las necesite. Además, son infringibles también a los llamados inimputables, en tanto que el sistema que aplica penas, se desentendía de ellos» (*Op. cit.*, pág. 31).

«Hay un punto —dice Padilla Castro— en que coinciden y es que ambas, penas y medidas de seguridad, son igualmente afflictivas, ya que conllevan la necesaria privación de la libertad».

«Tienen además —continúa este profesor—, un sentido estrictamente jurídico, pues al igual que las penas son aplicadas por el juez con motivo de un hecho delictuoso, acatando disposiciones concretas de la ley».

Efectivamente, se tiene «que estos principios fueron los que inspiraron a la Comisión Centroamericana para fijar las bases de su ponencia en la Cuarta Reunión de la Reunión Redactora del Código Penal Tipo, que tuvo lugar en Caracas, en febrero de 1969, y que fue aprobada con ligeras modificaciones, más bien de forma» (Padilla Castro, *Op. cit.*, pág. 31).

a) *Principio de legalidad aplicado a las medidas de seguridad.*

Las medidas de seguridad se aplicarán «solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando el informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelva a delinquir» (art. 97).

b) *Aplicación obligatoria de la medida de seguridad.*

Obligatoriamente el juez impondrá la correspondiente medida de seguridad en los siguientes casos:

- «— cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;
- cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;
- cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;
- cuando cumplida la pena, el juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;
- cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;
- cuando la prostitución, el homosexuismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo, y

— en los demás casos expresamente señalados en este Código» (art. 98).

c) *Aplicación de las medidas de seguridad a mayores de dieciocho años y menores de veintiún años.*

El juez podrá también aplicar medidas de seguridad a «los mayores de dieciocho y menos de veintiún años cuando, de acuerdo con el informe del Instituto de Criminología, éstas puedan contribuir a su readaptación» (art. 99).

d) *Duración de las medidas de seguridad.*

Las medidas curativas de seguridad son de «duración indeterminada; las de internación no podrán exceder de veinticinco años y las de vigilancia no serán superiores a diez años; estas dos últimas medidas prescribirán en veinticinco años».

«Cada dos años el Tribunal se pronunciará sobre el mantenimiento, la modificación o la cesación de la medida de seguridad impuesta, sin perjuicio de hacerlo en cualquier momento, mediante informes del Instituto de Criminología».

«Las medidas de seguridad no se extinguen por amnistía ni por indulto».

«Tampoco pueden suspenderse condicionalmente. El quebrantamiento de una medida de seguridad, implica la posibilidad de que se reanude el tratamiento a que estaba sometido el sujeto» (art. 100).

e) *Clases de medidas de seguridad.*

Las medidas de seguridad son de tres tipos:

- Curativas.
- De internación.
- De vigilancia (art. 101, párrafo primero).

1) *Medidas curativas:*

- el ingreso en un hospital psiquiátrico, y
- el ingreso a establecimiento de tratamiento especial y educativo (art. 101, párrafo segundo).

2) *Medidas de internación:*

- el ingreso en una colonia agrícola, y
- el ingreso en establecimientos de trabajo (art. 101, párrafo tercero).

3) *Medidas de vigilancia:*

- la libertad vigilada;
- la prohibición de residir en determinado lugar, y
- la prohibición de frecuentar determinados lugares (art. 101, párrafo cuarto).

P. CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE

Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil que será determinada en sentencia condenatoria, «ésta ordenará:

- la restitución de las cosas o, en su defecto, el pago del respectivo valor;
- la reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros, y
- el comiso (art. 103).

a) *Sentencia condenatoria dictada por tribunales extranjeros.*

Con excepción de lo dispuesto en el artículo 9.º de este Código (que dice: «No tendrán el valor de cosa juzgada las sentencias penales extranjeras que se pronuncien sobre los delitos señalados en los artículos 4.º —la ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica...—, y 5.º —se aplicará también la ley penal costarricense a los hechos punibles cometidos en el extranjero, cuando atentaren contra la seguridad interior o exterior del Estado, lo mismo que contra su economía, y cuando sean cometidos contra la Administración pública, por funcionarios al servicio de ella, sean o no costarricenses—; sin embargo, a la pena o a la parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias, se abonará la que se impusiere de conformidad con la ley nacional, si ambas son de similar naturaleza y, si no lo son, se atenuará prudentemente aquélla»), la sentencia condenatoria dictada por Tribunales extranjeros producirá en Costa Rica todos sus efectos civiles los que se regirán por la ley nacional (art. 109, párrafo segundo).

Esta disposición es nueva en nuestro Código penal.

b) *Comiso.*

El delito produce la pérdida en favor del Estado de «los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros» (art. 110).

Q. OBSERVACIÓN NECESARIA

Con el punto P) (consecuencias civiles del hecho punible), finaliza la parte general del Código penal, que abarca el Libro Primero del mismo y se refiere a la Ley penal.

Es preciso hacer notar que la parte que se tomó del Código Penal Tipo para Latinoamérica fue la *General*, que es la que se encuentra elaborada en ese Código tipo. Eso significa que la parte *Especial* del Código penal costarricense no es asimilada del citado Código tipo. Al contrario, puede afirmarse que desde hace casi medio siglo la parte especial del Código penal de Costa Rica ha sido la misma. Muy

ligeras variantes se operaron en 1941, pero la estructura, tomada del Código penal argentino de 1922, criticado hasta la saciedad por unos y defendido por muy pocos, se mantiene intacta... En el proyecto seguimos el mismo ordenamiento del anterior Código, comenzando con los delitos contra las personas y terminando con los relativos a la fe pública. En líneas generales seguimos el Proyecto Soler para Guatemala» (Padilla Castro, *Op. cit.*, pág. 32).

III. PARTE ESPECIAL DEL CODIGO PENAL

Delitos:

A) *Delitos contra la vida.*

Abarca los artículos 111 a 144.

Toma —entre otros— las figuras del: aborto, lesiones duelo, riña y agresión, y abandono de personas.

B) *Delitos contra el honor.*

Comprende los artículos 145 a 155.

Son sancionados con más rigor que el que se indicaba en el anterior Código penal de 1941.

C) *Delitos sexuales.*

Están ubicados en el Código, de los artículos 156 al 175.

Se mantiene el carácter de acción privada que debe tener el hecho pero cuando se perdona, tiene que ajustarse esa medida a la aquiescencia del Patronato de la Infancia (institución que vela por los menores de edad).

D) *Delitos contra la familia.*

Los artículos que se refieren a ello están del numeral 176 al 188.

Comprende los siguientes aspectos:

- Matrimonios ilegales.
- Atentados contra el estado civil.
- Sustracción de menor o incapaz.
- Incumplimiento de deberes familiares.

E) *Delitos contra la libertad.*

Están reflejados en los artículos 189 al 195.

Abarca estos aspectos:

- Delitos contra la libertad individual.
- Delitos contra la libertad de determinación.

F) *Delitos contra el ámbito de intimidad.*

Están cristalizados en los artículos 196 a 207.

Refiérense a los siguientes campos:

- Violación de secretos.
- Violación de domicilio.
- Turbación de actos religiosos y profanaciones.

G) *Delitos contra la propiedad.*

Se observan en los artículos 208 a 230.

Estos artículos cubren estas figuras:

- Hurto.
- Robo.
- Extorsiones.
- Estafas y otras defraudaciones.
- Administración fraudulenta y apropiaciones indebidas.
- Usurpaciones.
- Daños.

a) *Merodeo.*

Cabe hacer aquí un señalamiento acerca de una ley que en Costa Rica se llamó *ley de merodeo*. Esta figura está tipificada en esta ley número 23 de 2 de julio de 1943. A la vez existió un Decreto Ejecutivo (que deben entenderse ya derogado por el presente Código penal), número 13, de 26 de enero de 1950, que inviste con el carácter de autoridades a los mandadores de fincas.

Esta ley merece un aparte especial de comentario, pues refleja un estado de cosas *nocivo* (juicio de valor) para el desarrollo del país. El artículo 1.º de esta ley decía que «En los delitos y faltas contra la agricultura salvo disposición en contrario, la tentativa se castigará como si el hecho se hubiera consumado y las penas señaladas por la ley se impondrán, sin distinción alguna, tanto a los autores y a los cómplices del delito o falta como a los que, con conocimiento de haberse perpetrado el hecho punible, encubrieren al delincuente en cualquier forma o lucraren con los efectos o productos del delito o falta o se aprovecharen de ellos, si cabe estimar racionalmente que debieron pensar que las cosas habían sido sustraídas».

Veamos ahora lo que decía el *artículo 3.º*: «Al reincidente específico, que haya sido condenado antes por delito o falta contra la agricultura, por la primera reincidencia se le impondrá la pena en el máximo y por la segunda y demás, en el extremo mayor».

Por su parte el *artículo 13* define el *merodeo* así: «Constituyen *merodeo* los hurtos de productos agrícolas, cualquiera que sea su naturaleza, o de enseres de fincas rústicas o huertas caseras».

Antes de hacer nuestro breve comentario citaremos las palabras de Padilla Castro acerca de este punto. Ellas son las que siguen: con relación a los delitos contra la propiedad «el problema más urgente que debíamos resolver es el referente a la supresión de la Ley de Merodeo que, por su drasticidad se ha venido significando como contraria a nuestro sentido democrático ya que priva, a quienes ella atrapa, de todos los beneficios de que gozan los demás in-

fractores, en forma tal, que tiene mayor ventaja quien comete un homicidio, que quien atenta contra las explotaciones agrícolas. Y esto es definitivamente injusto y aborrecible» (*Op. cit.*, pág. 35).

Es por tales consideraciones y en virtud de que Costa Rica es un «país eminentemente agrícola, que debe sancionarse fuertemente todo acto que en sí signifique inestabilidad o inseguridad para quien cultive la tierra. En esto estamos de acuerdo y por lo mismo pensamos que debe protegerse al agricultor. Por eso es lógico que esas figuras de hurto deben agravarse y las penas ser, en ciertos casos, especialmente severas. Dejamos al juez la posibilidad de llevarla hasta diez años y quizá ese extremo sea especialmente elevado, pero lo hacemos, convencidos de que la aplicarán los jueces sólo en casos de especial gravedad» (*Op. cit.*, pág. 35).

Esta ley de merodeo fue dictada fundamentalmente, por supuesto, para proteger a los capitalistas poseedores de terrenos. Como país con un sistema de propiedad privada, las leyes que se emiten son para proteger este sistema y permitir su afianzamiento y desarrollo. De aquí que la observación llana y simple de que, el Decreto legítima y defiende el sistema socio-económico en el cual nace, cobre matices polémicos tratándose de situaciones en las cuales, los grupos que tienen el poder político y económico de una sociedad, tratan a toda costa de disfrazar la función apologetica y legítimamente que cumple la norma jurídica en la sociedad, en la cual ellos son sus beneficiarios y usufructuadores directos e inmediatos.

Esta ley draconiana refleja nítidamente esa función de protección a los intereses de los capitalistas. La situación ha cambiado en el país, pues de una fase de prevalencia de la agricultura —cuando se emitió esta ley (1943) y el procedimiento de darle el carácter de autoridades públicas a los mandadores o encargados de administrar y vigilar las fincas por el Decreto del año 1950, anteriormente indicado—, se ha pasado a otra fase socio-económica en la cual la industria y el comercio tiene más auge que en relación con los años de la primera mitad del siglo xx. Esto señala un traslado del grupo de cacicutores hacia zonas más productivas de la actividad económica (industria, finanzas, comercio). Y con este traslado han moldeado las normas jurídicas a la proyección y afianzamiento de estas actividades económicas.

Es precisamente el artículo 209 del Código penal vigente el que ha venido a sustituir la comentada ley de merodeo, y lo ha hecho en los términos que copiamos:

Hurto agravado: «Se aplicará prisión de uno a diez años en los casos siguientes:

- 1) Cuando el hurto fuere sobre ganados, aves de corral, frutos, productos o elementos que se encuentren en uso para la explotación agropecuaria...».

Se puede hacer una somera comparación entre este artículo con su citado inciso y el artículo 14, incisos 4.º y 5.º de la derogada ley de merodeo. Comparemos:

Artículo 209 del Código penal: Se aplicará prisión de uno a diez años cuando el hurto (agravado) fuere sobre ganados, aves de corral...

Artículo 14 de la Ley de Merodeo: Constituyen merodeo, también, los hurtos de ganado mayor o menor (inciso 4.º), de aves de corral (inciso 5.º) y sus productos.

Consideramos que el artículo 209, inciso 1) sigue siendo drástico y tiene una clara intención de protección a los caficultores y a los ganaderos.

H) *Delitos contra la buena fe en los negocios.*

Comprenden los artículos 231 a 238.

Abarca figuras como la quiebra fraudulenta, la quiebra culposa, la insolvencia fraudulenta la usura, el abiotaje, la explotación de incapaces.

I) *Delitos contra la confianza pública.*

Artículos 239 a 243.

También se refieren a la buena fe en los negocios, pero protege figuras específicas como el ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito, publicación y autorización de balances falsos, propaganda desleal, libramiento de cheques sin fondos.

J) *Delitos contra la seguridad común.*

a) *Incendios y otros estragos.*

Se refiere a las siguientes figuras: incendio y explosión, estrago, inutilización de defensas contra desastres, desastre culposo y fabricación o tenencia de materiales explosivos. Artículos 244 a 248.

b) *Delitos contra los medios de transporte y de comunicaciones.*

Artículos 249 a 255.

Las figuras que tipifica son: peligro de naufragio y desastre aéreo, creación de peligro para transportes terrestres, atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones, desastre por culpa, peligro de accidente culposo, entorpecimiento de servicios públicos y abandono de servicio de transporte.

c) *Piratería.*

Se observan en los artículos 256 a 258.

Tipifican estas figuras: piratería naval, piratería aérea. Esta última presenta ribetes interesantes a raíz del «signo de los tiempos» en que vivimos, pues, la piratería aérea «está de moda», ya sea con fines políticos o con fines de lucro puro y simple. Al momento, en mi país, han ocurrido dos hechos de estos, el primero de ellos llevó a los piratas del aire a Cuba y terminaron con éxito su operación de secuestro de la aeronave; el segundo hecho, terminó mal para los piratas, pues no llegaron a su meta, sino que en el aeropuerto internacional costarricense finalizaron sus actividades.

En virtud de la situación política del mundo, a este tipo de delito se le está prestando mucha atención por la forma alarmante con que se suceden los secuestros de aeronaves.

El artículo 258 señala que se aplicarán las mismas penas que las establecidas en los artículos 257 y 256. Al respecto cabe mencionar que el artículo 257 indica que «si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren causa de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o nave aérea atacado, la pena será de prisión no menor de diez años». Como se ve, se establece un límite inferior (diez años) y el límite superior serán los veinticinco años que indica el artículo 50 *in fine*.

K) *Delitos contra la salud pública.*

Artículos 259 a 270.

Tipifica estas figuras: Corrupción de sustancias alimenticias o medicinales, adulteración de otras sustancias, circulación de sustancias envenenadas o adulteradas, propagación de enfermedad, responsabilidad por culpa en los anteriores delitos, suministro infiel de medicamentos, suministro indebido de estupefacientes, formas agravadas de lo anterior, facilitación del consumo de estupefacientes o enervantes, violación de medidas sanitarias y violación de medidas para la prevención de epizootias o plagas vegetales y ejercicio ilegal de la medicina.

L) *Delitos contra la tranquilidad pública.*

Comprende los artículos 271 a 274.

Sus figuras son: Instigación pública, asociación ilícita, intimidación pública y apología del delito.

LL) *Delitos contra la seguridad de la Nación.*

Artículos 275 a 279.

a) *Traición.*

Comprende estas figuras: Traición simple, traición agravada, actos contra una potencia aliada, traición cometida por extranjeros, conspiración para cometer el delito de traición.

b) *Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.*

Artículos 280 a 289.

Sus figuras son: Actos hostiles, violación de tregua, violación de inmunidades, menosprecio de los símbolos de una nación extranjera, revelación de secretos, espionaje, intrusión, infidelidad diplomática, explotación indebida de riqueza nacional por extranjeros.

c) *Sabotaje.*

Artículos 290 y 291.

Tipifica dos casos: Violación de contratos relativos a la seguridad de la nación y daño en objeto de interés militar.

M) *Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.*

Artículos 292 a 296.

a) *Atentados políticos.*

Tipifican estos artículos estas situaciones: rebelión, propaganda contra el orden constitucional motín y menosprecio para los símbolos nacionales.

Quizá sea interesante hacer una observación aquí. Es esta la parte donde se defiende el sistema como tal. Los beneficiarios y grupos dominantes de la sociedad costarricense, en estos artículos expresan su deseo de proteger su sistema socio-económico. Es la defensa de su sistema democrático-liberal capitalista, la preocupación primordial de las *élites de poder* (Charles Wright Mills) de Costa Rica, en el sentido que les da este autor, al decir que puede ser considerada la *élite* como «miembros de un estrato social cimero, como una serie de grupos cuyos individuos se conocen entre sí, se relacionan entre sí en la vida social y en la vida de los negocios, y así, al tomar decisiones, se tienen en cuenta unos a otros. De acuerdo con esta concepción, la *élite* se considera a sí misma, y es considerada por los demás, como un círculo íntimo de las "altas clases sociales». Forman una entidad social y psicológica más o menos compacta, y tienen conciencia de pertenecer a una clase social. Las personas son admitidas o no en esa clase, y es una diferencia cualitativa, y no una escala numérica, lo que los separa de quienes no pertenecen a la *élite*. Tienen una conciencia más o menos de sí mismos como clase social y se conducen entre sí de un modo distinto a como se conducen con individuos de otras clases. Se aceptan unos a otros, se comprenden entre sí, se casan entre sí, y tienden a trabajar y a pensar, si no juntos, por lo menos del mismo modo» (6).

b) *Disposiciones comunes aplicables a los atentados políticos.*

Se sitúan en los artículos 297 a 301.

Sus figuras son: Responsabilidad de los promotores o directores, conspiración, seducción de las fuerzas de seguridad, infracción al deber de resistencia.

O) *Delitos contra la autoridad pública.*

Artículos 302 a 313.

La tipificación que hace es la siguiente: Atentado, resistencia, desobediencia, molestia o estorbo a la autoridad, desacato, usurpación de autoridad, perjurio, violación de sellos, violación de la custodia de cosas, facilitación culposa de la violación de sellos o de la violación de la custodia de cosas, ejercicio ilegal de una profesión.

(6) C. WRIGHT MILLS: *La élite del poder*. Fondo de Cultura Económica. 4.^a reimpresión, 1969, 388 págs. México, pág. 18.

P) *Delitos contra la administración de justicia.*

Artículos 314 a 328.

a) *Falso testimonio y soborno de testigos.*

Artículos 314 a 316.

Sus figuras son: Falso testimonio, soborno y ofrecimiento de testigos falsos.

b) *Falsas acusaciones.*

Artículos 317 a 319.

Sus tipificaciones son: Denuncias y querrela columniosa y calumnia real, simulación de delito, autocalumnia (se aplicará prisión de un mes a un año, al que mediante declaración o confesión hecha ante autoridad judicial o de investigación se acusare falsamente de haber cometido un delito de acción pública).

c) *Encubrimiento.*

Abarca los artículos 320 a 323.

d) *Evasión y quebrantamiento de pena.*

Artículos 324 a 328.

Comprende estas situaciones: Evasión, favorecimiento de evasión, evasión por culpa, quebrantamiento de inhabilitación y abandono del lugar del accidente.

Q) *Delitos contra los deberes de la función pública.*

Están indicados en los artículos 329 a 356.

a) *Abusos de autoridad.*

Artículos 329 a 337.

Sus figuras son: Abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, denegación de auxilio, requerimiento de fuerza contra actos ilegítimos, abandono del cargo, incitación al abandono colectivo de funciones públicas, nombramientos ilegales, violación de fueros, divulgación de secretos.

b) *Corrupción de funcionarios.*

Artículos 338 a 345.

Las tipificaciones que hace son las siguientes: Cohecho impropio, cohecho propio, corrupción de jueces, enriquecimiento ilícito y negociaciones incompatibles.

c) *Concusión y exacción ilegal .*

Comprende los numerales 346 y 347.

d) *Prevaricato y patrocínio infiel.*

Artículos 348 a 351.

Sus figuras son: Prevaricato, patrocínio infiel, doble representación.

e) *Peculado y malversación.*

Artículos 352 a 355.

Sus situaciones son: Peculado, facilitación culposa de sustracciones, malversación y peculado con fondos privados, demora injustificada de pagos.

f) *Disposición común* a los delitos contemplados en los tres Títulos anteriores (delitos contra la autoridad pública, delitos contra la administración de justicia y delitos contra los deberes de la función pública).

Artículo 356: «Cuando quien cometiere los delitos contra la autoridad pública, contra la administración de justicia o contra los deberes de la función pública fuere un empleado o funcionario público, quedan los jueces facultados para imponer además de las penas consignadas en cada caso, las de inhabilitación absoluta o especial en el tanto que estimen pertinente, de acuerdo con la gravedad del hecho y dentro de los límites fijados para esta pena».

R) *Delitos contra la fe pública.*

Artículos 357 a 370.

a) *Falsificación de documentos en general.*

Artículos 357 a 363.

Las situaciones que indica son: Falsificación de documentos públicos y auténticos, falsedad ideológica, falsificación de documentos privados; supresión ocultación y destrucción de documentos, falsedad ideológica en certificados médicos, uso de falso documento.

b) *Falsificación de moneda y otros valores.*

Artículos 364 a 366.

Tres aspectos cubren estos numerales: Falsificación de moneda, circulación de moneda falsa recibido de buena fe y valores equiparados a moneda (papel moneda, títulos de la deuda nacional o municipal y sus cupones, bonos o letras del tesoro nacional o municipal, títulos, cédulas y acciones al portador, bonos y letras emitidas por un gobierno extranjero, moneda cercenada o alterada).

c) *Falsificaciones de sellos, señas y marcas.*

Artículos 367 a 370.

Sus figuras son: Falsificación de sellos, falsificación de señas y marcas, restauración fraudulenta de sellos, tenencia de instrumentos de falsificación.

S) *Delitos contra los derechos humanos.*

Con relación a estos delitos Padilla Castro nos dice que «desde hace mucho tiempo se aprobó en nuestro país una ley que, inspirada en la declaración de derechos humanos y en un Convenio Internacional, debidamente ratificado, de aplicación obligatoria y que pro-

hibe toda clase de discriminación por motivos raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, origen social o situación económica. Pero a la par que existe el principio que veda los más salientes aspectos de la discriminación, olvidó el legislador establecer las respectivas sanciones, cuando la discriminación taxativamente establecida se produce, lo mismo que señalar a quienes ella debe aplicarse».

«Ese vacío de nuestra ley viene a llenarse con las disposiciones del Código que reproduce textualmente el contenido de la ley respectiva y evita, por fin, que se produzcan tales hechos, abiertamente contrarios a los derechos humanos, sin que tengan sus respectiva sanción».

«La agrupación de estos delitos en una sola Sección es nueva. La contiene únicamente el Código de Costa Rica» (*Op. cit.*, págs. 39 y 40).

Estos artículos se refieren a la discriminación racial (art. 371: Será sancionado con veinte a sesenta días-multa, la persona, el gerente o director de una institución oficial o privada administrador de un establecimiento comercial o industrial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, origen social o situación económica. Al reincidente, el juez podrá además imponer, como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor de quince ni mayor de sesenta días), a los delitos de carácter internacional y al genocidio.

IV. LIBRO TERCERO. (*Parte especial del Código*): LAS CONTRAVENCIONES.

Este libro viene a sustituir el anterior Código de Policía que sancionaba las *Faltas*. El artículo 5.º de este Código de Policía afirmaba que «son *faltas de policía* todas las acciones u omisiones penadas en este Código, así como las castigadas en leyes especiales, cuando por la naturaleza de la plena aplicable y por la jurisdicción a que se entrega su juzgamiento, deben considerarse como faltas. Las *faltas* comprenden tanto los casos de delincuencia con daño menor, como las meras infracciones de leyes y reglamentos de policía no administrativos (art. 6.º). Las *faltas* sólo se castigan cuando han sido consumadas (art. 7.º). Las faltas se penarán sin atender a si hubo intención o culpa, a menos que la ley disponga lo contrario expresa o tácitamente (art. 8.º).

Este Código de Policía fue emitido el 21 de agosto de 1941.

Este libro comprende los artículos 374 a 413.

Se divide en contravenciones contra las personas: Actos contra la integridad corporal, provocaciones y amenazas, protección a menores.

Contravenciones contra :

— el honor :

- las buenas costumbres;
- el estado civil;
- la inviolabilidad de terrenos, heredades o negocios;
- la propiedad y el patrimonio;
- el orden público, y
- la seguridad pública.

Con relación a este libro de las Contravenciones escribe Padilla Castro que la «denominación correspondiente a *faltas* la hemos cambiado por la de *contravenciones*, ya que agrupamos una serie de hechos sin mayor trascendencia y que no acusan gravedad alguna. El hombre es indiferente. Lo que cuenta es su contenido, puesto que eliminamos algunas infracciones que figuran en el Código penal de 1941 para trasladarlas al Libro Segundo de los delitos y que deben estar allí en razón de que lo son en su esencia. Porque revelan típicos síntomas de agresividad en el agente» (*Op. cit.*, pág. 40).

V. LIBRO CUARTO: DISPOSICIONES FINALES.

Comprende cuatro artículos (arts. 414 a 417).

Artículo 414:

Derógase expresamente: El Código penal y de policía, ambos de 21 de agosto de 1941, y todas las disposiciones legales que los adicionan y reforman. Quedan asimismo derogadas, pero tan sólo en sus disposiciones de carácter punitivo, todas las leyes referentes a los hechos previstos y penados en el presente Código... Deróganse también cualquier disposición legal o reglamentaria que contradiga o se oponga a lo preceptuado en el presente Código. Deróganse asimismo la Ley de Protección Agrícola número 23, de 2 de julio de 1943 y las disposiciones del Código sanitario que contradigan lo preceptuado en el presente Código.

El numeral 415 se refiere a los días-multa de este modo: «Las penas de multa que se apliquen en virtud de disposiciones consignadas en leyes especiales se transformarán en días-multa, debiendo las autoridades juzgadoras establecer los reajustes necesarios, de acuerdo con el nuevo concepto que se da a esta pena».

Con relación al destino que se le dará al producto de esos días-multa el numeral 416 dice que, el mismo se acreditará a la orden del Consejo Superior de Defensa Social y se destinarán a completar los gastos que demande el sistema penitenciario. Aquí hay que aclarar que como este Consejo ha quedado eliminado por la creación del Instituto de Criminología, tales sumas de dinero se depositan en una al efecto, destinada al citado sistema, en forma directa.

VI. COMENTARIOS GENERALES

Luego de emitir nuestro país el primer Código penal de conformidad con las orientaciones (de la Parte General, que es la única que está terminada debidamente del C. P. T. L.) del Código Penal

Tipo Latinoamericano, se presentan los problemas derivados de la creación de normas que imponen una reestructuración de mentalidad y de instituciones.

Se ha asimilado la Parte General del C. P. T. L. y con ello una modernización en la configuración de la normativa criminal. Ello se hizo, creo yo, considerando que «el mundo de las normas no es nunca un orden sistemático cerrado y definitivo, un Código que se formule una vez para todos, sino un conjunto esencialmente dinámico, al que constantemente se incorporan normas nuevas, a la par que otras se desenganchan y caducan, presentando por ello, aun antes de considerar el problema paralelo de su referencia a un mundo social también en perpetuo cambio, un ajuste sistemático por fuerza diferentes en cada corte histórico» (7).

Hay que concebir este Código penal costarricense como un punto de arranque para la aplicación de normas penales adecuadas a las exigencias del momento actual. Para ello, lo más estratégico es la forma en que las personas encargadas de mover esta maquinaria, llevarán a la práctica este conjunto de normas. La *praxis* revelará la bondad de la norma y el alcance de la misma.

Algo importante en esta problemática es que existe un ambiente propicio para la aplicación de la ley penal de la mejor forma posible.

A *grosso modo*, comentaremos varios aspectos que integran ese favorable ambiente que rodea e inspira la eficacia de la norma penal.

Entre ellos podemos citar, a modo de ejemplo, los siguientes:

- El Instituto de Criminología.
- El sistema penitenciario nacional.
- Los defensores públicos.
- Clínicas jurídicas.
- Servicio social obligatorio.

A) Instituto de Criminología.

En la ley número 1.636 de Defensa Social, se creaba el Instituto en mención, en sus artículos 7.º a 11. Sus funciones las indicaba el artículo 7.º en estos términos: «Tendrá funciones de asesoramiento técnico, investigación social y de enseñanza, además de las labores de divulgación y cultura que estime necesario desarrollar»...

Actualmente existe como tal instituto y desligado de la mencionada ley. Se concibe como un organismo que asesorará a los Tribunales penales en todo lo concerniente a los aspectos psiquiátricos, sociológicos y ecológicos que constituyen el marco de acción en el cual se mueve el «delincuente». Este organismo se desea que esté formado por un equipo especializado de sociólogos, psiquiatras, psicólogos, médicos, penalistas y ecólogos, que contribuyan a que el juez penal pueda desolver en una forma adecuada los problemas que

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Tecnos. Madrid, 1970, 302 págs., pág. 4).

le plantean la emisión de sentencias. Pero no es sólo esto la parte medular del instituto sino que también es atacar un frente que se considera muy importante y estratégico en la temática del delito: su prevención. En un razonamiento similar al que se da en la salud pública, cuando se dice que una labor primordial en este campo, es la prevención de las enfermedades, y con ello se le ha dado un impulso enorme a la denominada «medicina preventiva». Así también, en el área del Derecho penal y en el de la Criminología en general, se postula la urgente necesidad de desarrollar y promover la prevención del delito, obstruyendo los medios sociales y culturales que favorezcan la formación de caldos de cultivo propicios para la producción y desenvolvimiento de conductas delictuales y para-delictuales; y, fomentando medios ambientes ecológicos (8) que propendan a la formación y proyección de conductas anti-delictivas, sociales, y que favorezcan la buena marcha de la sociedad, tratando de obtener así una disminución de la *anomia* social (9).

Esta institución que se analiza, es el fruto de las ideas contemporáneas, que proponen —entre otras cosas— que el juez no puede ser un experto en los campos para-penales y de la ciencia social (antropología, sociología, economía, psicología, criminalística, medicina legal, etc.), sino que requiere de un *staff* de peritos y especialistas que lo asesoren en la comprensión de la compleja y variada gama de factores y elementos que integran cada caso criminal. Ello va conforme a las consideraciones que se hacen modernamente, de que se debe estudiar detenidamente cada expediente que tenga el juez para resolver y que esto precisa de los consejos y dictámenes de los correspondientes especialistas de la materia. Todo lo cual va de acuerdo con la consideración de que lo importante es resolver con justicia y con la mayor cantidad y calidad de información. Esta situación confirma la tesis de que sólo es responsable quien actúa con conocimiento de causa, pero tampoco esto debe ser tomado «a pie juntillas», en un sentido literal, sino que debe ser entendido dentro de un sistema lógico de razonamiento en el cual las acciones de los sujetos puedan ser ponderadas y mensuradas jurídicamente con instrumentos más precisos y refinados que la mera y antigua conciencia del juez, pues, de esto no es de lo que se trata, sino de calibrar —en sus aspectos cuantitativos y cualitativos— la acción humana calificada como delictiva, y proporcionarle al juez un cuadro, lo más preciso posible de las circunstancias de cada expediente, para que así el fallo judicial sea lo más técnico y racional que se pueda lograr.

(8) TERRABAS, Jaime: *Ecología hoy*. Teide, S. A. Barcelona, España, 1971, pág. 36: «entender la ecología como totalidades dinámicas, formadas por los elementos y factores que las integran en constante relación»

(9) DURKHEIM, Emilio: *Las Reglas del Método Sociológico*; y *El suicidio*. Schapire. Buenos Aires. Argentina, 1969 y 1965, respectivamente. Estas dos obras de este autor, también se refieren a la conducta desviada de los patrones establecidos como aceptables y bien vistos a los ojos de la sociedad, que DURKHEIM denomina *anomia*.

Lo dicho puede ser referido como lo que se desea que realice este instituto. No hay duda que las realidades son las que dirán de manera irrefutable hasta qué grado la finalidad del instituto se cumple o no, máxime si se toma en cuenta que nuestro país es subdesarrollado y, por tanto, presenta una insuficiencia de recursos humanos y financieros.

B) *Sistema penitenciario nacional.*

Este es uno de los aspectos neurálgicos de la cuestión. Nuestro país ha tenido un sistema de cárceles muy deficiente, por regla general. ¿A qué se debía esto? Bueno, podríamos citar varios posibles elementos que podrían coadyuvar a dar una explicación plausible a ese estado lamentable y criticable de las cárceles nacionales. Entre ellos, y dichos a modo de ejemplo, estarían los siguientes: Problemas presupuestarios para atender debidamente esos centros de reclusión; cantidad insuficiente —notoriamente— de personal capacitado para administrar esos centros; insuficiencia de factores integrantes de una conciencia nacional acerca de lo vital que era resolver el problema carcelario; poca atención por parte de los gobiernos en enfrentarse, seriamente y en profundidad, de las cárceles; el hecho, patente y comprobable estadísticamente, de que las cárceles las ocupaban miembros de la clase baja y media inferior, en forma mayoritaria.

Hagamos un breve resumen de esos elementos que podrían contribuir a dar una probable explicación al estado marcadamente deficiente de las cárceles de nuestro país.

Enunciación de esos elementos :

- a) Insuficiencia presupuestaria destinada a las cárceles.
- b) Cualitativa y cuantitativamente, insuficiencia de recursos humanos para atender y administrar los centros de reclusión.
- c) Ubicación, en la escala prioritaria de las necesidades y problemas del país, baja de la temática carcelaria.
- d) Dentro de las reglas del juego del sistema democrático-liberal capitalista en que vivimos y de las correspondientes en que se mueven los partidos políticos costarricenses, se consideró de poca utilidad electoral el problema penitenciario, pues creyeron —los dirigentes de esos partidos— de escasa rentabilidad electoral explotar programáticamente la cuestión de las cárceles y el sistema global de la delincuencia.
- e) Las cárceles contienen sujetos de la clase baja y de la clase media inferior, en términos numéricos, mayoritariamente. Por consiguiente los sujetos de la clase media, de la clase media superior y de la clase alta han ocupado, minoritariamente, las cárceles nacionales. De tal forma, que los grupos dirigentes, de la clase alta, tendrían una preocupación de las cárceles del país en la medida en que los problemas que presente la delincuencia y el estado de las cárceles afecten sus intereses y su tranquilidad como grupos sociales localizados en la

parte cimera de la sociedad a la que pertenecen y de la que son beneficiarios directos e inmediatos.

f) *Papel clave jugado por la Facultad de Derecho, profesores y alumnos.*

En la actualidad existe todo un movimiento tendente a ponerle solución al sistema penitenciario nacional en una manera racional y eficaz. Aquí ha jugado un papel importante la Facultad de Derecho y sus profesores, con la contribución —también— de estudiantes deseosos de ver esa solución a un plazo lo más cercano posible.

Uno de los factores que contribuyó en forma notable a la toma de conciencia de la insoslayable necesidad de atender debidamente el problema penitenciario nacional, fue la publicación de un libro escrito por un interno de la cárcel de San Lucas y que, en su tesis de fondo y primordial, no fue refutado, sino que al contrario fue confirmado por quienes optaron por comprobar si el libro-denuncia era falso o, fundamentalmente, cierto. Este libro se llamó «La isla de los hombres» en recuerdo del penal, en que estuvo recluido su autor, José León Sánchez, que es una isla de nombre San Lucas.

«Penitenciaría central de San José de Costa Rica, 1950.

Todo en conjunto, hasta el mínimo pensamiento de reo impuesto en estas páginas, forman lo que para mi modesto entender consiste en una tragedia que es ya enfermedad de la sociedad: el fruto de la indiferencia para con el ser humano encerrado entre las rejas, no importa el lugar o el nombre que lleve la institución penal... Presento en este libro el San Lucas (penal) desde principios de siglo. El látigo y la cadena retumban sobre la espalda de reos que se creen muy hombres: los degenerados, los seminiños, y también alcanza a uno que otro inocente» (10).

Yo mismo comprobé el estado calamitoso del sistema penitenciario nacional y la certeza básica, por encima del valor literario de este libro, al que se le otorgó el Primer premio en los Juegos Florales Centroamericanos. Yo mismo he comprobado el estado medieval de esas cárceles y la deshumanización que ellas encarnan. No me importa en este sitio hacer estas reflexiones, no científicas, pero reales y humanas. Considero un deber de todo ser humano denunciar la explotación del hombre; y, en este caso concreto, de cárceles radicalmente nefastas y aniquiladoras del hombre.

Valga la ocasión para dejar aquí constancia de la dedicatoria del expresidiario y escritor costarricense José León Sánchez: «A mi hermano —hombre o mujer— que hoy sufre prisión en donde prevalezcan situaciones de tortura similares a las que describe este libro. En cualquier parte del mundo en donde no tengas libertad, sé que sueñas, sufres, callas, esperas y tienes corazón. Y también que no te puedes defender... Por eso dedico este libro a los hermanos que se

(10) SÁNCHEZ, José León: *La isla de los hombres solos*. Prólogo del autor a su primera edición clandestina, cárcel de Alajuela, 25 de enero de 1967. Novaro. 234 págs. Barcelona, España, pág. 10.

«pudren en las cárceles del mundo donde no existe la esperanza» (*Op. cit.*, pág. 5).

Este libro causó impacto en Costa Rica, y no fue refutado porque no podía serlo, porque su denuncia era verdadera, porque su denuncia era escrita por un presidiario que lo tuvo que escribir y publicar clandestinamente en una sociedad que se autoproclama «democrática». Frente a los hechos las palabras sobran, pero cobran realidad por sí mismos también.

Causó impacto esa publicación por lo que decía y la forma en que lo decía. Motivó la formación de mesas redondas y de corrientes, en el país, que lo combatían y defendían. Fue un valioso factor precipitante de un problema álgido en la condición social de Costa Rica.

En estos momentos existe un programa integral de reforma del sistema de cárceles. Es un proyecto bastante moderno y muy apto a los requerimientos de hoy. Pero, el asunto estratégico sigue siendo la financiación para hacer una realidad a corto plazo ese proyecto. Siguen faltando recursos financieros y humanos. Siguen faltando decisiones en profundidad de los gobiernos de turno. Sin embargo, el aspecto medular está presente: hay toma de conciencia sobre el problema; y los programas elaborados para hacerle frente a la solución del sector penal y su temática, esperan ser cumplidos.

C) *Defensores públicos.*

Es un sistema de abogados pagados por el Poder Judicial o Poder Jurisdiccional. Por el momento está funcionando sólo en la capital, San José, de la República. El proyecto original es extenderlo a todo el país, conforme se dispongan de recursos económicos para ello. Esto constituye un esfuerzo por llevar a la práctica el precepto constitucional de la igualdad ante la ley, y su correlativo enunciamiento de que no debe haber indefensión frente a ella.

Este sistema ha dado muy buenos resultados, y se tienen fundadas esperanzas de que se extienda a todo el país a corto plazo, y con ello se vea favorecida, la deseada eficaz y justa, administración del Derecho.

D) *Clinicas jurídicas.*

Este programa que desarrolla la Facultad de Derecho es una notable participación de la Universidad en la situación que analizamos. Forma parte del clima favorable y decidido que existe en Costa Rica para ponerle coto a la indefensión en que se encontraban aquellos sujetos que no podían pagar los servicios de un abogado. Este programa fue puesto a funcionar gracias, en buena parte, al empeño y la dedicación del ex-Decano de la Facultad de Derecho, Carlos José Gutiérrez Gutiérrez. Las clínicas jurídicas son despachos integrados por estudiantes de Derecho, dirigidos por un profesor-abogado, destinados a atender gratuitamente los asuntos criminales, civiles y laborales de sujetos de bajos recursos económicos, que se ven —por esta razón— imposibilitados para contar con los servicios profesionales de un abo-

gado. Actualmente funcionan en el Area Metropolitana, pero están modelados para ser extendidos —en la medida de las posibilidades— a un radio de acción mayor.

Han venido a llenar un enorme vacío institucional y el beneficio de su creación es palpable obviamente.

Este sistema de clínicas jurídicas está auspiciado por la Universidad de Costa Rica, por medio de la Facultad de Derecho, y tienen investidura legal propia para que puedan actuar como «bufetes» jurídicos ante los Tribunales judiciales costarricenses.

E) *Servicio Social obligatorio.*

Este sistema de atención jurídica a las clases bajas, que se ven imposibilitadas para gozar de los beneficios profesionales de los abogados, fue ideado por el profesor Carlos José Gutiérrez Gutiérrez y por el —en ese entonces estudiante, y ahora abogado—, Gerardo Trejos. Lo que se tiene en mente en este proyecto de ley es que los estudiantes que se van graduando de abogados tengan, obligatoriamente, antes de poder ejercer adonde lo deseen su profesión, uno o dos años de trabajo en las comunidades rurales, con el fin de darle ayuda legal a los habitantes de estas zonas alejadas de la capital del país. Se le ha llamado «servicio social obligatorio» y se quiere hacer con ello algo similar a lo que ocurre con los médicos con la salvedad de que los salarios a estos abogados serían pagados por la Corte Suprema de Justicia o Poder Judicial. Este proyecto está en discusión en mi país y las tesis a favor y en contra se están esgrimiendo.

Lo realmente digno de hacerse notar es que se trata de construir una plataforma idónea para modernizar todo el campo penal y criminal en Costa Rica, y este proyecto de ley es parte de esa toma de conciencia de que hemos hablado anteriormente al referirnos a la mentalidad forjada en favor de una cristalización de medidas encaminadas a solucionar los ingentes problemas relativos al campo criminológico nacional.

VII. A MODO DE CONCLUSION

Tratando de escribir unas sumarias conclusiones acerca del tema que hemos abordado, podríamos decir que:

1.º El Código penal consta de dos partes: *Una*, General, y *otra*, *Especial*.

2.º La *Parte General* está inspirada y tomada del Código Penal Tipo Latinoamericano, y la *Parte Especial* está referida al Proyecto de Código penal elaborado por don Sebastián Soler para otro país centroamericano: Guatemala.

3.º El anterior cuerpo de leyes penales abarcaba dos elementos: *uno*, el Código penal destinado a sancionar los delitos, y *otro*, el Código de policía, encargado de sancionar las faltas de policía. Ambos han sido derogados por el vigente Código penal. Por lo que hace relación al Código de policía, éste forma parte —*mutatis mutandis*— en la parte denominada *Contravenciones*.

4.º Gran parte de la eficacia y la utilidad de este nuevo Código depende, al menos, de estos factores:

Primero.—Funcionamiento adecuado del Instituto de Criminología, que —al momento de escribir estas líneas—, no está estructurado en su totalidad ni trabajando con todas sus partes.

Segundo.—Modernización del sistema penitenciario nacional lo cual hasta el momento no ha pasado de ser un pío deseo. Tal modernización, incluye, por supuesto, no sólo la planta física conveniente a la conceptualización de un centro de reclusión contemporáneo, sino también —y sobre todo— de un personal administrador y ejecutivo de estos centros de privación de libertad, perfectamente apto y entrenado para el desempeño de las tareas pertinentes en estos centros. Esto también, no se ve por ningún lado, a corto o mediano plazo.

Tercero.—Armonía de la mentalidad de los jueces penales con las ideas de readaptación y de redención humanas que embarga al nuevo Código penal. Lo cual significa identificación, de la mente y el corazón, de los jueces con el espíritu que inspira este Código.

Cuarto.—También los abogados deben empaparse con el espíritu que anima el Código penal e identificarse con los propósitos humanísticos que modelan al mismo.

Quinto.—Con todo lo anterior quiero decir que debe existir una identificación del pueblo costarricense con la letra y la filosofía del Código penal costarricense. Esto es un requisito *sine qua non* para la deseada óptima aplicación del cuerpo legal que comentamos.

5.º No existe la pena de muerte.

6.º No existen penas privativas de libertad mayores a veinticinco años.

7.º La minoría de edad penal es hasta diecisiete años. La edad de los diecisiete años a los *veintiún años* (mayoría de edad civil), es una etapa de transición en la cual los jueces tienen discrecionalidad para aplicar medidas de seguridad, en principio.

8.º Se derogó la Ley de Merodeo, la cual era sumamente drástica con los infractores a la misma, pero —esencialmente— se incorporó al Código penal.

9.º Se le da una orientación más técnica, racional y humana a las resoluciones de los jueces, los cuales contarán con el Instituto de Criminología —como organismo asesor— para contar con más y mejores elementos de juicio al momento de confeccionar una resolución penal.

10.º Las clínicas jurídicas contribuyen eficazmente a consolidar la aplicación del Derecho penal, y del Derecho en general, de un modo radicalmente eficiente y justo.

11.º De establecerse el servicio social obligatorio para los estudiantes de Derecho, se le daría un gran dinamismo al concepto de una Universidad vinculada con las preocupaciones del país y motivadora del desarrollo socio-económico del mismo.

12.º La Ley de Defensa Social número 1.636 del 17 de septiembre de 1953, indicaba en su *artículo 1.º* que «con el propósito de fomentar

y coordinar la acción social en la lucha por la prevención de la delincuencia, de control de la criminalidad y el tratamiento efectivo de los elementos peligrosos y antisociales a efecto de readaptarlos útilmente a la comunidad, se refunden en una sola dependencia las instituciones dedicadas a ese fin, bajo el nombre genérico de Departamento Nacional de Defensa Social. Será regentado por un Consejo Superior de Defensa Social, que lo organizará, administrará, dirigirá y vigilará...».

Tanto la finalidad de la Ley de Defensa Social como el citado Consejo no cumplieron su cometido y de hecho el articulado de esta ley se fue en buenas intenciones y se quedó en el papel. Fruto de esta situación fue que se pensara seriamente en reestructurar este Consejo para darle el dinamismo requerido. Con este deseo se creó el Instituto de Criminología que absorbió las funciones de este Consejo, con excepción del Registro de Delincuentes, al que nos referiremos luego, que pasó al Poder Judicial. Claro que, además de las tareas del Consejo que pasaron al Instituto, se le agregaron otras también. Por el supramencionado problema de insuficiencia de recursos humanos y financieros este Instituto presenta una debilidad, en su nacimiento, que de no ser corregida a tiempo dará al traste con esta importante institución.

13.º Con relación al Registro de Delincuentes podemos decir que, se daba esta situación: Este Registro dependía del eliminado Consejo Superior de Defensa Social, ahora a pasado a la Corte Suprema de Justicia (Poder Judicial), con el nombre de Archivo Judicial, en donde se registran y se guardan todos los juicios que se celebran en el país de la naturaleza que sean. Otro aspecto de esta cuestión es que antes de ser creado el Registro de Delincuentes, exista una sección en *Archivos Nacionales*, en la cual se guardaban los expedientes de juicios fallados a nivel nacional. Luego de la creación del Registro de Delincuentes, los juicios penales eran enviados a este registro.

La Ley número 4.695 se refiere a este Registro. Fue publicada en «La Gaceta» número 285 de 19 de diciembre de 1970 (11).

Dentro del ambiente modernizador de la reforma penal se dio un cambio en este aspecto también, pues antes, cuando se pedía una certificación del Registro de Delincuentes, se anotaba en el mismo las faltas o los delitos cometidos, aunque estuvieren prescritos. Ahora no, pues, en tratándose de esta situación de prescripción no aparecen en el mencionado certificado, salvo que el sujeto que pide su certificado personal así lo manifieste o, en el caso de que exista un juicio abierto, el juez pida este certificado para efectos de ponderar la

(11) Ley N.º 4.695. Adscríbese al Poder Judicial el Registro Judicial de Delincuentes (art. 1). El Registro tendrá como función esencial la de comprobar los antecedentes penales de las personas y debe prestar colaboración a los organismos que la ley determine, para fines criminológicos y estadísticos (art. 2).

temática de la reincidencia en ese juicio abierto que está resolviendo. En el caso de que la pena ya esté cumplida o se dé la prescripción, el juez tomará, en el nuevo juicio, ese certificado bajo el aspecto de mala conducta (agravante) o de conducta reformada (atenuante), según el criterio de cada juez.

14.º Lo que se ha dado en llamar *Reforma Penitenciaria*, comprende un plan vasto (teóricamente) para solucionar el problema que plantean las cárceles costarricenses y las instituciones públicas relacionadas directamente con el sistema penitenciario nacional. Aquí, como en otros sectores de la vida institucional de Costa Rica, los partidos políticos y las reglas del juego de una sociedad liberal-capitalista, han hecho que, además de la escasez de recursos humanos y de capital, la situación se agrave aún más en la medida en que los proyectos, estudios, dictámenes e informes de los especialistas y técnicos, están subordinados a los ejecutivos de la política, dando lugar así, al eterno dilema de los servidores de la ciencia y de la técnica, supeditado a los que tienen en sus manos el poder político de una sociedad. Administrativistas y técnicos versus políticos. Generalmente, salen victoriosos estos últimos.

Por ello, frente a las bondades de una ley, están las irrefutables realidades de la manera en que la misma se cumple o se incumple. Este es el secreto que la Sociología del Derecho ha arrancado a la forma clásica de analizar el *Corpus Iuris*, es decir, exegética y desvinculada de la realidad social y económica que constituyen su específico y propio referente empírico.

15.º Otro aspecto interesante del Código que se comenta, es el relativo al hecho que se da cuando un costarricense, por ejemplo, le quita la vida —en territorio no nacional— a un sujeto de nacionalidad extranjera, y se vuelve a Costa Rica. De acuerdo con el Código penal de este país, el actor del hecho quedaría sin sanción, ya que el mismo impide la extradición a los nacionales. En un caso como el de ilustración, cabe pensar que podría aplicarse el Código Bustamante para obtener la sanción respectiva para este presunto homicida del ejemplo. Este es uno de los aspectos que estudia en su Tesis de Doctorado, el juez penal de Costa Rica, don Luis Paulino Mora, que se encuentra en estos momentos en la Universidad Complutense de Madrid realizando los estudios e investigaciones pertinentes a la colación del título citado. Remito a esta Tesis en preparación varios aspectos más relativos a la Legislación Penal de Costa Rica.

Tal vez, con la intención de hacer más gráfico el ejemplo mencionado, los puntualizaré más, ya que considero que es un tema interesante.

Ejemplo: Un costarricense mata a un francés en cualquier parte del mundo que no sea Costa Rica. Una vez cometido el homicidio, regresa a Costa Rica. El Código penal de este país no contempla la sanción respectiva para esta situación. Además, como no hay extradición para los nacionales, el país mencionado no lo extradita. Ante esta situación cabe pensar en que opera el Derecho internacional, con-

cretamente, el Código Bustamante, para lograr que ese sujeto sea sancionado por el hecho delictuoso que ha cometido.

Es de esperar que una serie de posibles lagunas y probables defectos que pudiese presentar este Código costarricense, sean legislativamente, llenadas y corregidos, en la medida en que existe una esencial y fuerte corriente de opinión pública universitaria muy interesada en que esta legislación sea lo más apta y adecuada a la realidad social y cultural del país en comentario. No cabe más que esperar que los píos deseos se hagan efectivos.

CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACION DEL DECRETO DE INDULTO DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1971
(“B. O. E.” núm. 235, 1 octubre 1971)

Tras la publicación del Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre, de indulto con motivo del Año Santo Jacobeo, su normativa ha sido con posterioridad desarrollada, ampliada e interpretada, respectivamente, por dos Ordenes del Ministerio de Hacienda —una, «de 18 de octubre de 1971 por la que se hace extensiva a la jurisdicción de contrabando la aplicación del indulto concedido por Decreto 2.326/1971, de 23 de septiembre»; y otra, «de 25 de octubre de 1971 sobre aplicación del indulto concedido por el Decreto 2.326/1971, por la jurisdicción especial de delitos monetarios»—, así como por una Circular de la F. T. S. (N.º 2/1971, de 9 de octubre), dando «normas para la aplicación del Decreto de indulto» (1).

No obstante tal normativa de diverso rango jerárquico, han venido suscitándose de continuo cuestiones relativas al verdadero alcance y extensión del referido Decreto y, asimismo, a las posibilidades de ampliar su esfera de aplicación. Es de todo punto necesario hacerse, por tanto, eco de las propuestas que en tal sentido han sido elevadas al Gobierno.

En tal sentido, merece constatarse el ruego presentado por el Procurador don Manuel Madrid del Cacho, solicitando la extensión en la aplicación del indulto del Año Santo Jacobeo a las infracciones de contrabando con el mismo efecto que a los delitos monetarios, por cuanto si bien el Decreto de indulto perdona las penas pecuniarias, cualquiera que fuera su cuantía, impuestas o que pudieran imponerse como principales o subsidiarias por insolvencia, tratándose de delitos tipificados en el Código penal ordinario, en el C. J. M. y Leyes penales especiales y cometidos entre el 21 de julio de 1965 y el 23 de septiembre de 1971, la Orden del Ministerio de Hacienda de 25 de octubre de 1971 extendió los efectos del indulto a la jurisdicción penal administrativa en lo que afecta a las penas pecuniarias, impuestas o que pudieran imponerse con el carácter de principales y a las de privación de libertad subsidiarias por insolvencia, *cualquiera que fuere la cuantía de aquéllas*, siempre que correspondieran a los delitos monetarios, mientras que, por el contrario, la Orden del mismo Departamento de 18 de octubre de 1971, tratándose no de delitos monetarios, sino de contrabando, vino a limitar los efectos del indulto a la concesión de la *suspensión condicional de la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia*, cuando dicha sanción sea de seis meses, en su mitad cuando sea superior a seis meses e inferior a dos años, y en su cuarta parte si fuere superior a dos años e inferior a cuatro, límite máximo del apremio personal en estos casos.

(*) Pedro-Luis Yáñez Román.

(1) Cfr. *ADPCP*, t. XXIV, fasc. III (1971), págs. 784-788; *Ibidem*, t. XXV, fasc. I (1972), págs. 125-130.

Ante un tratamiento discriminatorio tan arbitrario, por cuanto se está en presencia de una misma jurisdicción administrativa, pues tanto la de Contrabando como la de Delitos Monetarios convergen en su cúspide en un mismo Tribunal Central y, además, el interés jurídico protegido es el mismo —si bien, «resulta más censurable exportar ilegalmente moneda nacional (delito monetario), que vulnerar los derechos de las compañías concesionarias de los distintos monopolios (infracción de contrabando)»—, se solicita del Gobierno que «la Orden del Ministerio de Hacienda de 18 de octubre de 1971, relativa a las infracciones de contrabando, tenga la misma concreción cuantitativa y cualitativa que la Orden del mismo Departamento de 25 de octubre de 1971, atinente a los delitos monetarios, concediendo en ambas el indulto total de las penas pecuniarias, impuestas o que pudieran imponerse con el carácter de principal y a las de privación de libertad subsidiaria de la insolvencia, cualquiera que sea el montante de la infracción».

Con fecha 16 de julio de 1972, el Ministerio de Hacienda contesta al ruego del susodicho procurador en sentido negativo, aduciendo las razones siguientes:

«La petición concreta que en el ruego se formula, consiste en que la Orden del Ministerio de Hacienda de 18 de octubre de 1971, relativa a las infracciones de contrabando, tenga la misma concreción cuantitativa y cualitativa que la Orden del mismo Departamento de 25 de octubre de 1971, atinente a los delitos monetarios, de tal suerte que se conceda en ambas el indulto total de las penas pecuniarias, impuestas o que pudieran imponerse con carácter de pena principal, y a las subsidiarias de privación de libertad por insolvencia, cualquiera que sea el importe de la infracción.

El Gobierno debe limitarse a manifestar que los efectos de las dos Ordenes Ministeriales a que se refiere el ruego no pueden ser los mismos, por tratarse de disposiciones emanadas del Departamento de Hacienda que han de ajustarse estrictamente a los términos en que fue otorgado el indulto por el Decreto de 23 de septiembre de 1971.

A este respecto debe recordarse que el Decreto mencionado concedió el indulto, total o parcial, según los casos, para las penas y correctivos de privación de libertad, así como para las pecuniarias impuestas o que pudieran imponerse por delitos y faltas previstas en el Código penal ordinario, en el Código de justicia militar o en leyes y preceptos penales especiales, cometidos desde el día 21 de junio de 1965 hasta el 23 de septiembre de 1971. Se trata, por tanto, de un indulto cuyo ámbito objetivo de aplicación aparece definido por la circunstancia de referirse a infracciones que dentro del ordenamiento positivo tienen la consideración de delitos o faltas y a las que, consiguientemente, se les aplican sanciones que por el propio ordenamiento *se califican como penas*.

Inversamente, *el indulto no se extiende a infracciones de carácter administrativo ni, por consiguiente, a sanciones que tengan la expresada naturaleza*.

Planteada la cuestión en los términos a que acaba de hacerse referencia —sobre los que no existe la menor duda interpretativa—, es evidente que las consecuencias del indulto no podrán ser las mismas por los delitos monetarios que para las infracciones de contrabando. Efectivamente, *los pri-*

meros tienen carácter delictual, como inequívocamente se desprende de la Ley de 24 de noviembre de 1938, que se denomina «Ley Procesal y Penal sobre Delitos Monetarios». Inversamente, *las infracciones de contrabando constituyen transgresiones del orden jurídico-administrativo* y las sanciones previstas en la Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964 tienen esa misma naturaleza.

Lo que acaba de indicarse explica el contenido de la Orden del Ministerio de Hacienda de 18 de octubre de 1971, relativa a las infracciones de contrabando, y de la de 25 de octubre de 1971, referente a los delitos monetarios. Respecto a éstos, ha podido el Departamento de Hacienda aplicar el indulto de las penas pecuniarias en los términos autorizados por el Decreto de 23 de septiembre de 1971; en cambio, en lo que se refiere a las infracciones de contrabando, el expresado Departamento se ha limitado —por no poderse extender más allá de sus facultades absolutorias—, a ejercitar las atribuciones que le confieren los artículos 121 y 123 de la vigente Ley de Contrabando, consistentes en la suspensión condicional del cumplimiento de la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia a los infractores de contrabando condenados. El Gobierno confía en que será claramente comprendido el fundamento de esta contestación, que no es, en definitiva, otra que el respeto al principio de seguridad jurídica encarnado en el mantenimiento de la jerarquía de las normas, a la que han de ajustarse todos los órganos del Estado por imperativo de nuestras Leyes Fundamentales y, concretamente, del Fuero de los Españoles.» (2).

(2) Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1.223, de 16 de julio de 1972, págs. 29677-29679.

Ya en otro orden de cosas, se han planteado en las Cortes algunas cuestiones relativas a la crítica situación penitenciaria del país. En tal sentido, son de destacar dos ruegos dirigidos por el Procurador don Juan Antonio Samaranch al Gobierno.

El primero de ellos (cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1.235, de 26 de octubre de 1972), versa sobre la crítica situación creada por «el harto triste y deprimente conjunto arquitectónico» que forma «la vetusta Prisión Provincial de Hombres de Barcelona», paradójicamente conocida por el inadecuado nombre de «Cárcel Modelo», y cuya céntrica situación en el núcleo del casco urbano de la citada ciudad, provoca perturbaciones tanto para los sometidos a la disciplina carcelaria como para los vecinos. De ahí la petición de derribo de dicha Prisión y la urgente construcción de una nueva, «de acuerdo con las normas más modernas e idóneas a las necesidades actuales». La contestación del Ministerio de Justicia alega que, en conversaciones con el Ayuntamiento de Barcelona, éste ofreció terrenos alejados del casco urbano, pero la dificultad estriba en la financiación del proyecto, cuyo costo es de unos 402 millones de pesetas; pese a que el III Plan de Desarrollo ha consignado para el próximo cuatrienio 100 millones de pesetas para financiar el programa de realizaciones en los Servicios Penitenciarios, además de prever la posibilidad de financiar el resto del programa hasta un total de 934 millones, mediante la enajenación de inmuebles inadecuados a sus funciones. Mas, al intentar aplicar esta fórmula al caso de Barcelona, resulta que sobre los terrenos que ocupa la en su día denominada «Cárcel Modelo», el Ayuntamiento de Barcelona tiene previsto que se convierta en zona verde de utilidad pública». Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, número 1.246, de 20 de diciembre de 1972, pág. 30269.

El segundo ruego se pronuncia en el sentido de que «se estudie la fórmula más adecuada para que sea *finalidad propia del Estado la reinserción de los*

**INSTRUMENTO DE RATIFICACION DEL CONVENIO PARA
LA REPRESION DEL APODERAMIENTO ILCITO DE AERO-
NAVES, HECHO EN LA HAYA, EL 16 DE DICIEMBRE
DE 1970 (*)**

("B. O. E." núm. 13, de 15 de enero de 1973, 742, 743)

Por cuanto el día 17 de marzo de 1971, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Washington el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, cuyo texto certificado se inserta seguidamente:

Los Estados Partes en el Presente Convenio;

Considerando que los actos ilícitos de apoderamiento o ejercicio del control de aeronaves en vuelo ponen en peligro la seguridad de las personas y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos

ex-reclusos en la sociedad, poniendo entre otros medios el de brindarles puestos de trabajo en las múltiples empresas nacionales. La negativa del Ministerio de Justicia se basa en las siguientes razones:

«La asistencia material y moral de los liberados está encomendada a la Comisión de Protección y Tutela del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, organismo dependiente del Ministerio de Justicia, cuyo cometido fundamental (art. 103 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia, aprobado por Decreto 1.530/1968, de 12 de junio) es la reinserción de los liberados en la sociedad, y que viene efectivamente cumpliendo con eficacia y discreción.

Pero esta misión no resulta posible sin la colaboración de la propia sociedad, que debe estar preparada para admitir en su seno a los ex-reclusos, adoptando hacia ellos una actitud que facilite su incorporación para iniciar una vida honrada; a este efecto las Delegaciones Locales y patrocinadores de la Comisión tratan, por todos los medios, de obtener esa cooperación de la sociedad especialmente mediante la colocación en puestos de trabajo adecuados, sea en empresas públicas o privadas.

Por ello se estima que teniendo en cuenta el propio interés de los ex-reclusos y la actitud de la sociedad en esta cuestión, no debe establecerse una discriminación que les brinden preferencias en los puestos de trabajo de las empresas nacionales, considerándose que la política de empleo a seguir por la Comisión con sus tutelados es la de ofrecerles una situación de igualdad de oportunidades con quienes nunca delinquieron, olvidando y haciendo olvidar un pasado para que no constituya éste, en ningún momento, un lastre para su reinserción social». Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, número 1.248, de 5 de enero de 1973, pág. 30349.

(*) Desde el día 29 de noviembre de 1972, las disposiciones contenidas en el Convenio de La Haya han pasado a ser legislación nacional.

Sin embargo, con fecha 17 de marzo de 1972, fue asimismo sometido a deliberación de la Comisión de Asuntos Exteriores de las Cortes el *Convenio para la Represión de Actos ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil* [Cfr. *ADPCP*, t. XXV, fasc. I (1972), págs. 138 y sigs.]; Convenio surgido de la Conferencia de Montreal, que fue dictaminado favorablemente por la referida Comisión parlamentaria el 19 de junio de 1972 (cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1.214, de 19 de junio de 1972, pág. 29511), y aprobado en la Sesión Plenaria de dicho organismo consultivo el 21 de junio del mismo año (cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, *X Legislatura*, núm. 5, 21 de junio de 1972, págs. 2 y 20).

y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil;

Considerando que la realización de tales actos les preocupa gravemente;
Considerando que, a fin de prevenir tales actos, es urgente prever las medidas adecuadas para sancionar a sus autores,

Han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1

Comete un delito (que en adelante se denominará «el delito») toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos;

b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.

ARTÍCULO 2

Los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas.

ARTÍCULO 3

1. A los fines del presente Convenio, se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo.

2. El presente Convenio no se aplicará a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de Aduanas o de Policía.

3. El presente Convenio se aplicará solamente si el lugar de despegue o el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, está situado fuera del territorio del Estado de su matrícula, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno.

4. En los casos previstos en el artículo 5, no se aplicará el presente Convenio si el lugar de despegue y el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, están situados en el territorio de uno solo de los Estados referidos en dicho artículo.

5. No obstante lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo, se aplicarán los artículos 6, 7, 8 y 10, cualquiera que sea el lugar de despegue o de aterrizaje real de la aeronave, si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de dicha aeronave.

ARTÍCULO 4

1. Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito en los casos siguientes:

a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado;

b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo;

c) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las Leyes nacionales.

ARTÍCULO 5

Los Estados Contratantes que constituyan organizaciones de explotación en común del transporte aéreo u Organismos internacionales de explotación que utilicen aeronaves que sean objeto de una matrícula común o internacional, designarán, con respecto a cada aeronave, según las circunstancias del caso, el Estado de entre ellos que ejercerá la jurisdicción y tendrá las atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo con el presente Convenio, y lo comunicarán a la Organización de Aviación Civil Internacional, que lo notificará a todos los Estados Partes en el presente Convenio.

ARTÍCULO 6

1. Todo Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las Leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida, de acuerdo con el párrafo 1 del presente artículo, tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo.

4. Cuando un Estado, en virtud de este artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican, al Estado de matrícula de la aeronave, al Estado mencionado en el artículo 4, párrafo 1 c), al Estado del que sea nacional el detenido y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados interesados. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo, comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

ARTÍCULO 7

El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

ARTÍCULO 8

1. El delito se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Contratantes. Los Estados Contratantes se comprometen a incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Si un Estado Contratante, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otro Estado Contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

3. Los Estados Contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el delito como caso de extradición entre ellos, sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados Contratantes, se considerará que el delito se ha cometido, no solamente en el lugar donde ocurrió, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el artículo 4, párrafo 1.

ARTÍCULO 9

1. Cuando se realice cualquier acto de los mencionados en el artículo 1 a) o sea inminente su realización, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo Comandante de la aeronave recobre o mantenga su control.

2. En los casos previstos en el párrafo anterior, cada Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre la aeronave, o los pasajeros o la tripula-

ción, facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

ARTÍCULO 10

1. Los Estados Contratantes se prestarán la mayor ayuda por lo que respecta a todo proceso penal relativo al delito y a los demás actos mencionados en el artículo 4. En todos los casos, la Ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la del Estado requerido.

2. Sin embargo, lo dispuesto en el párrafo precedente no afectará a las obligaciones derivadas de cualquier tratado bilateral o multilateral que regule, en todo o en parte, lo relativo a la ayuda mutua en materia penal.

ARTÍCULO 11

Cada Estado Contratante notificará lo antes posible al Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, de conformidad con su legislación nacional, cualquier información pertinente que tenga en su poder referente a:

- a) las circunstancias del delito;
- b) las medidas tomadas en aplicación del artículo 9;
- c) las medidas tomadas en relación con el delincuente o el presunto delincuente y, especialmente, el resultado de todo procedimiento de extradición u otro procedimiento judicial.

ARTÍCULO 12

1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada, de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados Contratantes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva.

3. Todo Estado Contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo a los Gobiernos depositarios.

ARTÍCULO 13

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados participantes en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo celebrada en La Haya del 1 al 16 de diciembre de 1970 (llamada en adelante «la Confe-

rencia de La Haya», a partir del 16 de diciembre de 1970, en dicha ciudad. Después del 31 de diciembre de 1970, el Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados en Washington, Londres y Moscú. Todo Estado que no firmare el presente Convenio antes de su entrada en vigor, de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, podrá adherirse a él en cualquier momento.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación y los instrumentos de adhesión se depositarán en los archivos de los Gobiernos de los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a los que por el presente se designa como Gobiernos depositarios.

3. El presente Convenio entrará en vigor treinta días después de la fecha en que diez Estados signatarios de este Convenio, participantes en la Conferencia de La Haya, hayan depositado sus instrumentos de ratificación.

4. Para los demás Estados, el presente Convenio entrará en vigor en la fecha que resulte de la aplicación del párrafo 3 de este artículo, o treinta días después de la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión, si esta última fecha fuese posterior a la primera.

5. Los Gobiernos depositarios informarán sin tardanza a todos los Estados signatarios y a todos los Estados que se hayan adherido a este Convenio de la fecha de cada firma, de la fecha de depósito de cada instrumento de ratificación o adhesión, de la fecha de su entrada en vigor y de cualquier otra notificación.

6. Tan pronto como el presente Convenio entre en vigor, los Gobiernos depositarios lo registrarán de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y de conformidad con el artículo 83 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTÍCULO 14

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación por escrito dirigida a los Gobiernos depositarios.

2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que los Gobiernos depositarios reciban la notificación.

En testimonio de lo cual, los Plenipotenciarios infrascritos debidamente autorizados por sus Gobiernos para hacerlo, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya el día dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta en tres originales, cada uno de ellos integrado por cuatro textos auténticos en los idiomas español, francés, inglés y ruso.

Por tanto, habiendo visto y examinado los catorce artículos que integran dicho Convenio, oída la Comisión de Asuntos Exteriores de las Cortes Españolas, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 14 de su Ley Constitutiva, vengo en aprobar y ratificar cuanto en ello se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes,

a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, *Mando* expedir el Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a seis de octubre de mil novecientos setenta y dos.

FRANCISCO FRANCO

El Ministro de Asuntos Exteriores,
GREGORIO LOPEZ BRAVO

El Instrumento de Ratificación de España al presente Convenio, fue depositado en Washington el día 30 de octubre de 1972.

El Convenio entró en vigor para España el día 29 de noviembre de 1972, de conformidad con lo establecido en su artículo 13.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 30 de diciembre de 1972.—El Secretario general Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Enrique Thomas de Carranza.

DICTAMEN ACERCA DE LA MODIFICACION DEL ARTÍCULO 255 Y LA CIRCUNSTANCIA SEGUNDA DEL APARTADO 3.º DEL ARTICULO 199 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR (*)

(“B. O. de las Cortes Españolas” núm. 1.251, de 25 de enero de 1973, 30403)

COMISION DE DEFENSA NACIONAL

La Comisión de Defensa Nacional ha examinado el proyecto de ley de modificación del artículo 255 y la circunstancia segunda del apartado 3.º del artículo 199 del Código de justicia militar, y visto el informe emitido

(*) Damos noticia del *Dictamen* emitido en la fecha arriba mencionada sobre el *Proyecto* de ley modificando el artículo 255 y la circunstancia 2.º del apartado 3.º del artículo 199 del Código de justicia militar, cuyo tenor literal (cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1.233, de 24 de octubre de 1972, págs. 29928 y 29920), era el siguiente:

«PRESIDENCIA DE LAS CORTES ESPAÑOLAS

Por acuerdo del Consejo de Ministros ha sido remitido a esta Presidencia el proyecto de ley de modificación del artículo 255 y la circunstancia segunda del apartado 3.º del artículo 199 del Código de justicia militar, el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas, es de la competencia del Pleno de las mismas.

En su consecuencia, se ordena su envío a la Comisión de Defensa Nacional para su estudio, así como su publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, con arreglo a lo preceptuado en el número 2 del artículo 63 del vigente Reglamento.

Los Procuradores, cualquiera que sea la Comisión a que pertenezcan, podrán, en uso del derecho que les confieren los artículos 7.º y 67 del referido Reglamento, presentar las enmiendas que estimen pertinente formular a la totalidad o al articulado del proyecto, en el plazo de veinte días, contados a partir de la fecha siguiente a esta publicación.

por la Ponencia designada para su estudio, integrada por los señores don Mariano Fernández Gavarrón, don Antonio José Hernández Navarro y don Rafael Merino García, así como las enmiendas presentadas al mismo, con

Palacio de las Cortes, 18 de octubre de 1972. El Presidente, *Alejandro Rodríguez de Valcárcel y Nebreda*.

El artículo 255 del Código de justicia militar, relativo a la rehabilitación, viene a ser un trasunto a la Jurisdicción Castrense del artículo 118 del Código penal común. En consecuencia, modificando este último por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, resulta ineludible proceder a la reforma del artículo 255 del Código de justicia militar, para atemperarlo a los nuevos criterios sentados en la citada Ley, de plena aplicación también en la esfera castrense.

Por otra parte, habiéndose adicionado al Código de justicia militar por Ley 42/1971, un artículo 249 bis, relativo al delito de terrorismo, resulta necesario dar nueva redacción a la circunstancia segunda, del apartado tercero, del artículo 199, para concordarla con la nueva figura delictiva incluida dentro del Código Castrense.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Ejército, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se modifica el texto del artículo 255 del Código de justicia militar, que se entenderá redactado en los siguientes términos:

«Artículo 255. Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado su remisión condicional, podrán obtener del Ministerio de Justicia, por medio del Departamento Militar correspondiente, y previo informe de la Autoridad Judicial que haya entendido de la causa, la cancelación de la inscripción de su condena en los Registros de antecedentes penales, por delitos que dan lugar a ella con arreglo al artículo 890 de este Código, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Haber observado buena conducta.

Segundo. Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades provenientes de la infracción.

Tercero. Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves; dos años para las de arresto mayor, condenas por delitos de imprudencia y penas no privativas de libertad; tres años para las de presidio y prisión; cinco años para las de reclusión, y diez años en todos los casos de reincidencia o de rehabilitación revocada.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la condena, si ésta se cumplió efectivamente, o en que hubiera quedado extinguida, si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional. En este último caso se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena impuesta el día siguiente al del otorgamiento de dicha remisión.

Sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito.»

Art. 2.º Se modifica la circunstancia segunda del apartado tercero del artículo 199 del Código de justicia militar, que quedará redactado en los términos siguientes:

«Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, delito contra el Jefe del Estado y su sucesor, espionaje, contra el derecho de gentes, terrorismo, jefe o cualquiera de los principales culpables de la rebelión o sedición militar o reo habitual de otro delito.»

Art. 3.º La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación.»

arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento de las Cortes, tiene el honor de elevar a V. E. el siguiente

D I C T A M E N

Artículo 1.º Se modifica el texto del artículo 255 del Código de justicia militar, que se entenderá redactado en los siguientes términos:

«Artículo 255. Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado su remisión condicional, podrán obtener del Ministerio de Justicia, por medio del Departamento Militar correspondiente, y, previo informe de la Autoridad Judicial que haya entendido de la causa, la cancelación de la inscripción de su condena en los Registros de antecedentes penales, por delitos que dan lugar a ella con arreglo al artículo 890 de este Código, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. No haber delinquido durante los plazos de rehabilitación que se señalan en el número tercero.

Segundo. Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción.

Tercero. Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves; dos años para las de arresto mayor, condenas por delitos de imprudencia y penas no privativas de libertad; tres años para las de presidio y prisión; cinco años para las de reclusión y diez años en todos los casos de reincidencia o de rehabilitación revocada.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la condena si ésta se cumplió efectivamente, o en que hubiera quedado extinguida si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional. En este último caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de duración de la pena impuesta el día siguiente al del otorgamiento de dicha remisión.

Sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada, si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito.

Artículo 2.º Se modifica la circunstancia segunda del apartado 3.º del artículo 199 del Código de justicia militar, que quedará redactada en los términos siguientes:

Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, delito contra el Jefe del Estado y su sucesor, espionaje, contra el derecho de gentes, terrorismo, jefe o cualquiera de los principales culpables de la rebelión o sedición militar o reo habitual de otro delito.

Artículo 3.º La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación.

Palacio de las Cortes, 17 de enero de 1973.

El Presidente de la Comisión, Alfredo Galera Paniagua.—El Secretario de la Comisión, José Luis de Azcárraga y Bustamante.

Excmo. Sr. Presidente de las Cortes Españolas.

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1969

Por

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

y

Vicesecretario del Anuario

CODIGO PENAL

§ 1. Artículo 1, párrafo 2.º, *Presunción legal de voluntariedad*.—«El dolo de la acción voluntaria se presume a tenor del art. 1.º del C. p., en cuanto no hay antecedente alguno que pueda ir contra la suposición legal de voluntariedad criminal» (S. 24 octubre 1969).

«El art. 1.º plasma la *intencionalidad* de los delitos de la que pocas excepciones caben en nuestro Derecho Positivo Penal»..., por lo que ha de rechazarse «la peculiar interpretación que se hace del párrafo 2.º del referido precepto del propio C. p., manteniendo la muy discutible tesis de ser el acusado quien debe demostrar que n.o ha delinquido» (S. 7 octubre 1969),

Según dispone el párr. 2.º del art. 1.º del Código penal, la voluntariedad se presume siempre salvo prueba en contrario; prueba que corresponde al inculpado sobre la falta de antijuridicidad y de dolo, que según la doctrina de esta Sala alcanza la voluntariedad a que se refiere el precepto citado; prueba que, de modo absoluto, falta en este caso (S. 5 noviembre 1969).

§ 2. Artículo 3, párrafo 2.º, *Frustración* (delito de violación).—Condenado el encausado por un delito de violación en grado de frustración, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco a los efectos del art. 452 bis, g) del C. p., el T. S. desestima el recurso que mantenía la existencia de tentativa, al declarar que «es cierto que alguna parte de la doctrina científica estima que no puede darse la violación frustrada, pero ese no es el criterio de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, que admite los grados de frustración y de tentativa en la comisión de este delito, siendo, en cierto modo, clásica la sentencia de 17 de noviembre de 1922 sobre la frustración, que últimamente, en los años 1948, 1949 y 1950, ha tenido aplicación, principalmente con motivo de estimarse la desproporción de los órganos genitales entre varón y hembra que impedían la perfección del acto de

copulación carnal en los casos en que se trata de mujeres ofendidas cuyo desarrollo físico y sexual impide que tal acto se pueda normalmente practicar, no obstante haber realizado el culpable los actos que debieron producir el resultado, siendo importante la sentencia de 17 noviembre de 1926, *estimando la frustración*, cuando la perfección del acto carnal sea independiente de la voluntad del agente, que es lo que en este caso ocurre, en que el culpable llegó hasta la eyaculación, aunque fuera del conducto normal, por no lograr la introducción en el mismo de su miembro viril, y ello obliga a rechazar el recurso» (S. 21 octubre 1969).

Hay delito frustrado y no tentativa cuando se declara probado que el delito se hubiera consumado de no ser por la intervención de terceras personas que consiguieron impedirlo (S. 11 noviembre 1969).

§ 3. Artículo 8: 4.º, *Legítima defensa*.—La riña mutuamente aceptada excluye la apreciación de la circunstancia de exención de legítima defensa (S. 13 diciembre 1969).

Legítima defensa incompleta.—Rechazada la causa de exención del número 4.º del art. 8 por la ausencia del requisito esencial y primario de la agresión ilegítima, debe asimismo rechazarse por igual razón la apreciación de la atenuante (S. 13 diciembre 1969).

§ 4. Artículo 9: 1.ª, *Enajenación mental incompleta* (en relación con el número 1.º del art. 8).—Impedir a los demás condueños de la casa la entrada a la azotea que era de utilización común, primero mediante la instalación en la puerta de un cerrojo con llave, y después sustituyendo la puerta por otra de hierro, cuya llave poseía en exclusiva el procesado, haciendo imposible, además, el engrase del ascensor, son hechos de gravedad manifiesta que excluyen la estimación de la falta de coacciones, pues configuran el delito del art. 496 del C. p. no obstante presentar el encausado una *personalidad exaltada con rasgos de matiz paranoide y deformación catatímica de la realidad*, que desvía sus facultades mentales y disminuye las volitivas, sin anularlas, sin que tal alteración psíquica influya en la tipicidad y sí tan sólo en la imputabilidad del sujeto, lo que puede conducir a estimar concurrente la atenuante primera del art. 9.º, en relación con la circunstancia de exención 1.ª del art. 8.º (S. 9 diciembre 1969).

§ 5. Artículo 9: 4.ª, *Preterintencionalidad*.—En contra de la sentencia de la Audiencia, que apreció homicidio por imprudencia temeraria, el T. S. estima homicidio preterintencional, en base a considerar la presencia ilegítima del procesado en casa ajena; «*lo cual viene determinado por la ilicitud del acto voluntario inicial que desencadenó el suceso...*», una reyerta con mutuas violencias, consistentes en empujones entre invasor y víctima, que culminaron en un voluntario empujón dado por el procesado a su contrincante, que perdió el equilibrio y se cayó por las escaleras al suelo causándose lesiones que le produjeron la muerte; actuación violenta que no puede menos de merecer la calificación de dolosa, siquiera sea en su grado de *eventualidad* y preterintencionalidad en su resultado, por cuanto al autor del referido empujón mal podía ocultársele las más que probables consecuencias lesivas y aún mortales que su voluntario y hostil acto de fuerza podía naturalmen-

te ocasionar, al precipitar de espaldas la persona a la que empujaba por la escalera con aristas vivas, sin barandilla ni protección alguna natural y sobre suelo duro; caso bien distinto al contemplado en la S. de 17 de diciembre de 1958, en la que escapaba a la previsión de la persona que dio el empujón a una señora contra una barandilla, que ésta cediese, se rompiese y cayese la empujada a un patio, produciéndose lesiones que determinaron su fallecimiento» (S. 6 octubre 1969).

No cabe —según declara el T. S.— apreciar la atenuante 4.^a del art. 9 en una riña, pues en ésta la agresión mutua y violenta dificulta la medida exacta del ánimo del procesado, quien empleó un medio idóneo al morder la nariz de su contrario para causarle lesiones, cuya mayor o menor entidad dependía de la presión de los dientes, y no se probó que ésta excediese de lo querido por el recurrente, envuelto en un recíproco intercambio de golpes y mordiscos (S. 4 diciembre 1969).

No puede apreciarse la circunstancia 4.^a del art. 9 del C. p., cuando falta en el hecho la base fáctica necesaria para apreciar la verdadera intencionalidad del agente, por lo que hay que acudir a los actos externos realizados, conforme a los cuales hay que admitir que una patada puede producir mucho daño, como en el presente caso, pues todo depende de la fortaleza de la acción y del lugar dañado (S. 13 diciembre 1969).

§ 6. Artículo 9: 8.^a, *Arrebato u obcecación*.—El arrebato u obcecación tienen un carácter subjetivo que radica en el entendimiento que se ofusca o en la voluntad que se sobreexcita. Y sólo atenúan la responsabilidad cuando se convierten en móviles no reprobables, justos, porque la conducta por ellos afectada *rebaja la perversidad del agente*. De ahí que no concurran cuando el sujeto activo se arrebatara por causas inconfesables, como celos de una hija, la apetencia carnal incestuosa o la contrariedad a su pasión desatada, factores que, en modo alguno, son estímulos que puedan ser admitidos en la conformación e interpretación de esta atenuante (S. 18 diciembre 1969).

§ 7. Artículo 10: 1.^a, *Alevosía*.—La circunstancia agravante de alevosía, referida a la ausencia de riesgos para la persona del culpable que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, posee *naturaleza de índole objetiva* (S. 22 octubre 1969.)

El ánimo, como elemento interno, es preciso deducirlo por el conjunto de datos antecedentes y coetáneos al hecho concreto que puedan dar muestra de la voluntad, de modo que la presencia del *animus necandi* se deduce, en el caso debatido, de la clase de arma utilizada, de la dirección de los golpes asestados a la ofendida y de la forma misma de la agresión (S. 11 noviembre 1969).

La estructura de la alevosía, de *naturaleza objetiva* en cuanto a los medios, modos o formas de ejecución, muestra su marcada *nota subjetiva* en la elección que el agente hace de ellos para buscar el aseguramiento al realizar el ataque y evitar el riesgo, logrando o aprovechando la indefensión de la víctima; esta ambivalencia de la agravante demanda el estudio total, no reducido a una circunstancia de lugar, de tiempo, de posiciones entre los sujetos, aunque tales particularidades desvelen la intención del agresor, quien ha de conocer y querer los instrumentos y maneras para una más segura y perversa agresión. (S. 21 noviembre 1969).

§ 8. Artículo 10: 8.^a, *Abuso de superioridad*.—La esencia de esta causa de agravación consiste en aprovecharse de fuerza notoriamente ventajosa para la comisión del delito, restando, por tanto, medios de defensa adecuada a la persona perjudicada (S. 20 noviembre 1969).

§ 9. Artículo 10: 9.^a, *Abuso de confianza*.—La circunstancia 9.^a del art. 10 del C. p., *obrar con abuso de confianza*, no requiere que el abuso sea grave, sino que basta quebrante los deberes de lealtad, consecuencia de la confianza depositada, derivada de las relaciones existentes entre el agente y su víctima, que le sitúan a aquél en condiciones de privilegio para cometer el hecho punible con mayores facilidades de ejecución y en mejores condiciones y probabilidades de lograr la impunidad (S. 24 octubre 1969).

§ 10. Artículo 10: 13.^a, *Nocturnidad*.—«La circunstancia agravante de nocturnidad del núm. 13 del art. 10 del C. p., basada en las ventajas de menor riesgo para el delincuente que la oscuridad produce, en orden a la mayor facilidad comisiva, indefensión de la víctima o inidentificación de aquél, requiere para producirse, que al *elemento subjetivo o intencional* de buscar o aprovechar la noche para la ejecución del delito, acompañe el *objetivo* de realizarlo al amparo de las sombras, por ausencia de luz natural» (S. 10 octubre 1969).

§ 11. Artículo 10: 15.^a, *Reincidencia*.—Condenado el procesado por cuatro delitos de robo concurriendo la agravante de reiteración, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en el sentido de que no existe reiteración, sino reincidencia, en base a que «el recurrido fue condenado anteriormente por los delitos de hurto de uso, comprendidos en la L. de 24 diciembre 1962, con fecha 3 octubre 1967, por hechos cometidos en fecha de 27 de febrero, uno de los delitos, y el restante el 23 ó 24 del mismo mes y año, que están comprendidos en el art. 516 bis, en idéntico título que el delito de robo de que se trata en los autos presentes, y ello ya lo estaba en las fechas de comisión de los delitos que aquí se juzgan; por tanto, debió aplicarse la reincidencia del núm. 15 del art. 10 del C. p., *que sólo exige que, al delinquir, el culpable haya sido condenado por delito comprendido en el mismo Título, pero no que los hechos estuviesen ya comprendidos en el mismo Título al ser anteriormente condenado; siendo el caso de auto: ya resuelto en sentido análogo a como solicita el recurso presente con igual criterio por esta Sala en sus SS de 11 junio y 14 octubre de 1968, expresando la última que la inclusión en el mismo Título, supone la igualdad, analogía o similitud de los delitos de que se trate*» (S. 2 octubre 1969).

§ 12. Artículo 10: 16.^a, *Desprecio de sexo*.—Aun reconociendo la actual empresa de equiparar en derechos a los dos sexos, siempre el respeto a la mujer, la consideración y amparo que por serlo merece, sigue informando la circunstancia de agravación decimosexta del artículo 10 del Código penal, y coexiste con la alevosía, aunque ésta, por su forma rápida, inopinada, sin posibilidad de reacción o defensa, parezca igualar a las víctimas, al no permitirles actuar conforme a distintos moldes de fuerza o debilidad según el sexo (S. 21 noviembre 1969).

§ 13. Artículo 11, *Circunstancia mixta de parentesco*.—Cfr. § 43, (S. 29 octubre 1969).

§ 14. Artículo 14: 1.º, *Autoría* (delito de lesiones).—«El concierto de voluntades de los procesados surgió, de modo tácito, en el instante en que, simultáneamente, según razona la Sala de la Audiencia, los procesados de manera consciente y deliberada lanzaron las piedras, una de las cuales, aunque se ignora quién la disparó, causó la lesión que produjo al lesionado la pérdida de los dos tercios de la visión en el ojo derecho» (S. 23 septiembre 1969).

Habiéndose ejecutado los actos en cumplimiento del acuerdo previo entre los intervinientes, solidaridad de intención que les constituye en *coautores*, por su ejecución en virtud de la unidad de acción acordada y concurriendo, por consiguiente, todos a la ejecución material del hecho, con participación directa, merecen la calificación de autores, con arreglo a la doctrina de esta Sala, tanto el que se introdujo en el establecimiento como los que esperaban vigilando fuera, para después juntos trasladar el género robado (S. 15 noviembre 1969).

Autoría directa (Cooperación necesaria).—«Una vez más vuelve a plantearse ante esta Sala el problema de la distinción entre la autoría por cooperación necesaria y la participación por complicidad; y para que sirva de norma para marcar la línea divisoria que separa los campos de actuación de estos grados de intervención en el delito, ha de tenerse muy presente la redacción del art. 14 del C. p., que empieza diciendo «se consideran autores», a los que en los tres números que siguen señala, a saber: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho; que en la realidad son los autores por antonomasia, por *su participación activa* y sin rodeos en el fin delictivo propuesto y por ellos realizado y consumado del modo especial previsto; mientras que en los dos números que le siguen, *la autoría no es directa*, pero por la equiparación que hace este precepto definidor, se *consideran autores, aunque sus actos no sean de ejecución material*; además, sirve de *pauta orientadora para describir el autor por cooperación necesaria, el grado de intensidad de los actos que realiza el cooperador*, pues los que ejecuta, con la natural malicia, son distintos de los que constituyen la figura delictiva elegida, pero indispensables para su realización, *en el caso concreto*, no en abstracto, que se contemple; y por último, y ello abarca todas estas normativas diferenciadoras, haciéndolas innecesarias o convirtiéndolas en puntos de apoyadura, en los casos *en los que aparece concierto de voluntades anterior o simultáneo, ya sea expreso o tácito, para realizar un delito determinado, pues a todos los que se conciertan para un fin ilícito penado por la Ley se les considera autores, cualquiera que sean los actos ejecutados por cada uno de ellos en el reparto de papeles a desempeñar, que convergen en el delito y han de ser castigados con las penas asignadas a los autores*» (S. 25 octubre 1969).

Artículo 14: 3.º, *Cooperación necesaria*.—El llevar a cabo el acto de traslado de la propaganda implica que haya de ser condenado el recurrente como *coautor*, «al haber cooperado con un acto necesario a la ejecución del hecho, que de haberse omitido, no se hubiera alcanzado en cuanto al resultado de difusión apetecido» (S. 6 octubre 1969).

El art. 14, núm. 3.º, del C. p. acepta la importancia de los factores objetivos

de la acción delictual, para convertir en autoría la conducta inferior por su contenido esencial, a la de real ejecución material del hecho —núm. 1.º— y a la basada en actividades psicológicas o morales —núm. 2.º—, en virtud de la cual se coopera a la ejecución del delito, facilitándolo, con un acto sin el cual no se hubiera efectuado, y que, por lo tanto, ha de ser causalmente eficiente por su trascendencia práctica, en atención a resultar necesario e imprescindible, y que sea anterior y periférico a la actividad material realizada por el autor-ejecutor, pero relacionado con el quehacer ejecutivo de manera tal que resulte decisivo e indispensable para el buen éxito de la empresa criminal, dentro de su condición de auxilio necesario, al operar como comportamiento concreto que conduce al resultado; por lo que en definitiva, la conducta cooperativa ha de consistir en un quehacer personal o de proporcionar objetos materiales, hábiles para repercutir en la ejecución adecuada, y que sean de difícil consecución, pues, si resultan fáciles de otorgar o conceder, la conducta se rebajaría al inferior límite de la complicidad penal, a cuyo fin la jerarquía y contenido de estas formas de participación debe establecerse, mejor que sobre bases enteramente abstractas, sobre el *pragmatismo* de cada supuesto concreto, con un criterio particular y relativo (S. 29 diciembre 1969).

§ 15. Artículo 24, *Retroactividad de la Ley penal*.—El principio general de irretroactividad de la ley para regir los hechos ocurridos antes de su vigencia o nacimiento, proclamado en el art. 3.º del C. c., se exceptúa por el art. 24 del Código penal, que por razones «*humanitatis causa*» o «*in mitius*» sienta la retroactividad de las leyes punitivas en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta. aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y estuviese cumpliendo condena, y de entre los dos criterios dominantes en la doctrina científica, el que lleva la retroactividad hasta la cosa juzgada, para ante ella detenerse, y el que la conduce hasta la destrucción de la ficción procesal de su santidad, aquella norma escogió este último, llegando incluso esta Sala, en la interpretación de tan generoso precepto, y siguiendo un criterio «*pietatis causa*» más que de estricto rigor científico, a determinar, con hemenéutica «*in bonam partem*», la *retroactividad hasta de las penas ya extinguidas totalmente por su cumplimiento, sobrepasando la dicción literal de dicho art. 24*, y dejando sin efecto las penas consignadas en el Registro de antecedentes penales, que no operan para la reincidencia y reiteración, cuando concurra la exigencia clave de que por la vigencia de la ley posterior dejen de constituir delito.

Si bien el criterio legal y jurisprudencial expuesto resulta enteramente ajustado a derecho y a razones naturales y de equidad en los casos de supresión de un anterior delito por resultar posteriormente injusto, no sucede lo mismo con las modificaciones de las cuantías de los delitos patrimoniales que se efectuaron en los últimos tiempos con gran reiteración, pues no obedecieron a estrictas razones de benignidad legislativa, con aflojamiento de la penalidad, o a la existencia de nuevas condiciones jurídicas surgidas en la comunidad social, sino que deben su causa exclusivamente al *hecho económico devaluatorio por disminución del poder adquisitivo de la moneda*, que hizo elevar el límite máximo de la falta, y el mínimo del delito sobre los anteriormente marcados, pues, en este caso, la corrección no afectó

al alcance cualitativo del delito, que es el mismo, ni al valor de la cosa, que sigue siendo igual que era precedentemente, siendo también de la misma entidad la «*voluntas sceleris*» del delincuente, así como el perjuicio patrimonial causado al perjudicado, atendiendo las circunstancias económicas de cada tiempo, por lo que en esta especial situación lo apropiado legislativa y científicamente es *detenerse ante las sentencias ya ejecutadas*, no destruyendo la santidad de la cosa juzgada, ni modificando los antecedentes penales, ni la operatividad en cuanto a la reincidencia y reiteración con arreglo al art. 5.º de la Ley de 8 de abril de 1967. Por lo que no puede estimarse el recurso (S. 13 noviembre 1969).

§ 16. Artículo 61: 6.ª, *Multirreincidencia* (en relación con la circ. 15.ª del artículo 10).—Según reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S., para la apreciación de multirreincidencia «no es necesario que la reincidencia conste fuera apreciada en las condenas anteriores, por cuanto no se trata de una sucesión meramente numérica de reincidencias, hasta el punto de que no se pueda llegar a la segunda sin haber aplicado la primera, sino de una sucesión o plenitud de condenas, en que la razón etiológica de esta extraordinaria agravación es la insensibilidad del condenado para apartarse del camino delictivo por la pena anterior, bastando conste ha sido varias veces sancionado con anterioridad para que en la nueva infracción se le considere multirreincidente, ya que otras tantas veces fue corregido infructuosamente por el mismo tipo de delincuencia, siendo rigurosamente intrascendente que estas varias condenas fueran impuestas en una sola sentencia o en varias» (S. 20 octubre 1969).

Por la Ley de 23 de diciembre de 1961 y el Decreto de 24 de enero de 1963, en el núm. 3.º del art. 516 del C. p. se suprimía la disyuntiva de «o más veces», descrita en la reforma anterior, y de esta manera, a partir de la segunda condena, se originaba la multirreincidencia con sus efectos de agravación específica; por tanto, esta agravante incriminativa se constituye en dos reincidencias, o sea, al cometerse el tercer delito. La nueva redacción de la norma consiente la estimación de nuevas agravantes genéricas del 10: 15.ª, pero no puede revisarse la procedencia de las mismas cuando el M. Público no ha solicitado la aplicación en sus conclusiones (S. 4 diciembre 1969).

El hecho de estar la procesada condenada anteriormente por robo no obliga a considerarla reincidente según la circunstancia 15.ª del art. 10 del C. p., si esta circunstancia es calificativa del núm. 4.º del art. 515, que es el que se aplica (S. 4 diciembre 1969).

A partir de la Ley de 8 de abril de 1967, que establece en el último párrafo de su art. 5.º, que no se rectificarán las sentencias ya ejecutadas por la variaciones de cuantía y mantendrán su primitiva calificación de delito o falta, no es preciso conocer la cuantía de los delitos anteriores, los cuales permanecen inmodificables, con la calificación que, en su momento, les dieran las sentencias ejecutorias precedentes (S. 18 diciembre 1969).

§ 17. Artículo 69, *Delito continuado* (Estupro).—El T. S. casa la sentencia dictada por la Audiencia, la cual había apreciado cuatro delitos distintos de estupro (por estimar que cada uno de los accesos carnales con la volición de la

víctima representaban otros tantos delitos y no manifestaciones diversas del primer acceso, momento en que se inicia el delito base), por considerar que, «según reiterada jurisprudencia de esta Sala, ha de partirse de la presunción de honestidad de la agraviada, que, por otra parte, dada su corta edad, hay que entenderla concurrente, hasta que la delictuosa actuación del acusado al seducirla hizo que ésta originaria honestidad se perdiera, *no siendo los actos de repetición del coito más que sucesivas manifestaciones de un doloso propósito inicial*, por el que se consiguió el acceso carnal con la menor; a pesar de que el supuesto no sea exactamente coincidente con la normativa jurisprudencialmente elaborada del llamado «delito continuado», ya que se trata de un delito con una común ideación y posteriores manifestaciones ejecutivas que, a múltiples efectos, entre ellos el prescriptivo, *determinan una subsiguiente actuación delictuosa, pero que no generan ni dan vida a diversos delitos sino a uno solo, puesto que, pérdida la honestidad en el primer acceso, falta ya el presupuesto esencial que exige para su incriminación el art. 436, párr. 3.º del C. P.*» (S. 22 septiembre 1969). Cfr. en sentido contrario: S. 2 mayo 1969.

Delito continuado (Robo).—Han de calificarse los hechos como delito continuado de robo, cuando de ellos se desprenden los requisitos esenciales de dicho delito, como son: identidad del sujeto activo y pasivo, repetición con el mismo propósito doloso de actos idénticos en lapso de tiempo de imposible concreción, pero encaminados al logro del mismo fin y con empleo del mismo medio comisivo, la llave legítima sustraída al propietario, siendo, habida cuenta de la imposibilidad de individualizar las diferentes acciones aisladas, perfectamente adecuada la teoría del delito continuado; sin que sea en modo alguno necesario para calificar los hechos como constitutivos del delito de robo en casa habitada el que se especifiquen las fechas de las infracciones realizadas, ni las cantidades sustraídas en cada una de ellas (S. 1 diciembre 1969).

§ 18. Artículos 68 y 69. *Concurso de delitos* (Falsedad y apropiación indebida). El concurso de leyes sólo puede ser apreciado cuando exista un solo hecho o varios similares entre sí que puedan ser encuadrados en una u otra tipicidad pero no se da tal concurso cuando el agente ha ejecutado hechos que, independientemente y separadamente, aunque mantengan relación entre sí, pueden y deben ser calificados como dos delitos totalmente diversos.

Apareciendo innegable *la relación de medio a fin*, no esencial, pero sí complementaria, entre la falsificación de las letras y la apropiación indebida, y la *unicidad de propósito delictuoso y simultaneidad de acciones delictivas*, así como la identidad de todas las mutaciones de la verdad, la del sujeto activo y pasivo y la del bien jurídico violado, se está *ante una sola entidad delictiva más que ante un verdadero delito continuado de falsedad*, pues todas las falsificaciones tendieron a un solo y único fin, encubrir, aunque sólo fuera temporalmente, la indebida apropiación (S. 24 noviembre 1969).

§ 19. Artículo 70: 2.^a, *Delitos conexos*.—Del examen conjunto de la regla 2.^a del art. 70 del C. p. y de sus correlativos arts. 17 y 300 de la L. E. Crim., así como del 988 de la Ley referida, se deduce:

a) Que es voluntad de la ley hacer extensivo el beneficio de la limitación del

cumplimiento de penas estatuido en el párr. 1.º de esta regla incluso al caso y supuesto de haber sido impuesta en distintos procesos, si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo;

b) Que esta remisión a los criterios de conexión trae a colación y obligado examen los arts. 17 y 300 de la L. E. Crim.; en cuanto este último porque de la regla general que manda instruir un proceso por cada delito se exceptiona el supuesto relativo a los delitos conexos que se comprenderán en uno sólo; y en cuanto al 17 y en concreta referencia a su ap. 5.º, porque estima conexos los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuviesen «analogía o relación entre sí» y no hubiesen sido «hasta entonces sentenciados»;

c) Que, como claramente se advierte, la remisión que se hace en el innovado párrafo 2.º de la tan citada regla 2.ª del art. 70, es meramente indicativa y no estrictamente condicional, pues de interpretarse literalmente el precepto no tendría nunca posibilidades de efectiva aplicación, porque, de cometerse en diversos partidos o en diversas provincias y caso de estar ya sentenciadas independientemente, no entraría en juego la modificación que tiene su complemento en la introducida por la propia Ley en el art. 988 párr. 3.º donde se refiere a las condenas en distintos procesos y por distintos jueces o Tribunales. Entiéndese, por consiguiente, que la referencia que tanto en el precepto sustantivo como en el adjetivo se hace «a que pudieran haberse enjuiciado en uno sólo» y «a que pudieran ser objeto de uno sólo», se contrae, no a que, dado el lugar de comisión y la respectiva competencia territorial, los diversos hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, porque esto sería imposible cuando se cometieron en el ámbito de diversos partidos o provincias, sino a que por la naturaleza y circunstancias de los hechos, de no existir los diversos fueros territoriales, hubiesen podido ser acumulados en uno sólo.

Aparece, pues, claro que lo se pretende con estas innovaciones, al ampliar extensivamente el ámbito de esta regla 2.ª, es que puedan acumularse, a efectos de la limitación punitiva, sentencias diversas dictadas en distintos procesos e incluso provenientes de diversos Jueces o Tribunales.

Por otra parte, en sentencias recientes de 7 febrero y 17 junio 1968, esta Sala ha delimitado interpretativamente el campo de aplicación de la regla 2.ª del art. 70 y de su correlativo desenvolvimiento procesal contenido en el art. 988 de la Ley, para evitar que erróneamente pudiera estimarse que esta modificación del precepto autorizase de un modo absoluto, sin limitaciones ni cortapisas, la aplicación del nuevo precepto a todas las condenas impuestas anteriormente sin límite en el tiempo y en el espacio, y sin que hubiera la menor relación conexa entre los hechos que motivaron las sucesivas condenas.

Sin embargo, esta acertada doctrina no es utilizable cuando por la coincidencia de los tipos delictivos y de las formas de ejecución, por el limitado ámbito territorial en que se cometieron y por la exclusividad de la actuación del encartado, se infiere que, de haberse cometido en el mismo partido judicial, nada hubiese impedido que se enjuiciaran y fuesen resueltos en un solo proceso, terminado por una sola sentencia, la cual hubiera tenido que aplicar necesariamente el párrafo 1.º de la citada regla 2.ª del artículo 70.

Por consiguiente, en la actual normativa hay que tener en cuenta que el nú-

mero 5.º del art. 17 fija como criterio de conexión la «relación o analogía entre sí» de los delitos, utilizando para separar ambos conceptos la conjunción disyuntiva; de lo cual se infiere que pueden ser dos las razones de conexión: la «analogía delictual» o la «relación entre sí» de los diversos delitos que procediera acumular; y aunque es cierto que no basta la simple repetición del mismo tipo delictual si no concurren, como ya se ha indicado, otras circunstancias de similitud o semejanza que cualifiquen la analogía requerida, también es cierto que ésta concurre y se da plenamente en las estafas y falsedades enjuiciadas, según anteriormente se ha razonado (S. 22 diciembre 1969). Cfr. S. 20 noviembre 1969.

§ 20. Artículo 71, párrafo 1.º, *Concurso ideal* (Estafa y falsedad).—Inexistente ya en nuestro C. p. la denominada «falsedad con lucro», siempre que estemos en presencia de actividades ilícitas falsarias y defraudatorias o de estafa, al ser dos los bienes jurídicos lesionados —la propiedad y la buena fe mercantil—, existen dos figuras delictivas cuya relación entre sí se configura a través del concurso ideal de delitos regulado en el art. 71 del C. p. De forma que, existiendo una *relación de medio a fin* entre la falsificación de un documento mercantil y la estafa, acto el último con el que se consigue el lucro pretendido y se causa el perjuicio consiguiente a los sujetos pasivos, debe apreciarse concurso ideal de delitos (S. 22 diciembre 1969).

§ 21. Artículo 91, *Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*. Debe desestimarse el recurso en que se denuncia la infracción del art. 91 del C. p. por no señalar la sentencia el arresto supletorio que los condenados habían de cumplir en caso de impago de las multas impuestas, porque se pretende un pronunciamiento que, aunque en definitiva no se cumpliera por estar declarados los procesados solventes, se sumaría a los que ya les son favorables y saldrían de la casación en situación agravada, en contra de lo permitido en nuestro Ordenamiento procesal, privándose al tribunal «a quo», por otra parte, de la facultad discrecional de señalar el arresto sustitutorio, si se diera el supuesto legal de impago de las multas, como puede hacer, no sólo en la sentencia, como es práctica general de los juzgadores de instancia, sino en los trámites ejecutivos de ella, sin otra limitación que la establecida en el párrafo 1.º del precitado artículo; que los recurrentes pueden defender ejercitando el oportuno recurso, mas no por el de casación precautoriamente (S. 26 diciembre 1969).

§ 22. Artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, *Condena condicional (tipo de la revocación)*.—El artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 —Ley Figueroa— determina que, si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso; y si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de la prescripción. Normas relativas a la pérdida de los beneficios de la condena condicional concretadas a supuestos no equiparables al producido en el caso de autos, en el que si bien se dictó contra el sujeto otra sentencia condenatoria, ésta

fue motivada por un hecho cometido no durante tal plazo de suspensión sino con mucha anterioridad a su inicio, incluso anterior cronológicamente al hecho determinante del proceso en el que le fue concedida la condena condicional, y en consecuencia, es patente que *la ulterior condena sancionadora de un hecho acaecido con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios no puede determinar la revocación de los mismos*, equivaliendo la solución contraria a una inadmisiblemente extensiva interpretación de aquel texto legal, vulnerante también de uno de los esenciales principios inspiradores del instituto de la condena condicional, cual es procurar la regeneración del culpable estableciendo medidas de doble sentido o tendencia, estimulantes de su buen comportamiento, al posibilitar que la condena en definitiva no se ejecute, y advertidoras de lo contrario si delinque de nuevo, mas, en cualquier supuesto, operantes siempre tales resortes precisamente tomando en consideración la conducta del sujeto, en este particular extremo, durante el plazo de suspensión de la condena, y no antes ni después (S. 17 noviembre 1969).

Otorgamiento «ex necessitate legis» (Art. 94: 1.º del C. p. en relación con el número 1.º del art. 9).—La condena condicional, que suspende la ejecución de la pena privativa de libertad, *a medio de un perdón judicial condicionado con una admonición de buen comportamiento temporal que, de lograrse, produce el perdón definitivo de la sanción*, se regula con carácter general en el art. 93 del C. p., de manera que su apreciación corresponde a los Tribunales con módulo facultativo o potestativo, mientras que el art. 94, excepcionalmente regula la remisión condicional, concediéndola «ex lege» o por ministerio de la norma, imponiéndose imperativamente su aplicación al Tribunal sentenciador, por darse *un específico derecho subjetivo del condenado*, si concurre uno de los dos supuestos que describe.

Así pues el art. 94 del C. p., núm. 1.º, impone la concesión de la condena condicional, cuando «en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos, para declarar la exención de responsabilidad con arreglo al Código penal», norma que se refiere única e indudablemente, y según de consuno sostiene la doctrina científica, a *las eximentes incompletas establecidas en el número 1.º del art. 9, en relación con igual apartado del art. 8 del C. p., lo que nítidamente impide incluir en tal art. 94 núm. 1.º, las atenuantes establecidas en los demás números del art. 9, aunque se aprecien como muy cualificadas*, por tener entidad autónoma y esencia diferente de las eximentes incompletas, tanto por su genuinidad, como por su contenido, y por la misma definición legal y alcance punitivo, como se deriva no sólo de lo dispuesto en dichos arts. 8 y 9 números 1.º, relativo uno a las eximentes y otro a las atenuantes, sino también de la imposible identificación, que se deduce de que la eximente incompleta vincule, cuando se aprecie, aun existiendo agravantes, al Tribunal a rebajar, según el art. 66, la pena en uno o dos grados —«se aplicará» dice tal norma—, mientras la atenuante por sí sola nunca rebaja la pena, salvo que sea muy calificada y no concorra agravante alguna, en cuyo caso, según la regla 5.ª del artículo 61 del tan citado cuerpo legal, es facultativo del Tribunal bajar en uno o dos grados la pena que correspondiere —«podrán» dice este precepto—. En consecuencia, según esta doctrina, resulta evidente que, si al recurrente se le condenó por un delito de injurias y otro de desacato, con la concurrencia de la *circunstancia atenuante de embriaguez no habitual, muy cualificada, del nú*

mero 2.º del art. 9 del C. p., no puede aplicarse el art. 94 núm. 1.º citado, con su concesión imperativa de la condena condicional o por ministerio de la ley, toda vez que esta causa de atenuación autónoma y específicamente contenida en aquella norma no es entendida en el núm. 1.º del art. 9 como eximente incompleta, quedando fuera de su contenido, al que se remite sólo el art. 94 número 1.º; y no puede confundirse aquella atenuante, por su misma entidad, esencia y genuinidad, con la eximente incompleta, puesto que tienen contenido material diverso en la técnica penal, sirven para calificar situaciones diferentes de la embriaguez y hasta para alcanzar diferente penalidad, ya que con tal fin se atiende tanto a su alcance como a la condición de la intoxicación etílica, según valoración discrecional del Tribunal; razones por las que, al tratarse de una atenuante y no eximente parcial, estuvo bien aplicado el art. 93 de dicho C. p., que permite, *sin posible censura en casación* —art. 95 a *sensu contrario*— operar facultativamente, individualizando la concesión o denegación de la remisión condicional, como antes se expuso (S. 29 noviembre 1969).

§ 23. Artículo 112: 5.º, *Perdón del ofendido* (Adulterio).—Cfr. § 49. Sentencia 10 diciembre 1969.

§ 24. Artículo 117, *Responsabilidad civil* (en relación con los arts. 13, 100 y 108 de la L. E. Crim.).—El T. S. casa la sentencia absolutoria de la Audiencia, y estima el recurso del M. Fiscal, condenando al procesado a indemnizar a la heredera del interfecto, al considerar que «los Tribunales de lo penal y el Ministerio Público, por virtud de su propia función, están obligados a dar protección a los perjudicados por los delitos y a pesar de aquella renuncia, y en su misión protectora que no termina hasta el total cumplimiento de la sentencia dictada, tienen el deber inexcusable de proteger a los perjudicados y, portanto, en relación con las acciones nacidas del delito, a diferencia de las que surgen de las relaciones privadas, están obligados ineludiblemente a investigar, comprobar y discernir, con arreglo al último párrafo del art. 142 y el núm. 2.º del 742 de la misma ley, sobre la validez o invalidez con que se ejercitan o renuncian, poniéndose así remedio a renunciaciones ilegales y evitándose que en ocasiones de desgracia y en momentos de dolor moral y de angustia, de verdadero estado de necesidad en muchos casos, se consigan reducciones, que no se lograrían recobrada la serenidad perdida por la desgracia, al obrar con pleno discernimiento.

No siendo la responsabilidad civil derivada de delito en forma de indemnización de perjuicios a los derechohabientes de la víctima herencia del mismo como derecho correspondiente a dicha víctima, pues no estaba ni podía formar parte de su patrimonio, ya que se originó por su propia muerte, y lo que tenía es el derecho a vivir, y se compensa con la indemnización a sus herederos el daño material y moral que la extinción de esa vida les ocasiona, lo que surge a favor de los sucesores del interfecto es un *derecho de crédito personal* dirigido a la reparación del daño que se les haya podido causar y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados con la muerte a su mujer e hija en general y en términos abstractos, a los herederos en sentido amplio; derecho que pasó automáticamente a integrarse en sus respectivos peculios, quedando sujetos el de la:

hija a la administración de la madre viuda, por tratarse de hija menor de edad».

La responsabilidad civil derivada de delito, en forma de indemnización de perjuicios a los derechohabientes de la víctima, se extingue, por tanto, como establece el art. 117 del C. p., del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil; lo que permite que cualquier clase de convenio sobre dicha responsabilidad, entre personas mayores de edad, pueda constituir un pacto inrominado que conduzca a la extinción de la responsabilidad referida; pacto que dentro del proceso penal es revisable en todos los casos que puedan plantearse y muy especialmente cuando se obra en nombre de otro, singularmente en el caso actual, de la madre que obra en representación de hija menor de edad, debe calificarse tal actuación conforme a las construcciones jurídicas admitidas por la ley, y tratándose de un derecho de crédito, según hemos expuesto, parece el marco más idóneo para encuadrarla el contrato de transacción.

Conforme a esta doctrina, ha de tenerse por inválida la renuncia del derecho de la hija, hecha por su madre, cuando no consta el provecho que la citada renuncia pueda reportar a la menor, al ignorarse dato tan esencial, como es la cantidad que recibió como indemnización, y no describirse las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la transacción, ya que la representación de la madre para actuar como gestora-administradora en nombre de los hijos menores, en los asuntos patrimoniales, sólo abarca, según se infiere del último inciso del art. 155 del C. c., los actos que puedan redundar en beneficio de los hijos» (S. 19 diciembre 1969).

§ 25. Artículo 164 bis b), *Ofensas al Movimiento Nacional*.—Si bien el Movimiento Nacional no está encarnado actualmente en la Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S., porque tiene una concepción más amplia, dado el artículo 4.º de la Ley Orgánica del Estado, lo que no ofrece duda es que la Falange está en el Movimiento, como estuvo siempre, según se advierte recordando sus Estatutos de 31 de julio de 1939 y, después de su derogación, por la disposición final primera del D. de 20 de diciembre de 1968, en el preámbulo de este último Decreto; y siendo su emblema cinco flechas en haz abierto y un yugo apoyado sobre la intersección de las mismas, el que daña este emblema como señal de desprecio para el Movimiento Nacional incide en el art. 164 bis del C. p. (S. 23 diciembre 1969).

§ 26. Artículo 165 bis b), *Propaganda ilegal (tentativa como delictum sui generis)*.—No puede configurarse como tentativa una conducta que se integra en el tipo penal definidor como plenamente consumativa, como es el caso de la tenencia de un libro de contenido subversivo para su ulterior reparto y distribución, que completa de este modo totalmente el «*iter criminis*» de la propaganda ilegal (S. 18 diciembre 1969).

§ 27. Artículo 172: 2.º, *Asociación ilícita* (en relación con art. 513).—Para que tenga sustantividad propia e independiente la figura delictiva sancionada en el art. 172: 2.º, se requiere que la asociación quede en el mero concierto de voluntades, pero cuando, por el contrario, los sujetos activos llevan a la práctica lo acordado, con actos externos de ejecución directa, consumando el delito de robo

como ha sucedido en el supuesto contemplado, cesa la figura delictiva de asociación ilícita, para entrar en juego las normas sustantivas concernientes al delito de robo realizado, procediendo casar la sentencia recurrida en dicho sentido, absolviendo a los procesados del delito de asociación ilícita (S. 15 noviembre 1969).

§ 28. Artículo 172: 4.º, *Asociación ilícita* (en relación con el núm. 1.º del art. 175).—Según declara nuestro Tribunal Supremo, la argumentación que fundamenta el recurso en el sentido de que «el Sindicato Democrático de Estudiantes de la Universidad de Barcelona era un Sindicato no legal pararelo y opuesto al Sindicato libre y que en su fundación no se cumplieron los trámites previstos en la vigente Ley de Asociaciones, sosteniéndose no obstante que su constitución queda fuera del núm. 4.º del art. 172 del C. p., porque no toda asociación ilegal es ilícita a efectos penales, dada la distinción entre lo ilícito civil, policial y penal y la existencia de causas supralegales de justificación que privan de antijuridicidad la actuación ilegal contraria al Derecho de libertad de asociación reconocida por todas las fuentes de cultura, *es una argumentación de tipo doctrinal o especulativo ajena al área de la casación*, en donde el concepto de lo justo y de lo injusto ha de examinarse a través de la norma positiva vigente en el momento de que se trata, y cuando esta norma eleva a delito la infracción de preceptos policiales o administrativos, como en el caso contemplado en la infracción, *existe el dolo al quebrantar conscientemente lo establecido para la constitución de la Asociación, abstracción hecha de que el fin perseguido por ésta no sea delictivo, porque lo que el núm. 4.º del citado art. 172 sanciona es precisamente esa constitución ilegal, «sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley» a diferencia de los núm. 1.º y 2.º que contemplan el objeto o fin perseguido*; de ahí que al reconocer los mismos concurrentes que constituyeron el mencionado Sindicato sin someterse a la ley de Asociaciones, han de aceptar lo ilícito penal de su conducta con arreglo al mencionado precepto, que, en contra lo que se dice en el recurso, *crea un delito de tipo formal, en cuanto sólo contempla las formalidades observadas para constituir la asociación; no pudiéndose invocar en contra de esta norma positiva penal preceptos abstractos de Derecho Natural libremente interpretados, porque ello conduciría al caos y haría ilusoria toda ley punitiva ya que ésta como todas las demás han de traducir en reglas concretas aquellos preceptos y prevén causas de justificación —estado de necesidad y legítima defensa— en aquellas situaciones de emergencia, en que derechos fundamentales de superior rango corran el riesgo de ser vulnerados, cosa que no ocurre en el caso que se examina* (S. 14 octubre 1969).

§ 29. Artículo 222: 2.º, *Sedición*.—«Con anterioridad a la reforma del artículo 222 del C. p., por la Ley de 21 de diciembre de 1965 todo conflicto colectivo de trabajo, bien se tratara de coligaciones de patronos o de huelga de obreros, y cualquiera que fuese la intención y fin que las impulsase, constituía siempre delito de sedición sin alzamiento al menos, pero desde la vigencia del nuevo precepto reformado, quedan al margen de su contenido y resultan atípicos los conflictos de trabajo que tengan un móvil estrictamente laboral, y sólo se incriminan en él, con su contenido de riesgo más que de daño, los conflictos de

carácter político, que entrañan una perturbación de los fines comunitarios y de la actividad del Estado, oponiéndose al primario bien común y a su indeclinable satisfacción colectiva, porque estos conflictos políticos contienen el *presupuesto objetivo de la suspensión o alteración de la regularidad del trabajo* y el *elemento subjetivo* de la antijuridicidad, de condición netamente finalista, pues se trata de un delito de intención ulterior, en que la conducta de la pluralidad de sujetos *atente intencionalmente contra la seguridad interior del Estado*, o bien perjudique su autoridad, o perturbe su normal actividad, o en fin, perturbe también de manera grave la producción nacional; y para que concurra esta última finalidad deseada o buscada subjetivamente, de perturbación de la producción de manera intensa, que refleja la conexión existente entre la política y la economía, elevando la materialidad de ésta a postulado ideal de aquélla, que debe defenderse, porque al hacerlo se protege el bienestar comunitario aludido, es evidente, que su contenido no ha de ponerse en relación exclusivamente con la alteración honda de la producción nacional en su absoluto conjunto, sino que es suficiente que la perturbación proveniente de la conducta antijurídica afecte a la producción de bienes económicos de manera intensa y al consumo de bienes primarios para el hombre, de forma tal que repercuta en el ámbito general, aunque se localicen en una zona del mismo, a cuyos habitantes afecte o lesione más directa y especialmente» (S. 19 diciembre 1969).

§ 30. Artículo 236, párrafo 1.º, *Atentado*.—El procesado, en cuyo comportamiento aparecen el «*dolo de acometimiento*» a Agente de la Autoridad previsto en el art. 236 párr. 1.º en su relación con el núm. 2.º del art. 231 del C. p., y un manifiesto «*animus laedendi*», que dio lugar a la producción de lesiones graves previstas en el art. 420 núm. 3.º del propio cuerpo legal, incurre en un delito de atentado y en otro delito de lesiones graves, pues de una parte hubo un claro propósito de acometer a la Autoridad y de otro, cuando menos, una clara voluntad de lesionar, sin que en manera alguna el atentado cometido pueda degradarse a la resistencia o desobediencia grave (S. 6 diciembre 1969).

§ 31. Artículo 240, *Desacato*.—El T. S. absuelve al encausado del delito que se le imputaba, considerando que el delito de desacato es un *delito de tendencia* como los de calumnia e injuria, caracterizándose por asumir autoridad la persona ofendida y hallarse ejerciendo funciones propias de su cargo, o por ser calumniada, injuriada, insultada o amenazada con ocasión de ellas, y es el «*animus*» del agente lo decisivo para descubrir si existe tipicidad penal, como elemento interno que da vida delictiva a los hechos, si bien ha de atenderse asimismo, por ser trascendente para la calificación jurídica, a si el sujeto activo estaba también investido de autoridad y a si profirió las expresiones o ejecutó la acción objetivamente delictiva en el desempeño de su cargo, porque, si así fuera, no encontraría acomodo en el artículo 240 del Código, por no darse desacato entre autoridades, a menos que la ofensora esté subordinada a la ofendida, según se dio a conocer en las SS. de 12 junio 1889, 9 julio y 4 noviembre 1890, 31 enero 1902, 22 abril 1909 y 28 octubre 1930 (S. 29 diciembre 1969).

§ 32. Artículo 246, párrafo 2.º, *Desórdenes públicos*.—«Dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, el de desórdenes públicos en abstracto, y en particular el delito del párr. 2.º del art. 246 del C. p., creado por la modificación establecida por la Ley de 8 abril 1967, defiende la disciplina académica dentro de las instituciones de enseñanza en particular, en pro de su recto ejercicio, contra las alteraciones de la paz, sobre la base de un presupuesto subjetivo o personal negativo, de que el *delincuente no pertenezca al centro docente, en que actúe*, y de un elemento dinámico, intencional y dirigido a perturbar materialmente su normal actividad, a menoscabar la libertad de enseñanza o a provocar la desobediencia a la Autoridad académica, que es un tipo cualificado en relación al párrafo anterior del art. 246 que se aplicaría en los dos primeros supuestos, o con el delito de desobediencia en el tercero, de no concurrir tal carácter subjetivo.

El concepto «centro» se adopta en un sentido localista, referido en singular a establecimiento, edificio o instalación destinada con individualización, dentro de una generalidad, a la enseñanza, y al que figuren adscritos unos estudiantes con exclusión de otros, pues el *Centro docente no es el todo o la Universidad, sino una parte o fracción de algo más amplio, como se deriva de la circunscripción del «centro» en relación a los demás elementos que lo enmarcan local o físicamente, ya que de otra manera el legislador hubiera empleado el término Universidad más omnicomprendivo y preciso*» (S. 11 octubre 1969).

§ 33. Artículo 251: 1.º, *Propaganda ilegal*.—Difundir equivale a propagar, extender, repartir, que es lo que hizo el procesado en varios lugares de La Coruña, con las hojas tituladas «Nosotros los obreros»; y como, además, le fueron ocupados, al ser detenido, varios ejemplares que tenía para hacerlos circular —otra de las formas de la propaganda ilegal— su conducta es delito de propaganda ilegal, dado que conocía el texto subversivo, en el que se afirma que el único camino de los obreros son las «Comisiones Obreras», netamente comunistas y subversivas, lo que pone al descubierto el ánimo delictivo del procesado, sin que a ello se oponga su personalidad y lo venerable de su ministerio, cuando no se extralimita en sus funciones (S. 12 diciembre 1969).

Artículo 251: 3.º, *Propaganda ilegal*.—El delito de propaganda ilegal presupone para su existencia: 1.º Un requisito *material u objetivo* (la acción del sujeto consiste en la tenencia o la distribución de las publicaciones descritas en el párrafo penúltimo de dicho precepto); 2.º Un *elemento subjetivo*, integrado por el «*animus diffundendi*» dirigido finalísticamente a la realización de alguno de los objetivos concretos incorporados al tipo y establecidos en los cuatro apartados del artículo; de suerte que la aplicación del art. 251: 3.º implica que el *animus* de la propaganda se dirija contra la unidad de la Nación española o tienda a promover o difundir actividades separatistas (S. 6 octubre 1969).

La frase «Libertad pra Galicia» representa la «manifestación de un deseo idealmente secesionista», sin que pueda aducirse en contra que «se pedía mayor autonomía dentro de la unidad nacional» (S. 6 octubre 1969).

El llevar a cabo el acto de traslado de la propaganda implica que haya de ser condenado el recurrente como *coautor*, «al haber cooperado con un acto nece-

sario a la ejecución del hecho, que de haberse omitido, no se hubiera alcanzado en cuanto al resultado de difusión apetecido» (S. 6 octubre 1969).

§ 34. Artículo 321, *Usurpación de funciones*.—«El precepto contenido en el art. 321 del C. p., sancionador del ejercicio de los actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial obliga como *norma en blanco* al examen de las adecuadas disposiciones de índole administrativa, en este caso las que regulan la profesión de odontólogo, arvirtiéndose cómo mediante el D. de 4 junio 1875 se proclamó que el arte de dentista constituirá en lo sucesivo una profesión denominada de cirujano-dentista, para cuyo ejercicio se expedirá un título especial, creándose por O. de 13 agosto 1914 la Escuela de Estomatología, expresiva de que los Licenciados en Medicina necesitarán para ejercer la odontología cursar los estudios especiales que ésta comprende, a menos que se hallen en posesión del título de cirujano-dentista, adquirido con arreglo a las disposiciones entonces vigentes como aclara la O. de 9 noviembre del propio año de 1914, reiterándose en la de 6 abril 1918 —declarada vigente por la de 1 febrero 1943— que la profesión de odontólogo o de cirujano-dentista debe ser sólo ejercida personalmente por los que tengan los títulos correspondientes, sin que pueda delegarse en otra persona que carezca del expresado título, pese a que mediante R. O. de 28 abril 1925 —en la que se insiste en 2 agosto 1927— se extendieran los derechos adquiridos a todos aquellos médicos que ejerzan la profesión de odontólogo con anterioridad a la O. de 6 abril 1918, aunque no estudiaran las especialidades de la carrera, siempre que actuaran con gabinete abierto cumpliendo los demás requisitos al efecto establecidos, mas proclamando del modo más terminante que todos los médicos que sin título de odontólogo ejerzan la profesión con posterioridad a la fecha últimamente citada son intrusos a efectos del C. p., infiriéndose de toda esta normativa precedentemente invocada, sin ningún género de duda, la *imposibilidad en que bajo su imperio se hallan para el ejercicio de la odontología quienes posean solamente el título de Licenciado en Medicina y Cirujía*, incurriendo en otro caso en la figura delictiva prevista en el artículo 321 del Código penal» (S. 18 octubre 1969).

§ 35. Artículo 325, *Falso testimonio* (Requisito de procedibilidad).—El problema referente a la necesidad o no de autorización judicial para proceder en los delitos de falso testimonio hay que resolverlo, a falta de precepto literalmente aplicable, de acuerdo con la doctrina dominante de esta Sala, que, salvo los casos en que el proceso civil donde se supone cometido el delito no haya llegado a resolución definitiva, en los cuales no precisa tal autorización, *la exige en los demás por tratarse de un delito contra la Administración de justicia*, en donde el bien jurídico protegido no es el de la persona a quien pueda afectar la resolución judicial al pronunciarse sobre premisas y presupuestos falsos, resultando con ella lesionada la Institución de la Justicia, bien supremo de la sociedad al ser la garantía de los derechos de todos los ciudadanos; y de aquí que se haya creído conveniente que, al tratarse de enjuiciar el comportamiento de una persona dentro de un proceso judicial, sea el mismo órgano jurisdiccional donde se cometió el presunto desafuero el que autorice o promueva su persecución, tanto por ser el

Juez o Magistrado ante el que se ventiló la cuestión el que primeramente puede percibir la anormalidad, como por la conveniencia de que la autoridad que dictó la resolución sepa que se ha promovido un proceso que puede quebrantar seriamente los fundamentos de la misma y sentar los jalones de su posible ineficacia en un recurso de revisión; y en consideración a estos principios, el art. 325 del Código penal, preceptivo de un acuerdo previo del Tribunal para perseguir el comportamiento inicial presuntamente delictivo —querrela o denuncia falsa—, se viene aplicando también a los comportamientos tortuosos dentro ya del procedimiento —falso testimonio de peritos y testigos—, al no existir precepto prohibitivo de llevar a esta fase ulterior del proceso el precepto estatuido para su iniciación; y sin que *este requisito de procedibilidad* obstaculice a los particulares afectados el ejercicio de la acción penal, porque pueden acudir previamente ante el mismo Juez o Tribunal donde se supone cometido el delito exponiendo su pretensión, o deducir ésta ante el M.^o Fiscal para que promueva por los trámites adecuados la acción de la Justicia. (S. 10 noviembre 1969).

§ 36. Artículo 338, *Simulación de delito*.—Desestima nuestro más alto Tribunal el recurso interpuesto por el M. Fiscal, en base a considerar que el precepto debatido exige la presencia de dos presupuestos: 1.^o «Que la auto-acusación se haga ante Autoridad competente, *no ante agentes de policía o guardia civil*, según tiene declarado esta sala»; 2.^o «Que esa simulación de delito vaya seguida o motive una actuación procesal»; no concuriendo, en consecuencia, el primero de los requisitos en el caso discutido, en el cual el autor declaró ante la guardia civil, pero no compareció ante Autoridad ni agente policial para simular la comisión de un delito por su parte (S. 6 octubre 1969).

§ 37. Artículo 341, *Delito contra la salud pública*.—Siendo el delito contra la salud pública *un delito de riesgo* y no de resultado, según reiterada doctrina del T. S., de acuerdo con la rúbrica del capítulo II, Título V, del Libro II del Código penal, no es preciso que la sustancia nociva para la salud llegue a venderse por quien carezca de la autorización para ello, sino que basta quede en situación de ser vendida, siendo *la única forma comisiva posible la de consumación* (S. 8 noviembre 1969).

El tipo básico del art. 341 con el específicamente agravado del 344 del Código penal, en el que se incrimina en su conjunción, la conducta humana del que comerciere con drogas tóxicas o estupefacientes sin hallarse autorizado, es una *norma en blanco* y tiene, por su estructura, condición formal antirreglamentaria, que no exige resultado y que acoge una *situación de mero riesgo o de peligro inminente* que ataca a la salud colectiva de los seres humanos en general, por contener estos productos en sí nocividad.

Se tipifica, pues, un *delito de peligro* cierto y grave, o de riesgo y esta condición jurídica hace que se consume anticipadamente, «ab initio», por la *mera actividad del tráfico* para el destino ilegal de la droga, sin necesidad de que se realice la venta de un modo específico y concreto, ni su pago, ya que es suficiente que quede colocada a disposición del que pretende posteriormente enajenarla (S. 10 diciembre 1969).

§ 38. Artículo 405, *Parricidio por imprudencia temeraria*.—El Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal *a quo*, que [reformando el Auto del juzgado de instancia por el que se imputaba al procesado el delito de *parricidio frustrado*] condenó al inculcado por un delito de *parricidio consumado con la atenuante de preterintencionalidad*, en base a considerar que el loable principio espiritualista «*nulla poena sine culpa*», a cuyo tenor la responsabilidad criminal a título de dolo no debe extenderse más allá de la cierta y efectiva culpabilidad del agente, cualquiera que hubiese sido la extensión o gravedad del mal resultante de su conducta, sufre en los ordenamientos penales positivos y por influjo de exigencias políticocriminales, *sensibles desviaciones que implican concesiones en provecho del objetivismo*, inspiradas en el viejo criterio del «*versari in re illicita*», y plasmadas, en nuestra legalidad punitiva vigente, en fórmulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado, y sobre todo y con genérica amplitud de «*numerus apertus*» en el peculiar instituto de la preterintencionalidad, desdoblada en la atenuante cuarta del artículo 9.º, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y de preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor, contemplada en el casi inédito apartado primero, del artículo 50, implantados uno y otro en la ambigua declaración del párrafo tercero del artículo 1.º; todo ello con el complemento que, «*a sensu contrario*» y en función delimitadora entre la convencional responsabilidad dolosa, acabada de aludir, de una parte, y lo lícito y aun lo meramente culposo, por otra, sientan respectivamente el núm. 8 del artículo 8.º, pertinente al caso fortuito, y el 565, referente a la imprudencia o negligencia. Dada la vinculación imperativa del régimen objetivista y cualquiera que fuere la opinión que pudiera profesarse acerca de la justificación del mismo que, partiendo del decisivo valor atribuido al dolo inicial llega a la paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos ficticios y no reales e inculpar como homicidios dolosos conductas carentes del ánimo homicida, lo cierto es que, en tanto subsista la actual normativa, es inexcusable su acatamiento, lo que no impide una interpretación restrictiva en su aplicación, abriéndose así distintas y más benígnas posibilidades propicias a la admisión de la forma imprudente o culposa, cual ocurrió en la sentencia de 17 de diciembre de 1958, que si bien debe ser evocada con cautela, en evitación de desmedidas y peligrosas generalizaciones, marca rumbos progresivos, contrarios a todo desbordamiento de la responsabilidad objetiva para aquellos casos que por la inequívoca afinidad que ofrecen con el entonces resuelto, no vengán a chocar con la norma legal.

No puede, en consecuencia, decirse que constituye parricidio doloso atenuado o no, sino *imprudencia temeraria generadora de parricidio* el comportamiento de quien, saliendo con un cuchillo en la mano en pos de su mujer, con quien acaba de sostener acalorada disputa, con violencias mutuas iniciadas por la esposa y cuando ésta ya se encontraba en la calle y fuera del alcance del marido, es interferido éste por un hijo del matrimonio, quien en el forcejeo y sin intención alguna por parte del padre, tiene la desgracia de ser mortalmente herido por el arma que éste último portaba; ya que *ni se trata del característico supuesto de error en la persona o en el golpe*, ni tampoco cabe afirmar rotun-

damente la definida y cierta voluntad de apuñalar a la fugitiva, por lo que se escinde en el suceso la continuidad imprescindible para la aplicación del vago párrafo tercero del artículo 1.º del Código, dándose, por el contrario, los requisitos del 565, párrafo primero, en relación con el 405 (S. 15 noviembre 1969).

Parricidio (Delitos contra la vida).—Entre los delitos contra la vida e integridad personal hay un bien jurídico diferenciador de la agresión, el ánimo distinto, de matar o lesionar, con modos o circunstancias objetivas que han de referirse necesariamente a la voluntad del agente, visible en el medio empleado, dirección, número y violencia de los golpes asestados y a las modalidades de la acción; y en el aspecto subjetivo, revelan el propósito las palabras y actos anteriores al delito, las relaciones entre los sujetos, las causas para obrar y la misma personalidad del agresor (S. 18 diciembre 1969).

§ 39. Artículo 429, *Violación*.—El estadio de *consumación* en el delito de violación no requiere la «*inmissio seminis*» o eyaculación sexual, «por no ser indispensable la unión psicológica, ni siquiera que se consiga la rotura del himen con desfloramiento de la doncella, supuesto que, de conseguirse, daría lugar a la *consumación agotada*», sino que, por el contrario, basta «la simple *conjunctio membrorum* de los órganos sexuales del hombre y de la mujer con penetración del pene en la parte genital femenina, aunque ésta penetración no sea completa», consiguiéndose así el yacimiento, aún cuando «no fuese posible la penetración por desproporción entre los órganos sexuales del agente y de la ofendida, por falta de desarrollo en los de ésta, produciéndose entonces una situación similar o de equivalencia, al lograrse las actividades libidinosas posibles dentro de las condiciones fisiológicas presentes» (S. 8 octubre 1969).

«La ofendida, pese a alcanzar la edad de veintidós años, padecía una oligofrenia en forma de debilidad mental profunda que le incapacitaba para conocer el valor de sus actos así como la trascendencia moral y social del acto sexual, situación que, como tiene declarado esta Sala —S. de 29 abril 1964—, según la técnica médica se traduce en una edad mental de ocho a nueve años, suficiente para calificar el delito de violación previsto en el núm. 2.º del art. 429 del Código penal, que se refiere al supuesto de yacimiento con mujer privada de razón de sentido por cualquier causa, si tal privación emana del padecimiento de oligofrenia, enfermedad mental afectante al desarrollo de la inteligencia» (S. 23 septiembre 1969).

§ 40. Artículo 430, *Abusos deshonestos* (Diferenciación con el delito de escándalo público, art. 431).—La diferencia entre los delitos de abusos deshonestos y escándalo público consiste en que, en el primero, el sujeto pasivo es una persona sobre la que actúa, de modo directo y oculto para los demás, el culpable, con ánimo libidinoso para satisfacer sus deseos lascivos, aunque sin intención de llegar a la cópula carnal, y en el segundo, los actos realizados por el agente afectan a la comunidad, la cual resulta ofendida en sus sentimientos de moralidad y decencia pública por los hechos comisivos que, por su propia naturaleza, sean de grave escándalo y por sí mismos tengan trascendencia sobre la formación

moral o moralidad de la persona elegida por el autor del ataque o que trasciendan al público con la consiguiente alarma de gran entidad (S. 27 diciembre 1969).

Pluralidad de delitos.—Siendo el pudor y la honestidad bienes de naturaleza personalísima y siendo, también, varios los sujetos pasivos de este delito, se cometen tantos delitos como personas se ofendan. Pero, además, no cabe aplicar en este supuesto concreto la tesis del delito continuado, de forma que los abusos deshonestos cometidos *en tres ocasiones distintas* con idéntico sujeto pasivo constituyen o dan vida a tres delitos distintos, autónomos. (S. 27 diciembre 1969).

«Siendo el delito de abusos deshonestos de *mera actividad* y no de resultado, caracterizado por la exteriorización impúdica de un propósito lujurioso, *queda consumado* desde el momento en que con un acto de esa índole se atenta gravemente al pudor de una persona, en alguno de los casos que señala el artículo 429 del Código penal, aun cuando la última consecuencia no llegue a producirse por el propio desistimiento del agente o por obra de la voluntad ajena» (S. 14 octubre 1969).

§ 41. Artículo 431, *Escándalo público* (Diferenciación con el delito de abusos deshonestos).—Cfr. § 40. (S. 27 diciembre 1969).

Consistiendo el delito de escándalo público en la ofensa que se causa a la sociedad en sus sentimientos de recato y morigeración, no es preciso para que el delito se produzca que los actos atentatorios a dichos sentimientos se ejecuten en circunstancias tales que hagan inevitable la publicidad, sino que es suficiente que lleguen de cualquier modo a ser conocidos, dado que, de otra forma, quedarían generalmente impunes por las medidas que adoptan de antemano los culpables para mantenerlos ocultos (S. 26 diciembre 1969).

Incurren en el delito de escándalo público los que ofenden al vecindario del pequeño pueblo en el que residen en sus sentimientos de moralidad, con la realización sin freno de actos de impudicia y de exhibicionismo inaudito, agravando a la sociedad en sus valores morales, dando lugar con sus hechos a un pernicioso ejemplo, sobre todo con respecto a los niños que, hasta en sus juegos, trataban de imitar el comportamiento sexual disoluto de los procesados. (S. 10 diciembre 1969).

S 42. Artículo 434, *Estupro* (en relación con el art. 429: 3.º).—La apariencia de mayor edad en la mujer no obsta a la configuración del delito de estupro, puesto que «lo esencial para tipificar el delito es la edad de la víctima en el momento de su comisión y como tenía solamente ocho años, entra dentro de los supuestos del art. 430 en relación con el núm. 3.º del 429 ambos del C. p., que no alude al mayor o menor desarrollo físico de la ofendida, sino a la intención libidinosa del sujeto activo, materializada en los actos ejecutados con la menor, con plena conciencia y voluntad de realizarlos, como se desprende del relato fáctico, suficientemente explícito para la incriminación de los hechos en los artículos citados» (S. 23 octubre 1969).

§ 43. Artículo 434, *Estupro* (agravante de parentesco del art. 11).—«La razón de penar el delito del art. 434, no es, en realidad, la domesticidad, sino

el título de encargado de la custodia de la menor que tenía confetido el procesado, razón por la que cabe perfectamente apreciar, de un lado, el delito de estupro, y, de otro, la agravante del parentesco, porque, como expresa la sentencia de esta Sala de 30 junio 1955, la apreciación de esta circunstancia debe estar encomendada al arbitrio del Tribunal de instancia, que en este caso ha apreciado la misma en el sentido de agravatoria, siguiendo el criterio general de apreciarla como tal en los delitos contra la honestidad, según indicó la S. de 4 marzo 1950» (S. 29 octubre 1969). Cfr. § 13.

§ 44. Artículo 436, párrafo 1.º, *Estupro simple* «Siendo el delito de estupro *instantáneo* —yacimiento con mujer honesta mediante engaño antes de llegar a la edad de veintitrés años— y *de efectos permanentes mientras dure» los supuestos fácticos en que descansa*, al faltar alguno de ellos, en este caso la menor edad penal de la estuprada, el delito no puede prolongarse sobre unos presupuestos que ya no existen, según tiene declarado esta Sala —SS. de 25 abril 1964 y 11 febrero 1965—; y en consecuencia al cesar la protección penal de la mujer en esta clase de delitos al cumplir los *veintitrés años*, *los yacimientos posteriores dejan de ser delictivos aunque se mantenga el ardid de la promesa de futuro matrimonio*, y las consecuencias que se derivan de ellos podrán reclamarse en su caso en la vía civil; pero sin que esta exoneración de la pena por tales accesos carnales después de los veintitrés años tenga efectos retroactivos para eximirle de la que le corresponda por el delito cometido al yacer con la ofendida cuando ésta era menor de veintitrés años mediante la promesa de casamiento hecha reiteradamente en unas relaciones de noviazgo, según se declara paladinamente en los hechos probados» (S. 27 septiembre 1969).

«Aunque *normalmente el engaño es la promesa de matrimonio*, no excluye otras, que *son los noviazgos públicos con mujer honesta* que hay que admitir que *son con ánimo de matrimonio*, pues las relaciones amorosas con consentimiento de los padres de la menor y autorización de éstos para que salga con el novio alguna noche en población —según palabras del recurrente— «no demasiado modernizada», significan unas relaciones amorosas públicas y preliminares a la boda, y así el primer considerando que completa el hecho, las declara dilatadas, serias, creando el clima prematrimonial querido y buscado por el procesado que enmascaraba así sus lúbricos deseos y logró la entrega de la menor» (S. 9 octubre 1969).

Son elementos del delito de estupro: el *engaño*, que se presenta de forma expresa y tácita, utilizado para conseguir el *acceso carnal con mujer, con edad comprendida entre los doce y los veintitrés años, sin que el precepto exija acreditada honestidad y buena fama* (S. 4 noviembre 1969).

No puede estimarse que existe delito de estupro, si no consta que el procesado, a través y durante las relaciones amorosas que mantenía con su novia, joven de vida honesta, hiciera promesas convincentes de matrimonio, constitutivas del engaño, requisito esencial del delito (S. 5 diciembre 1969).

§ 45. Artículo 436, párrafo 3.º, *Estupro*.—La *presunción de honestidad* —que, en este caso, se estima concurrente por la corta edad (catorce años) de la víctima—

es elemento esencial para que pueda existir el tipo del art. 436: 3.º (S. 22 septiembre 1969).

§ 46. Artículo 437, *Estupro*.—El prevalecimiento que exige el art. 437 viene implícito en la *situación (laboral) de dependencia o subordinación* en que se encuentra la víctima, que elimina la libertad de la mujer (menor de veintitrés años) para consentir el acceso carnal (S. 6 octubre 1969). Cfr., en idéntico sentido, S. 6 marzo 1963.

§ 47. Artículo 441, *Rapto*.—El delito de *rapto impropio*, tipificado en el artículo 441 del C. p. (y consistente en el rapto de mujer mayor de dieciséis y menor de veintitrés años, ejecutado con su anuencia), aunque no exprese el elemento definido en el art. 440 de obrar el agente con miras deshonestas, *lo presume tácitamente*, «al tener por su propia naturaleza y esencia» tal infracción criminal una motivación y tendencia sexual —«libidinis causa»—, que ha de manifestarse en el ánimo deshonesto del hombre expresamente determinado o *presumido*, pues la figura de rapto no violento está dentro del capítulo de los delitos contra la honestidad, siendo el bien jurídico protegido la honestidad misma (S. 7 octubre 1969).

Además, en el delito de *rapto impropio* el consentimiento de la mujer menor es irrelevante con vistas a hacer lícita la conducta del sujeto activo, por cuanto el hecho de que el art. 441 exija la presencia del consentimiento se debe precisamente al establecimiento de un tipo delictivo de inferior penalidad; de suerte que el consentimiento de la mujer puede ser libre o viciado por el engaño, supuesto éste último que operará no como presupuesto del delito, sino como causa de agravación. Por consiguiente, si la seducción en tal caso produce la entrega carnal de la menor engañada, tal conducta no podrá generar el delito de estupro, sino que vendrá comprendida en la figura del rapto agravado del art. 440, párrafo 2.º (S. 7 octubre 1969).

§ 48. Artículo 450, párrafo 2.º, *Adulterio* (Obstáculo procesal).—«Esta discutida figura delictual se encuadra en nuestra legalidad en el tipo de los «delitos privados» que sólo se inician y prosiguen por la actividad procesal del marido ofendido, y siguiendo inexcusablemente el rito procesal iniciador de la querrela, que imperiosamente ha de ser dirigido *conjuntamente*, si ambos viven, *contra la mujer adúltera y contra su coautor* en este típico delito que no puede ser cometido sólo por una persona, sino que integra un concurso necesario delineante, sin que naturalmente nada impida que los varones adúlteros sean varios en casos como el presente en que la esposa promiscuaba sexualmente con varios varones distintos a su marido.

Sin embargo, esta circunstancia no eximía ni exonera al querellante de identificar primero a los concurrentes varones al adulterio de la querellada y dirigir conjuntamente contra la misma y sus colaboradores en las relaciones sexuales extramatrimoniales la correspondiente querrela, y como esto no se ha hecho, a tenor de la concreta prevención substantiva del párr. 2.º del art. 450 del C. p. que, *como auténtico óbice de procedibilidad, impide admitir y tramitar una querrela por adulterio sólo contra la esposa, y que naturalmente impide también substantivamente la consi-*

guiente condena de sólo la querellada a que esta prevención impeditiva de poder ejercitar la acción sólo contra la esposa refiere; grave defecto de legitimación pasiva, ya que ni tan siquiera se dirigió la querrela contra la persona incierta o inciertas de los adúlteros para que en la investigación sumarial instructoria se tratara de lograr su identidad, por lo que es imposible entrar en el fondo del recurso a efectos decisorios, pues no cabe la condena de la adúltera sin haberse accionado contra los necesarios co-reos» (S. 24 octubre 1969).

§ 49. Artículo 451, *Adulterio* (Perdón del ofendido).—Para que el perdón otorgado por los querellantes a los adúlteros tenga validez legal, a efectos del art. 450 del C. p., debe ser *pleno y total*, careciendo de estas cualidades el perdón otorgado por escrito elevado a la Sala, pero más como una *promesa de perdón* o como un *perdón condicionado* que como un *perdón pleno*, ya que entonces aquél venía necesitado de una convalidación o ratificación ante la Autoridad judicial, ratificación que, en este supuesto concreto, no se produjo al negarse el querellante, ante el incumplimiento de una de las condiciones por la adúltera, a conceder el perdón solamente prometido, como una expectativa, que no fue, sin embargo, ratificado ni perfeccionado judicialmente (S. 10 diciembre 1969). Cfr. § 23.

§ 50. Artículo 452, *Amancebamiento*.—Los requisitos exigidos para que concurra el art. 452 del C. p. son: en primer término, la continuidad de las relaciones sexuales extramatrimoniales (tener manceba dentro o notoriamente fuera de la casa conyugal) y, en segundo, su trascendencia o conocimiento público, con independencia de la apariencia de matrimonio «a lo largo de seis años de unión ilícita que tuvo como fruto dos hijos», siendo, por consiguiente, totalmente irrelevante que el hecho tenga lugar en grandes poblaciones o en núcleos rurales, si lo cierto es que llega a trascender (S. 4 octubre 1969).

Declarado probado que los procesados vivían y se mostraban ante la gente en actitud de personas que tienen relaciones matrimoniales, ello equivale o hace referencia a las propias del matrimonio o sexuales [Cfr. S. 13 febrero 1964], por lo que no puede alegarse que las relaciones entre ellos no tenían manifestación carnal. En cuanto al requisito de la notoriedad, no puede negarse su existencia al declararse probado que el hecho de vivir los procesados como matrimonio lo conocía la vecindad que los había tenido durante mucho tiempo antes como marido y mujer, lo que gramaticalmente indica que con posterioridad tal vecindad ya había descubierto la verdad, o sea, que tal matrimonio no era cierto, y que él era casado y ella viuda (S. 17 diciembre 1969).

§ 51. Artículo 458: 2.º, *Injurias graves*.—Son actos constitutivos del delito de injurias graves el mandar el Director de una Sociedad de Seguros varios centenares de cartas a los asegurados, diciéndoles que el Agente Provincial que había sido repuesto en su cargo por el Juzgado continuaba procesado por falsificación de documentos mercantiles, que el levantamiento de la suspensión era tan solo consecuencia de no ser funcionario público, que la Compañía había rescindido el contrato que le ligaba con él, estableciendo una sucursal al frente de la cual había puesto otra persona que reúne las condiciones de competencia, lealtad

y moralidad que la Sociedad exige a sus colaboradores, y que los recibos que emite el Agente repuesto son totalmente falsos, ya que son frases que han de estimarse gravemente atentatorias a la honra y crédito de la persona nominalmente designada en las cartas (S. 6 noviembre 1969).

§ 52. Artículo 484, *Sustracción de menores*.—Las tres formas que presenta el Código penal del delito de sustracción de menores [la sustracción real y efectiva, la presunta que se atribuye al encargado de la persona del menor que no lo presenta o da explicación satisfactoria de su desaparición a los padres o guardadores, y la lograda por inducción sobre el menor para que abandone la casa en la que legítimamente se encuentra] tienen como característica común la voluntad consciente del agente de atentar contra la libertad humana, sustrayendo al menor de quien lo tiene bajo su custodia; tutelándose, por otra parte, en el Título XII, Capítulo II, a los menores frente a los peligros que devienen de su abandono por los obligados a ampararlos o por lo que en sí mismo encierra su sustracción; por lo que no puede encuadrarse en el 484 del C. p. la conducta de la procesada, que, separada en forma privada de su esposo, se vió obligada a trasladarse al domicilio de sus padres, al no aportar el marido medios económicos para su subsistencia y la de sus hijos, siendo sufragados todos los gastos, incluso de colegios y asistencia médica, por su padre, quien, al ser destinado por su cargo diplomático al extranjero, con el fin de no dejar abandonados a su hija y nietos, decidió el traslado de los mismos, lo que llevó a efecto la procesada, acompañada de sus hijos, que tenía en su poder, sin que pueda decirse que sustrajese aquéllos, pues estaban bajo su custodia y al amparo económico de su padre, y tampoco puede deducirse que tratase de causarles perjuicio alguno, ya que como madre les buscó la protección económica y seguramente moral y de toda índole, del abuelo, amparos y protecciones que, según la relación fáctica, había dejado de prestarles el esposo de la procesada y padre de los menores (S. 16 diciembre 1969).

§ 53. Artículo 487: 1.º, *Abandono de familia*.—«La agravante específica del párr. 2.º, núm. 2.º del art. 487 del C. p., no se halla establecida para el culpable de abandono de familia en contemplación a su aptitud para adquirir riqueza, sino en atención a su efectiva posesión y voluntaria omisión de la obligación de asistencia que el precepto le impone, según evidencia el párr. 1.º del precitado artículo, pues si conforme a él sólo surge el delito cuando pudiendo hacerlo, deja de cumplir el obligado los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela o al matrimonio, la falta de presentación de la indispensable para el sustento de las personas mencionadas en el párr. 2.º del núm. 2.º, que es lo que da nacimiento a la específica agravación, ha de estar condicionada asimismo a igual causa» (S. 27 octubre 1969).

§ 54. Artículo 489 bis, párrafos 1.º y 3.º, *Omisión de socorro*.—El delito de omisión de socorro previsto en el 489 bis del C. p. queda tipificado por el mero hecho de no socorrer el conductor a la víctima causada por él, «pudiendo hacerlo» (S. 11 diciembre 1969).

Los requisitos en los se fundamenta el delito de omisión de socorro son: a) omisión de socorro a una persona desamparada; b) que se encuentre en peligro mani-

fiesto y grave; c) que la víctima lo sea por accidente debido al que omitió la prestación de auxilio (S. 11 diciembre 1969).

La omisión del deber de socorro, que se imputa genéricamente a todos los que pudieran prestarlo, pero con mayor y más concreta exigencia al que ocasiona el accidente que produjo la víctima no auxiliada, constituye por su contenido negativo u omisivo una tipificación delictiva, cuya existencia no se desvirtúa por el hecho de que terceras personas estuvieren ya auxiliando a la víctima (S. 26 diciembre 1969).

§ 55. Artículo 490, *Allanamiento de morada*.—«Se estima como allanamiento activo el entrar en la morada extraña contra la voluntad del titular jurídico de ella, y allanamiento pasivo, el mantenerse o permanecer dentro de su recinto, contra el exteriorizado o inequívoco mandato de expulsión de quien revoca el acuerdo anterior condescendiente de permitir el acceso, debiendo actuar en ambas situaciones el delincuente provisto del ánimo específico de vulnerar el bien ideal de la morada ajena misma» (S. 23 octubre 1969).

§ 56. Artículo 496, *Coacciones* (diferenciación con la falta del art. 585: 5.º).—«La diferencia entre una y otra infracción estriba en la mayor o menor trascendencia del acto mediante el cual se fuerce la voluntad ajena, en la intensidad de la presión ejercida y en el grado de malicia del agente...», de forma que la línea divisoria entre la contravención y el delito viene marcada por *las circunstancias objetivas mencionadas* y por *la intención* que haya presidido el hecho. (S. 6 octubre 1969).

El dolo en el delito de coacciones —delito *«típicamente intencional»*— ha de verse en la actuación del agente que pone de manifiesto su voluntad de impedir por la violencia, moral o física, la utilización de la cosa de la que venía sirviéndose el coaccionado, sin que sea preciso tener presente el resultado conseguido (S. 11 octubre 1969).

§ 57. Artículo 497, *Descubrimiento y revelación de secretos*.—En principio, al requerir la norma contenida en el artículo 497 del Código penal, atinente al descubrimiento y revelación de secretos, el «apoderamiento» de papeles o cartas, cabe entender que es necesaria una actividad, una acción positiva, un hacer algo para que los documentos pasen a poder del sujeto, puesto que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió, lo que no excluye que en determinados excepcionales supuestos, cual es el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1967 —apertura y retención de correspondencia por persona distinta del destinatario llegada a poder de aquélla por error— pueda aceptarse como real el apoderamiento, pese a que el culpable no tuvo intervención activa hasta que el documento llegó a sus manos, excepción en la que no se comprende el caso de que los procesados sean nominativa y personalmente destinatarios de los pliegos de correspondencia enviados por persona anónima, el interior de cuyos pliegos contenía el documento, fotocopia de la copia de una carta, pues frente a ese hecho de la recepción no venían obligados aquéllos ni a la destrucción ni tampoco a reintegrarlos a una

procedencia que ignoraban por su anonimato, y si optaron por conservarlos no puede afirmarse que en ello mediase acto alguno de apoderamiento, pues tal conservación es penalmente inocua, por prolongada que la misma sea.

Es claro que una carta dirigida por el Director de una Sucursal Bancaria al Subdirector General de la Entidad, referente al comportamiento de determinado empleado respecto de un conflicto existente entre la empresa y quienes prestan a la misma sus servicios laborales, con propuesta de asignación de un cargo preferente a aquel empleado, debe reputarse documento secreto para terceras personas, pudiendo alcanzar la misma calificación a la copia de la carta, así como a las fotocopias de la misma copia, pero si está probado que tales fotocopias fueron recibidas también por no pocos miembros caracterizados del personal bancario con cargos sindicales en Madrid, y que su contenido fue objeto de noticia general entre los trabajadores de dicho sector laboral, para todos los cuales, directa o indirectamente, revestía particular interés la resolución definitiva que en la reclamación pendiente recayera, es obvio que con mucha antelación al curso por parte de los procesados de la circular en la que se insertaba la tan repetida carta, la misma había perdido todo carácter de reserva y secreta (S. 25 noviembre 1969).

§ 58. Artículo 500, *Robo*.—Se considera violenta toda acción o ímpetu de fuerza que se ejerce sobre una persona para vencer la resistencia que oponga al apoderamiento de las cosas por parte de un tercero, debiendo, por ello, incluirse en el art. 500 del C. p. la conducta del que se acerca a una mujer, y dándole un tirón, le arrebata el bolso que lleva, tras un breve forcejeo, con lo que claramente se indica que por parte de la perjudicada hubo resistencia, más o menos intensa, pero de todos modos resistencia efectiva y cierta a dejarse arrebatar el bolso, con lo cual es indudable la concurrencia de un acto violento con el que se obstruyó la voluntad de oposición de la ofendida (S. 18 diciembre 1969).

La palabra fractura de puertas —en los supuestos en que se haya cometido delito de robo— no se limita a las hojas o maderas de hierro que la componen, sino que abarca un concepto más amplio como es el de rompimiento del candado que, cerrándola, impedía el libre acceso al local. (S. 24 septiembre 1969). En idéntico sentido, S. 11 enero 1950.

§ 59. Artículo 509, *Instrumentos para ejecutar el robo*.—En los delitos de producción instantánea no caben formas imperfectas de ejecución, ni actos preparatorios, inocuos, en cuanto la ley sólo contempla para la punición una actuación concreta y determinada independientemente de los actos que le precedieran y de los subsiguientes; de aquí, que el art. 509 del C. p., que sanciona la mera tenencia de ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo sin dar descargo suficiente sobre su adquisición o conservación, deba aplicarse a los autores de un robo o dos que le son ocupados un manojo de llaves y una sierra con varias hojas de repuesto, aunque no conste que tales instrumentos estuvieran destinados a ejecutar otros delitos, porque «este tipo delictivo no está constituido por una finalidad concreta, sino inconcreta e indefinida —delito de peligro—, de forma que descansa en dos presupuestos: uno *positivo*, idoneidad especial de los instrumentos para ejecutar el delito de robo; y otro *negativo*, la falta

de descargo suficiente por parte del tenedor para justificar la adquisición o tenencia de los instrumentos» (S. 12 diciembre 1969).

§ 60. Artículo 514: 1.º, *Hurto de vehículo de motor*.—El T. S. aprecia delito de hurto de vehículos de motor y no hurto de uso, considerando que, si bien no estaba precisado el tiempo de uso del vehículo de motor en caso de sustracción antes de la incorporación de esta figura penal al Código en el art. 516 bis, párr. 3.º, con objeto de distinguir el hurto común y el descrito en el art. 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sin embargo, las resoluciones de esta Sala tenían en cuenta el tiempo transcurrido y estimaban hurto común cuando excedía del plazo prudencial para un empleo transitorio que no convirtiese la desposesión momentánea en pérdida definitiva de la propiedad para el dueño; de modo que, en el caso contemplado, casi tres meses usó el recurrente la motocicleta sustraída y no la devolvió ni abandonó, sino que fue recuperada al ser detenido, hurto bien calificado por el Tribunal de instancia que no vulneró el art. 514, primero, al aplicarlo ni el art. 10 de la Ley especial citada al inaplicarlo (S. 6 octubre 1969).

§ 61. Artículo 514: 1.º, *Hurto* (Diferencia con el delito de robo).—El T. S. casa la sentencia de la Audiencia, estimando que, «aunque ciertamente la genérica definición que el art. 500 hace del robo con fuerza en las cosas, si no estuviera completada con los concretos condicionamientos del art. 504, permitiría afirmar, en principio, que la puerta fue abierta a la fuerza como consecuencia de los empujones que a tal efecto se dieron para conseguir su apertura, no basta tal actuación de fuerza si no ha producido los rompimientos o fracturas a que se refiere y hace mención en las circunstancias 2.ª y 3.ª del mencionado art. 504, y como el D. p., consecuente con los clásicos axiomas penales y con el principio de tipicidad, exige y requiere que las conductas antijurídicas penales estén detallada y concretamente descritas en la norma, estando proscrita toda interpretación extensiva o toda analogía tendente a crear nuevos tipos delictivos o a configurar los tipificados en forma distinta y más grave que las constatadas en las tablas penales, aplicando esta doctrina a la resultancia probatoria no es posible afirmar que la puerta fue fracturada, ni permite, por consiguiente, subsumir los hechos probados en el delito de robo, sino que obligadamente, su encaje más acertado es en la figura de grado menor de hurto, prevista y sancionada en el art. 514, núm. 1.º y 515, núm. 4.º» (S. 15 octubre 1969).

El dolo del agente o elemento intencional del delito de hurto se destaca en la sentencia recurrida con la locución «afán de obtener un beneficio», ya que esta palabra tiene significado análogo a la de «lucro», que es la empleada por el legislador (S. 15 diciembre 1969).

§ 62. Artículo 519, *Alzamiento de bienes*.—«Lo que con esa meridiana claridad incrimina este precepto es la aparente propuesta y fingida desaparición de los bienes, en su totalidad o sólo en parte, con la torcida finalidad de ponerlos fuera del alcance de las acciones que pudieran ejercitar los acreedores contra su deudor» (S. 27 octubre 1969).

§ 63. Artículo 519, *Alzamiento de bienes* (*Responsabilidad criminal de las*

personas jurídicas).—«Si bien las personas jurídicas no delinquen ni pueden como tales ser responsabilizadas de los delitos que en su ámbito funcional se cometan, responden sus representantes legales, pero, naturalmente, si son varios y sólo uno de ellos ha sido *autor material* de la infracción penal base de la condena, sólo a éste le son exigibles las responsabilidades penales contraídas» (S. 1 diciembre 1969).

§ 64. Artículo 520, *Quiebra fraudulenta (Responsabilidad criminal de las personas jurídicas)*.—Reafirma el T. S. que nuestro ordenamiento jurídico penal se asienta tácitamente sobre el principio de la responsabilidad penal exclusivamente individual o personal y rechaza, por tanto, la posibilidad de que tal responsabilidad sea exigible o exigida a *sociedades, corporaciones, entidades, personas jurídicas, etcétera...* lo que no obsta, empero, a que, si mediante la actuación de dichos entes se perpetra alguna actividad delictiva puedan y deban perseguirse y sancionarse «las personas físicas individuales que con *facultades de administración, gestión o dirección o cualesquiera otras* vinieran impulsando la actividad del ente jurídico». De ahí, pues, que puedan ser *sujetos activos de este delito los socios gestores, gerentes o administradores, entre otros órganos y componentes de las sociedades* (S. 18 octubre 1969).

§ 65. Artículos 520 y 521, *Quiebra fraudulenta culposa*.—La quiebra, además de las consecuencias que produce en la vía privada comercial, abriendo el proceso de ejecución colectiva, tiene repercusiones penales —fuera del supuesto de la quiebra fortuita— cuando se trate de insolvencias punibles, recogidas en las tipicidades contenidas en los arts. 520 y 521 del Código punitivo, de condición fraudulenta o culpable, *preceptos éstos e.: blanco y de reenvío*, que deben complementarse integradamente con los arts. 890 y 888 del C. com., respectivamente, y que se determinan a modo de un juego de presunciones, cuando se dan en aquellas situaciones punibles, existiendo, por tanto, una íntima conexión entre las legislaciones mercantil y penal, derivada no sólo de esta integración normativa, sino además, de la imposibilidad de perseguir tales delitos de oficio o a instancia privada, por ser indispensable que el juez civil previamente declare la quiebra y luego la califique decretando la persecución en la vía criminal, de existir méritos para ello, *con decisión que opera, como condición objetiva de procedibilidad y hasta de eventual punibilidad en lo material*.

Este presupuesto objetivo de procedibilidad y la integración de los arts. 520 y 521 del C. p., por los antes citados del C. com., no conducen a imponer un sistema de subordinación y dependencia del órgano jurisdiccional penal a la calificación del civil, que definiría el delito aunque no lo penaría sino que, por el contrario, el Juez penal, luego de haber sido requerido para actuar, tiene total autonomía material para la valoración plena de la conducta y soberanía para juzgarla, condenando o absolviendo al agente; pues no es siervo, ni mero determinador de la penalidad, sino que le corresponde la trascendente misión de interpretar, sin apearse a la mera letra gramatical, los textos comerciales aceptados por los tipos penales, haciendo empleo de los principios técnico-dogmáticos que derivan de la efectividad indispensable del sistema culpabilista penal y que atienden para juzgar toda conducta humana, no a criterios objetivos, sino al alcance e intensidad de la in-

teligencia y voluntad del sujeto activo, con arreglo a los distintos grados componentes de aquella culpabilidad. De ahí que el campo de actuación de ambas jurisdicciones, sea diferente; la civil, llamada a calificar la quiebra con arreglo a las normas del C. de com., pero sin crear excepción de cosa juzgada en lo penal, permitiendo en su caso, la apertura del procedimiento punitivo; y la criminal, para precisar técnicamente si la conducta del quebrado originó delito que reprochar culpabilísticamente con arreglo a la dogmática penal.

Esta doctrina, iniciada ya en la importante sentencia de 13 junio 1959, produce la consecuencia de que la estimación de la quiebra fraudulenta que otorga el art. 888 del C. de com., en su número 3, con su *presunción de iure*, al hecho de no haber llevado el comerciante los libros que exige el art. 33 del mismo, es una calificación que sirve meramente a efectos mercantiles, pero no a los penales, pues para que esto último suceda, ha de acreditarse en el proceso penal que la falta se debió a la voluntad maliciosa del deudor, provista de un propósito de defraudar a la masa de acreedores, sin que sea suficiente que el comerciante prescindiera voluntariamente de llevar tales libros, pues *la intención de defraudar constituye el dolo específico de la infracción de quiebra fraudulenta*. Por ello, cuando *la ausencia de libros se deba a ignorancia vencible, falta de celo, descuido o a despreocupación para acatar y cumplir aquella norma comercial bien conocida*, entonces se transmutará la quiebra fraudulenta en lo mercantil en quiebra de tal carácter, pero cometida *culposamente, por ausencia de dolo especial*, al deber su origen a la culpa grave, tipificada en el pár. 1.º del art. 565 del C. p. (S. 20 diciembre 1969).

§ 66. Artículo 529: 1.º, *Estafa*.—El delito de estafa, en cuanto integrado por una actividad engañosa con ánimo de lucro, requiere, según declara el T. S., que «los elementos económicos del lucro y del perjuicio se deban, en adecuada relación causal, al uso del engaño precedente, el cual opera como primordial presupuesto ideal o psicológico de la acción que los produce...» (S. 6 octubre 1969).

El engaño previo y el perjuicio causado con ánimo de enriquecimiento injusto, elementos constitutivos del delito de estafa, se dan en la conducta de quien abre una cuenta corriente presentando como garantía una relación de bienes, unos no pagados por haber sido adquiridos a crédito y otros que no le pertenecían, aparentando con ello una solvencia y una capacidad económica inexistente, para obtener la confianza del Banco, ingresando en la citada cuenta varias letras de cambio contra aparentes librados, personas y entidades que no le eran deudoras, defraudando dolosamente con la apariencia de bienes y créditos fingidos a la entidad bancaria, que fue abonando la cuenta, confiada en la sustancialidad de la garantía (S. 10 diciembre 1969).

§ 67. Artículo 533, *Estafa* (diferencia entre el dolo penal y el dolo civil).—«Sólo es dolo penal aquel que denota una postura maliciosa de marcada mala fe y actúa con conocimiento del lucro fraudulento y perjuicio del ofendido, con saber de la antijuridicidad de su conducta, es decir, que en el dolo penal se quiere el negocio únicamente para enriquecerse a costa ajena, mientras que si se maquina

para realizar el negocio con su riesgo moral entonces es de carácter civil» (S. 29 octubre 1969).

§ 68. Artículo 534, *Defraudación de la propiedad industrial*.—Para incurrir en el delito que tipifica el art. 138 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 y sanciona el 534 del Código penal, es suficiente que intencionadamente se utilicen dibujos, signos, denominaciones o cualquier distintivo que, aunque no sean coincidentes o idénticos a los que encontraron protección registral, sean parecidos o en tal medida semejantes, que induzcan a error al público sobre los objetos que adquiera, pues lo que trata de impedir la Ley es cualquier género de maniobras dolosas para aprovecharse de la inventiva o esfuerzo ajeno, y por ese procedimiento, defraudar (S. 27 noviembre 1969).

Artículo 534, párrafo 1.º, *Defraudación de la propiedad intelectual*.—La protección de los derechos de autor, plasmada en la vigente legalidad española en virtud de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, actualmente extensiva a la Radiodifusión y Televisión de obras protegidas, contemplada, en el ámbito internacional por el Convenio de Berna de 1948 y la Convención de Ginebra de 1952, se ejerce, según los casos, en una vertiente triple y necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal, prevista esta última en el art. 534 del Código penal, cuya genérica e imprecisa remisión integradora a la normativa extrapenal en la materia no puede implicar, sin más, la global e indiferenciada criminización de toda conducta antijurídica, desentendida del debido respecto a tales derechos inmateriales, sino que la atracción a la órbita penal queda reservada para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva, en los que tanto su neta tipicidad criminal como la cierta culpabilidad del agente impongan la subsunción penal adecuada, realizada ponderadamente por los Tribunales de este carácter; máxime si se tiene en cuenta que la *inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de la prisión por deudas y aun del delito tributario en general obliga a los Tribunales de lo penal a una exquisita cautela en supuestos en que el impago de determinados adeudos o tasas, sean éstos privados u oficiales pueda traducirse, por vía indirecta u oblicua, pero efectiva, en la imposición automática de una responsabilidad criminal*.

Por ello, no apareciendo en los hechos probados que el procesado tuviera intención de atacar los derechos inherentes a la propiedad intelectual del autor o autores de las obras teledifundidas, en cuanto que no constan en la relación fáctica probada las obras recogidas en el aparato de televisión, que, por tanto, podrán pertenecer al dominio público, no puede considerarse infringido el art. 534 del C. p. (S. 15 diciembre 1969).

Artículo 534, 2.º, *Expendición de productos sin marca*.—«Los hechos declarados probados no constituyen infracción de los derechos de propiedad industrial, sancionada en el art. 534 del C. p., *precepto en blanco* complementado por el Título XI de la Ley 16 mayo 1902, porque la protección registral de las marcas dimana de la inscripción que se representa por el certificado-título y no nace como derecho excluyente con la petición de registro, pero la fecha de ésta, según

el art. 12 del Estatuto —R. D. publicado en 7 de mayo de 1930— establece la prioridad de los derechos a partir de la fecha de presentación; por eso quien solicitó se inscribiese a su favor la marca «Chimpancitos» en 12 noviembre 1965 y al que se le concedió el certificado en 24 septiembre 1966, a pesar de la oposición de otros propietarios de marcas y del querellante que obtuvo reposición del acuerdo del Registro, contra cuyo fallo planteó el procesado recurso contencioso-administrativo, se hallaba en posesión de los derechos concedidos; en ese período de tiempo el recurrente obraba en la creencia de que ejercitaba sus derechos y sin ánimo de infringir los de propiedad industrial ajena, amparado en las prevenciones del Registro que llegó a concederle el título de propiedad de la marca; por lo que las anteriores reflexiones destruyen la presunción de voluntariedad y no existe el dolo específico del artículo citado en primer lugar» (S. 20 octubre 1969).

§ 69. Artículo 535, *Apropiación indebida*.—El delito de apropiación indebida exige un apoderamiento, adueñamiento, disposición o retención de las cosas muebles ajenas entregadas por *título traslativo de mera posesión*, no de propiedad, y con cierta facultad de disposición constreñida a darle a aquéllas una finalidad determinada o a devolverlas. Pero, además, tal apoderamiento o distracción ha de ser efectuado por el agente con «ánimo de lucro» (S. 2 octubre 1969).

El T. S. absuelve a la procesada, condenada por la Audiencia, estimando que «entregar o devolver significa que se transfiere sólo la posesión, y el hecho probado afirma que la recurrente quedó encargada de operaciones de *propagación, distribución y venta* de los aceites, actuando como *mediador*, término impreciso e impropio de la exacta naturaleza de la relación jurídica a que corresponde..., lo que impide afirmar si tal relación es alguna de las comprendidas en el art. 535 del C. p.» (S. 10 octubre 1969).

No existe el delito en cuestión cuando se recibe una cantidad en calidad de anticipo o señal de un contrato suscrito por cuanto la relación jurídica contraída no reviste ninguna de las formas contractuales señaladas en el art. 535 del Código penal, no recibándose, en consecuencia, en virtud de título que produzca la obligación de devolver la suma anticipada, sino para garantizar el cumplimiento de un contrato, y si éste no se realiza se produce su incumplimiento, cuya reclamación compete y es exigible únicamente en el ámbito del Derecho privado (S. 2 diciembre 1969).

Diferencias con el delito de hurto.—El art. 535 del C. p., primero de forma enumerativa y después siguiendo un criterio de «*numerus clausus*», configura la acción de apropiarse dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se hubiera recibido por los títulos que el precepto señala o por *otro título cualquiera* que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, incurriendo en el delito descrito el que se apodera de unos derechos de expropiación que había vendido, y trata, por medio de hipotecas, de enervar prácticamente los derechos del comprador, incidiendo en el dolo que contempla precisamente el referido artículo. De ahí, pues, que, en el caso debatido deba condenarse por apropiación indebida y no por hurto del 514, por cuanto «el hurto es lesión del derecho de propiedad, de posesión o incluso de la material tenencia de las cosas sin la voluntad de su dueño o poseedor a título de dueño, siendo necesario, para que el delito exista,

que se produzca la desposesión de la víctima, característica esencial del hurto y su nota diferencial con la apropiación indebida» (S. 11 diciembre 1969).

§ 70. Artículo 535 bis, *Cheque en descubierto*.—El delito en cuestión se forma por la concurrencia de dos elementos: uno, *objetivo*, constituido por un requisito real o material consistente en la entrega de un cheque dado en pago o con la finalidad de extinguir el cumplimiento de una obligación precedente; otro, *subjetivo*, que opera dentro del marco de la culpabilidad, consistente en la entrega del documento con dolo de engaño o *a sabiendas de la falta de provisión de fondos para hacerlo efectivo en el momento en que sea presentado al cobro*. Por consiguiente, no existen tales elementos, declara el T. S., cuando el tomador no recibe de buena fe el cheque o talón, sino que conoce la ausencia de numerario (S. 15 octubre 1969). En idéntico sentido, S. 18 octubre 1969.

«Los dos elementos esenciales para configurar el delito de cheque en descubierto, previsto y sancionado en el párr. 1.º del art. 535 bis del C. p. son: a) dar en pago cheque o talón y b) efectuarlo a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro, no había en poder del librador fondos suficientes para poder hacerlo efectivo (S. 23 octubre 1969).

El conocimiento por parte del tomador de los cheques de la carencia de fondos en el momento de serle entregados para saldar una deuda desvirtúa el engaño que supone recibirlos sin ser puesto al tanto de esta circunstancia negativa y degrada al cheque en una *simple promesa de pago*, sujeta a todas las eventualidades y exigencias del incumplimiento de las obligaciones en el campo civil, no pudiendo, por tanto, encajarse tal supuesto en el art. 535 bis del C. p. (S. 4 diciembre 1969).

§ 71. Artículos 540 y 541, *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas* (Ley de 27 abril 1946, arts. 1.º y 2.º).—El acusado fenómeno de la escasez de viviendas —constata nuestro más alto Tribunal—, ha motivado un sistema proteccionista de cargado interés social, en evitación de especulaciones sobre la estabilidad económica de los precios de alquiler, que repercute en el arrendatario como parte más débil de la relación jurídica de inquilinato, y que repudia la libre concurrencia, y pone trabas al ejercicio de la ley natural de la oferta y de la demanda; de este orden defensivo y proteccionista, es clara muestra la Ley especial de 27 de abril de 1946 que ha criminalizado determinadas conductas, que encajen en tales limitaciones, creando en sus arts. 1.º y 2.º una *infracción de resultado material, con remisión a los tipos de los artículos 540 y 541 del C. p., al prohibir penalmente el cobro en concepto de prima, de cualquier cantidad, además de la que se pretenda conseguir por alquiler, para arrendar, subarrendar, traspasar o ceder, total o parcialmente, una vivienda; con lo que se reprochan legislativamente las actividades humanas que, más que imponer precios abusivos de renta contractual, agreguen a ella, como sobretasa de cualquier índole, directa o indirectamente, unas primas o dádivas que perjudiquen la libertad de contratación, y sean el producto del abuso de una situación prevalente, ejercitada leonina o usurariamente, sin precisión de nexo causal engañoso o predeterminante del pago indebido.*

A efectos de este delito, el término *vivienda* ha de entenderse en sentido

amplio, al margen de su misma consideración privatística más o menos estricta, pues la protección legal se dispensa, *protegiendo la estabilidad de los precios de alquiler*, a cualquier vivienda de mejores o peores condiciones de habitabilidad permanente o transitoriamente dedicada a que en ella moren y se alberguen personas y aunque se trate de *instalaciones precarias, chabolas o barracas*, en las que por desgracia tienen que habitar personas humildísimas en lo económico, a las que todo sobreprecio perjudica más hondamente, máxime cuando este delito se monta sin atender al contenido económico de la prima, consumándose por muy exigua que ésta sea, con tal de que se entregue para su consumación.

Asimismo, debe entenderse por *prima* toda cantidad de dinero o de bienes de otro carácter que reciba el arrendador con independencia y al margen de la renta legal contractual propia del alquiler de viviendas. (S. 10 diciembre 1969). En un sentido idéntico, S. 16 diciembre 1969.

§ 72. Artículo 543, *Usura*.—Rebasando la prohibición civil de la usura como actividad repulsiva que consigue sin causa un beneficio económico inmoral o enriquecimiento injusto, por ser desproporcionado al riesgo y contraprestación puesto en juego por el usurero prestamista, los negocios jurídicos que la contengan se criminalizan, ante la ausencia de un delito general de usura, únicamente cuando la conducta humana que la determina encaje en las tipicidades específicas de los arts. 542 que protege contra la *usura habitual*, del 543 que sanciona la *usura encubierta*, y del 544 que reprocha la *usura por abuso de la impericia o pasiones de un menor de edad*.

El tipo de *usura encubierta* del artículo 543 del C. p., al establecer normativamente para el hecho que encubre, con «otra forma contractual cualquiera», la realidad de un préstamo usurario, aunque no exista habitualidad, impone, de acuerdo al espíritu y a la letra de la ley, encajar en tal figura las conductas contractuales que no sean de préstamo directamente reflejado, sino disimulado, camuflado, enmascarado o disfrazado, a modo de la apariencia externa de un distinto negocio jurídico, que, sin embargo, subyacentemente, debajo de su faz contenga, simulado relativamente, un préstamo usurario que se pretende hacer irrecognoscible y que es leonino en lo económico, por haberse proporcionado dinero por tiempo determinado que debía devolverse con exceso, satisfaciendo condiciones desproporcionadas al justo interés del dinero establecido por ley o en el tráfico jurídico determinado, por lo que en la construcción anímica y culpabilista de este delito ha de concurrir *el dolo genérico de exigir intereses abusivos, más el elemento subjetivo de lo injusto de desear el delincuente ocultar o disfrazar el contrato usurario*, bajo apariencia jurídica lícita, derivándose del conjunto de estas características formales e ideales componentes de esta figura la conclusión de que *la mera disimulación de interés, inherente de por sí a la usura, efectuada dentro de un contrato de mutuo, no puede incriminarse dentro del ámbito de dicho art. 543, por exigir gramaticalmente el enmascaramiento del contrato de préstamo dentro de otra forma contractual distinta o cualitativamente diferente*, razón por la que este disfraz de intereses en el negocio de préstamo únicamente puede encajarse en el delito del artículo 542 *de existir habitualidad en el sujeto activo*, pues de faltar la reiteración de conducta usuraria, la mera subestimación de la cantidad recibida estaría com-

prendida en la usura civil de la Ley de Azcárate de 23 julio 1908, doctrina seguida por las sentencias de esta Sala de 7 mayo 1962, 17 noviembre 1967 y 18 junio 1968 que impiden, por su continuidad, adoptar la posición contraria, que aisladamente había sido seguida en resoluciones anteriores (S. 12 noviembre 1969).

§ 73. Artículo 546 bis a), *Encubrimiento autónomo*.—El artículo 546 bis a) del Código penal otorga a los Tribunales una facultad discrecional que está excluida de la casación como todas las de su clase, y el artículo 54 está dado para el encubrimiento como grado de participación en el delito de otro, no para el autónomo del artículo 546 bis a), por lo que, habiéndose cometido este delito, no puede aplicarse la regla contenida en el segundo de los artículos citados (S. 21 noviembre 1969).

§ 74. Artículo 564: 1.º, *Excusa absolutoria* (inaplicabilidad entre padrastros e hijastros).—Ninguna vinculación parental existe entre el segundo esposo de la madre y un hijo del primer matrimonio de la misma, lo que hace inaplicable entre padrastro e hijastro la excusa absolutoria del núm. 1.º del art. 564, que estrictamente menciona a los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea, en ninguna de cuyas categorías o calidades parentales pueden válidamente ser incluidos los padrastros e hijastros, y sin que una situación de privilegio cual la que generan y representan las excusas absolutorias sea dable apreciarlas extensivamente a supuestos no previstos en el texto de la excepción. (S. 10 noviembre 1969).

§ 75. Artículo 565, párrafo 1.º, *Imprudencia temeraria*.—«Al carecer el artículo 565 del C. p. de precisiones conceptuales descriptivas que permitan establecer la diferencia positiva entre la imprudencia temeraria y la simple antirreglamentaria, resulta difícil matizar su respectivo contenido en la teoría y en la práctica, sobre todo, cuando no sirven a tal fin, ni la gravedad del evento producido, que muda el mundo exterior, que puede tener intensidades cuantitativas diversas, por la intervención del azar y de circunstancias objetivas en cualquiera de dichas imprudencias, ni tampoco la presencia o ausencia de violaciones reglamentarias, que siendo necesario actúen como elemento normativo en la última, también pueden concurrir, aunque sin efectividad penal directa, en la temeraria, al resultar únicamente trascendente, no el agregado a la imprudencia, sino el contenido cualitativo que nutre y conforma a ésta, que es precisamente donde se encuentra el límite divisorio de ambas figuras penales, y que en síntesis se manifiesta, en la mayor o menor gravedad de la situación de riesgo o peligro creada por la imprevisibilidad manifestada, ante el incumplimiento del deber objetivo de cuidado que venía exigido al agente, según apreciación judicial, en la valoración casuística de una jerarquía de valores debidos a la comparación entre el comportamiento humano medio del sujeto ordinario y reflexivo dentro de la comunidad social con la conducta incoincidente seguida por el agente que significa una estridencia; lo que motivará el juicio de reproche culpabilístico de mayor o menor intensidad» (S. 9 octubre 1969).

«La infracción reglamentaria en la imprudencia del art. 565 del C. p., cualifica

únicamente a la simple, pero no determina su intensidad cuya valoración precede al adjetivo de reglamentaria; por eso acierta el motivo único cuando admite que la velocidad era excesiva y por tanto prohibida, pues supone en la acción sólo esta circunstancia cuando lo esencial es ponderar el peligro, el cuidado exigible en el evento, la previsión y la posibilidad de evitarlo» (S. 20 octubre 1969).

La imprudencia temeraria no puede ser el resultado de la acumulación o suma de imprudencias simples (S. 20 diciembre 1969).

La entidad de la imprudencia no puede ser medida por los resultados producidos, sino por la importancia de las precauciones omitidas, en cuya virtud hay que estimar que alcanza el más elevado grado la culpa del conductor de un camión que, circulando de noche, arrolla a un vehículo detenido por avería con las luces reglamentarias, no viéndolo y pudiendo haberlo visto; con lo que se revela su gran desatención generadora de culpa grave. (S. 22 diciembre 1969).

Incurrir en imprudencia temeraria el conductor que no respeta las señales de tráfico rebasando un semáforo cuando el disco estaba en rojo (S. 26 diciembre 1969).

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 53.
Abuso de confianza, 9.
Abuso de superioridad 8.
Abusos deshonestos, 40, 41, 42.
Adulterio, 23, 48, 49.
Alevosía, 7.
Alzamiento de bienes, 62, 63.
Allanamiento de morada, 55.
Amancebamiento, 50.
Apropiación indebida, 18, 69.
Arrebato u obcecación, 6.
Asociación ilícita, 27, 28.
Atentado, 30.
Autoría, 14, 33.
Circunstancia mixta de parentesco, 13, 43.
Coacciones, 4, 56.
Concurso de delitos, 18, 40.
Concurso ideal, 20.
Condena condicional, 22.
Cooperación necesaria, 14, 33.
Cheque en descubierto, 70.
Defraudación de la propiedad industrial, 68.
Defraudación de la propiedad intelectual, 68.
Delito continuado, 17, 40.
Delito consumado y agotado, 39.
Delito contra la salud pública, 37.
Delitos conexos, 19.
Desacato, 31.
Descubrimiento y revelación de secretos, 57.
Desórdenes públicos, 32.
Desprecio de sexo, 12.
Embriaguez, 22.
Enajenación mental incompleta, 4.
Encubrimiento autónomo (Receptación), 73.
Escándalo público, 41, 40.
Estafa, 19, 20, 66, 67.
Estupro, 17, 40, 42, 43, 13, 44, 45, 46.
Excusa absolutoria, 74.
Expendición de productos sin marca, 68.
Falsedad, 18, 19, 20.
Falso testimonio, 35.
Frustración, 2.
Hurto, 16, 60, 61, 69.
Hurto de vehículo de motor, 60.
Imprudencia, 38, 65, 75.
Injurias graves, 51.
Instrumentos para ejecutar el delito de robo, 59.
Intencionalidad, 1.
Legítima defensa, 3.
Maquinaciones para alterar el precio de las cosas, 71.
Multirreincidencia, 16, 75.
Nocturnidad, 10.
Ofensas al Movimiento Nacional, 25.
Omisión de socorro, 54.
Parentesco, 13, 43, 74.
Parricidio, 38.
Perdón del ofendido, 23, 49.
Presunción legal de voluntariedad, 1.
Preterintencionalidad, 5, 38.
Propaganda ilegal, 26, 33.
Quiebra fraudulenta, 64, 65.
Rapto, 47.
Reincidencia, 11.
Responsabilidad civil, 24.
Responsabilidad criminal de las personas jurídicas, 63, 64.
Responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, 21.
Retroactividad de la Ley penal, 15.
Robo, 16, 17, 58, 59, 61.
Sedición, 29.
Simulación de delito, 36.
Sustracción de menores, 52.
Tentativa, 2, 26.
Usura, 72.
Usurpación de funciones, 34.
Violación, 2, 39.
Voluntariedad, 1, 68.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Segundo cuatrimestre de 1970

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto Español de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: I. El Proceso Penal: Principios generales: A. Principio de la defensa obligatoria.—B. Principio acusatorio.—II. Derecho Procesal Penal: A. Naturaleza: Carácter coactivo de sus normas.—B. Fuentes: Jurisprudencia: *a*) Criterios de benignidad en la aplicación de las normas procesales.—*b*) Carácter de la doctrina legal.—PARTE GENERAL: I. Sujetos del proceso penal: 1. Organó jurisdiccional: A. La Jurisdicción penal: *a*) Libertad de decisión del Tribunal superior.—*b*) Delimitación con la Jurisdicción militar.—B. Competencia: *a*) Principio de improrogabilidad.—*b*) Competencia territorial: *a*') Lugar de comisión.—*b*') Principio de territorialidad penal. *c*') Competencia en delitos conexos: *d*') Fuero especial: Delitos sobre propiedad industrial.—C) Servicios técnicos forenses: Policía Judicial: Forman parte de ella los serenos.—2. Las partes en el proceso penal: Rebellía de un procesado: El silencio no imputa nada.—II. Objeto del proceso penal: A. Régimen jurídico de los delitos privados.—B. Responsabilidad civil y parentesco.—III. Nacimiento, desarrollo y terminación del proceso penal: A. Nacimiento: *a*) Naturaleza del sumario.—*b*) Condición de procedibilidad: Tanto de culpa para proceder por falso testimonio: B. Desarrollo del proceso: *a*) Carácter de los escritos de calificación.—*b*) Artículos de previo pronunciamiento: Declinatoria de jurisdicción.—C. Crisis del proceso penal: Conformidad del acusado: Efectos e irrecurribilidad.—D. Terminación del proceso: Planteamiento de la tesis: Ambito.—4. Impugnación del proceso: Recurso de casación: A. Resoluciones contra los que procede: Auto de sobreseimiento libre.—B. Motivación: *a*) Casación por infracción de Ley: *a*') Al amparo del núm. 1.º del artículo 849.—*b*') Al amparo del núm. 2.º del artículo 849.—*b*) Por quebrantamiento de forma: *a*') Al amparo del núm. 1.º del artículo 850.—*b*') Al amparo del número 2.º del artículo 850.—*c*') Al amparo del núm. 4.º del artículo 850.—

d') Al amparo del núm. 1.º del artículo 851: a') Falta de claridad en los hechos probados.—b'') Predeterminación del fallo.—c'') Contradicción entre los hechos probados.—e') Al amparo del núm. 2.º del artículo 851.—f'') Al amparo del núm. 3.º del artículo 851.—C. Orden lógico de resolver los recursos.—D. Adhesión al recurso. Limitaciones.—E. Respecto a los hechos probados: Inadmisión.—PARTE ESPECIAL: A. Juicios ordinarios: Juicio común por delitos: Ambito de la declinatoria de jurisdicción.—B. Juicios especiales por el tipo de la infracción: a) Juicios por delitos de injuria y calumnia: Actuación del Juez instructor.—b) Juicios por delitos cometidos por medios mecánicos de publicación: Basta unir un solo ejemplar a los autos.

INTRODUCCION

I. *El Proceso Penal: Principios generales: A. Principio de la defensa obligatoria:* Es indiscutible principio de nuestro Derecho procesal penal, que en el acto del juicio oral ha de estar presente durante todo el debate el Letrado del procesado. (S. 4 junio 1970.)

B. *Principio acusativo:* La cuestión de competencia no puede resolverse fuera de los términos fijados en la acusación y de la que no puede salirse el Tribunal dado el principio acusatorio del proceso penal. (S. 5 junio 1970.)

II. *Derecho Procesal Penal: A. Naturaleza: Carácter coactivo de sus normas:* Una vez impetrada en forma procesal la acción de la Justicia, el cauce de la actuación de ésta se ha de ajustar a las normas procesales establecidas no a las que las partes quieran fijar. (S. 6 junio 1970.)

B. *Fuentes: Jurisprudencia: a) Criterios de benignidad en la aplicación de las normas procesales:* En atención a todo lo expuesto y haciendo uso de un criterio de benignidad y de amplitud, porque todos los motivos carecen del breve extracto del contenido. (Auto. 13 mayo 1970.)

b) *Carácter de la doctrina legal:* La doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo no tiene rango de norma jurídica —a efectos del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—. (Auto 26 junio 1970.)

PARTE GENERAL

1. SUJETOS DEL PROCESO PENAL. 1. *Organo jurisdiccional: A. La Jurisdicción penal:*

a) *Libertad de decisión del Tribunal superior:* Se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba en base del testimonio librado por el Secretario del Juzgado Municipal, comprensivo de la sentencia dictada en grado de apelación con el Juzgado de Instrucción de igual número, condenatoria. por agresión al procesado, y en la que se hace constar que los hechos ocurrieron

sobre las once y media de la mañana, cuando el hoy impugnante se encontraba en un local de su propiedad, en tanto que en la resolución recurrida se dice que el suceso acaeció a las 24 horas, aproximadamente, al encontrarse los nombrados en un solar; y no procede acoger el motivo, porque si el documento señalado es auténtico por sus formas extrínsecas y por cuanto que de manera indubitada da a conocer una resolución judicial en sus exactos términos, las declaraciones "de facto" contenidas en ella no vinculan a la Audiencia ni menguan su libertad para que en el proceso de que conoció y atendidas las pruebas en él practicadas, formara su juicio valorativo de éstas y le diera a conocer del mismo modo que el Juez lo hiciera en el juicio de faltas, pues aquélla y éste entendieron de procedimientos distintos en los que los medios de probanza difícilmente se conciben idénticos en su número y clase, y expresiones, y cada juzgador adopta en base de ellos y con arreglo a conciencia su criterio sobre la causa, forma y tiempo de producción de los hechos a su conocimiento sometidos, personas intervinientes y demás circunstancias, y en modo alguno, según se deja dicho debe el Tribunal superior quedar supeditado al inferior por declaraciones fácticas realizadas por éste en asunto de su privativa competencia y de menor entidad penal. (S. 14 mayo 1970.)

b) *Delimitación con la Jurisdicción militar*: Si bien de lo hasta ahora actuado, aparecen indicios racionales de criminalidad contra un Teniente de Navío, de la Armada, procesado por supuesto delito de cheque en descubierto, cuyo conocimiento corresponde, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13, núm. 1.º y 30, del Código de Justicia Militar a la Jurisdicción Central de Marina, es lo cierto que, como también de lo actuado aparecen relevantes y fundadas sospechas de encontrarse implicado en la ejecución del mencionado delito un hermano del procesado no aforado, teniendo interesado el Ministerio Fiscal de la Jurisdicción Ordinaria, la práctica de determinadas diligencias en averiguación de su culpabilidad, mientras la misma no se desvanezca, la competencia para conocer de la causa, compete a la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 11 de la L. E. Criminal y artículo 19, núm. 2, del Código de Justicia Militar, debiendo a su favor resolverse la entablada, mientras no se desvanezca la posible responsabilidad de la persona no aforada, procediendo en el supuesto de desvanecerse, la inmediata inhibición a favor de la Jurisdicción Central de la Armada. (Auto 8 mayo 1970.)

En los supuestos prácticos de que se cometa un solo o único delito con un resultado exclusivo, por la actuación independiente de dos inculpados, como autores, sometidos personalmente, uno de ellos en abstracto a la jurisdicción ordinaria, y otro a la militar, se genera una conexidad objetiva, que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11 de la L. E. Crim. y en número 2.º del artículo 19 del Código de Justicia Militar, y siempre que no se haya cometido en lugar en que esté declarado en estado de guerra, ni que la infracción criminal esté reservada, especialmente, a la jurisdicción especial, por razón del delito, o del lugar, que se resuelva otorgado o atribuyendo la competencia para conocer de la causa unitariamente a la Jurisdicción común, por tratarse de un delito no reservado a la especial, juzgando la misma la posible responsabilidad de ambos coautores. La "ratio legis" de esa acumula-

ción personal jurisdiccional atrayente, está determinada por la necesidad de no dividir la continenencia de la causa, en evitación de resoluciones contradictorias, tan perjudiciales para la justicia y su seriedad, y es evidente que la misma sólo puede existir cuando la posible responsabilidad penal que se investigue y se acuse, pueda hacerse efectiva contra ambos responsables, sometidos originariamente a dos jurisdicciones distintas, pues si desapareciera en el curso de la investigación o "ab nativitate" la del paisano, sobreseyéndose para él la responsabilidad, quedando subsistente la del militar, según conocida jurisprudencia de esta Sala —Autos de 13 julio 1929 y de 10 junio 1969— de inhibirse la jurisdicción ordinaria a favor de la especial, y claro es, aún con mayor razón, si la acción penal se ha declarado o debe declararse necesariamente extinguida, en virtud de la muerte del paisano presunto inculcado, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 112 núm. 1.º del C. P., pues entonces no son de aplicar las normas de conexidad objetiva de los citados artículos 11 de la Ordenanza procesal común y 19, núm. 2.º, del Código de Justicia Militar, según ya esta Sala expuso en su auto de 5 de febrero 1919, porque indudablemente falta el presupuesto indispensable para otorgarla, la de dividir la continenencia de la causa, al no poder imputarse al paisano penalmente la responsabilidad, de una conducta que con su muerte se extinguió a todos los efectos, y muy especialmente para sostener la competencia especial de los Tribunales, pues ni siquiera se da la extraordinaria "perpetuatio jurisdictionis", porque realmente la competencia jurisdiccional no surgió, ya que si murió al cometer el delito, no sobrevivió para responsabilizarlo. (Auto 29 mayo 1970.)

B. *Competencia*: a) *Principio de improrrogabilidad*: Si las normas competenciales en líneas generales son de orden público, con mucha más razón ha de regir este principio en la Jurisdicción penal siempre absolutamente improrrogable (Auto 18 junio 1970).

b) *Competencia territorial*: a') *Lugar de comisión*: Negándose los Juzgados en contienda a conocer, ha de entrar en juego en primer término el artículo 14 de la L. E. Crim., en cuyo apartado 2.º se deduce competente para la instrucción de las causas, a los Jueces Instructores del Partido en el que el delito se haya cometido, por lo que en principio el problema queda centrado en determinar dónde ha de entenderse cometido el delito de cheque en descubierto tipificado, en sus distintas modalidades, en el artículo 535 bis del C. P., y en este sentido de acuerdo con recientes resoluciones decisorias de cuestiones de competencia de esta Sala dictada en 16 y 18 octubre 1969 ha de entenderse que este peculiar ilícito penal consiste en la dación en pago del talón sin fondos y por consiguiente se comete el delito donde el cheque llegó a ser entregado en pago. El querellante, sin aportación probatoria de clase alguna, afirma que los cheques en cuestión le fueron entregados en Villarreal, esto es, dentro del Partido Judicial de Castellón de la Plana, pero, por el contrario, el único principio de prueba documental que existe en autos y puede tenerse en cuenta, siquiera sea provisoriamente en el presente estudio procesal, y al solo efecto de decidir el conflicto competencial, con los cheques que debidamente examinados aparecen emitidos en Calafell. Partido Judicial de Vendrell, por lo que de momento

hay que aceptar, cuando menos presuntivamente, que los cheques fueron librados y entregados en el lugar figurado en su emisión, lo que obligará a decidir, según solicita el Ministerio Fiscal, informante en esta cuestión, en favor de la competencia del Juzgado de Instrucción de Vendrell, sin perjuicio de que en el cumplimiento de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 15 de la propia Ley citada, tan pronto como llegara a comprobarse eficazmente que el cheque había sido entregado en lugar distinto de aquel donde debiera ser presentado al cobro, como ello significaría que el lugar de comisión del delito sería el de la entrega, debería entonces, y sólo entonces, declinarse la competencia en favor del Juez del lugar donde ciertamente el delito se hubiera cometido. (Auto 19 junio 1970.)

La cuestión de competencia negativa, suscitada entre los Juzgados de Instrucción de Huércal-Overa y San Lorenzo de El Escorial, rehusando el conocimiento de las diligencias preparatorias, del primero de los Juzgados citados, ha de estimarse competente al mismo a tenor de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 14 de la L. E. Crim., ante la clara determinación de haber sido en su territorio, donde el posible delito de desobediencia se cometió, por no acatarse órdenes por el mismo decretadas, en medidas provisionales de separación de mujer casada y radicar en el Partido Judicial el domicilio de los cónyuges, siendo por todo ello el repetido Juzgado de Huércal-Overa, competente para conocer de las diligencias preparatorias por él iniciadas. (Auto 18 junio 1970.)

b') *Principio de territorialidad penal*: En la lucha internacional contra el tráfico de estupefacientes, regulada sucesivamente por varios Convenios, últimamente el de las Naciones Unidas, suscrito por España en 27 julio 1961 y ratificado en 3 febrero 1966, se configura en abstracto una jurisdicción universal para perseguir estos delitos, pero no se excluye el principio de territorialidad penal, autorizado en nuestras leyes, artículo 8 del C. Civ., 14 de la L. E. Crim. y 4.º de la Ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial: por eso la infracción cometida en España por el procesado está sujeta a sus leyes punitivas y son aplicables los artículos 341 y 344 del C. P., lo mismo que la regla 4.ª del artículo 61, discrecional y no revisable, porque protegen la salud pública general, no la española únicamente en virtud de los convenios internacionales; doctrina mantenida en el Tratado ratificado en 3 febrero 1966, en cuyo artículo 36 ap. 36-2 a, i) se dice que cada uno de los delitos se somete a distintos países con entidad penal autónoma y en el núm. 4.º concreta que los delitos serán definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación penal de cada parte. (S. 2 julio 1970.)

c') *Competencia en delitos conexos*: La cuestión de competencia propuesta en la declinatoria no puede resolverse fuera de los términos fijados en la acusación, que es la materia injuiciada y de la que no puede salirse el Tribunal dado el principio acusatorio del procesal penal; y ciñendo el problema al estudio del escrito de calificación se observa que en él se acusa al procesado de varios delitos de desacato, cometidos unos en escrito dirigido al Fiscal del Tribunal Supremo, y otros, en escritos dirigidos al Fiscal de la Audiencia de Albacete, delitos que encuadra en el artículo 240 del C. P. para los que solicita igual sanción, y que no consta que hayan sido objeto de procedimiento

penal alguno con anterioridad al presente; de cuyos antecedentes, que no han sido impugnados en el recurso, se concluye que se trata de enjuiciar delitos conexos, y al decir delitos conexos se excluye la idea de delito continuado de que habla el recurrente, porque son delitos de igual naturaleza, imputados a la misma persona y no perseguidos todavía, reuniendo, por tanto, los requisitos que para la conexidad exige el número 5 del artículo 17 de la L. E. Criminal; y situada ya la cuestión dentro del área de los delitos conexos, la competencia para conocer de los mismos en un solo proceso como dispone el artículo 300 de la citada Ley ha de determinarse por las reglas del artículo 18, que la difiere al Juez o Tribunal que comenzare primero la causa cuando se trate de delitos que tengan señalada igual pena, que es el caso contemplado en el presente recurso, que al tratarse de delitos presuntamente encuadrados en un mismo artículo del Código, el 240, que no distingue para graduar la pena, la mayor o menor categoría de la Autoridad ofendida, equiparándose a estos efectos en el Código los Ministros con las demás Autoridades sea cual fuere el rango de éstas, por lo que no es posible aceptar la tesis del recurso de ser más grave penalmente el desacato inferido al Fiscal del Supremo por la mayor jerarquía de éste; concluyéndose también de lo dicho que no hubo infracción del artículo 71 del C. P. porque no se trata de un solo hecho constituido de dos o más delitos o de uno sólo como medio necesario para cometer otro, que son los supuestos del citado artículo, sino de actividades distintas llevadas a cabo en momentos también distintos y contra diferentes personas, pero que aun siendo independientes entre sí, han de enjuiciarse conjuntamente por la razón de la conexidad antes expuesta; procediendo en su consecuencia desestimar el recurso interpuesto al no haberse cometido las infracciones sustantivas y adjetivas que se alegan y ser la Audiencia de Albacete la primera y única que comenzó a conocer de los hechos imputados al inculpado, parte de cuyos hechos se cometieron en el territorio de dicha Audiencia. (S. 5 junio 1970.)

d') *Fuero especial: Delitos sobre propiedad industrial:* Según aparece de los documentos aportados con la querrela a que se alude en el auto recurrido, las pruebas del delito denunciado fueron descubiertas en Madrid, por lo que es incuestionable que es a los Juzgados de esta Capital y a su Audiencia a quienes corresponde la competencia para entender de esta causa, ya que la incoación del sumario de que se trata ante el Juzgado núm. 14 de los de Madrid, lo fue como consecuencia del derecho de opción que asiste al querrelante para elegir entre el lugar de la comisión del delito y el del descubrimiento de sus pruebas materiales, surgido en virtud de lo dispuesto en el artículo 269 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 julio 1929, que modifica las reglas generales de competencia establecidas en los artículos 14 y 15 de la L. E. Crim. y que por su condición de norma especial tiene carácter preferente y excluyente sobre aquellos, sin que a la aplicación de esta doctrina al caso contemplado pueda oponerse la circunstancia de que puede aparecer acreditado que la fabricación y operaciones de comercialización de ciertas bridas metálicas por parte del procesado, objeto material de la querrela, según se expresa en el auto recurrido, tuvieron lugar en Barcelona, pues son hechos reflejados en la causa, que no pueden anular el derecho preferencial de elec-

ción que el precepto especial concede al querellante y que fue ejercitado en su momento y en forma procesal. (Sentencia 2 julio 1970.)

C. *Servicios Técnicos Forenses: Policía Judicial: Forman parte de ella: los serenos.*—El artículo 283, núm. 5.º de la L. E. Crim. encuadra y atribuye a los serenos el carácter de agente municipal de policía urbana integrándolos entre los componentes de la policía judicial. El viejo precedente del R. D. de 24 febrero 1908 regulador de la forma de nombramiento, facultades y uniformes de los vigilantes nocturnos. Artículos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º. 3.º de la Ley de Administración Local: el art. 101 ap. h) fija entre otros como competencia de los Ayuntamientos la policía urbana y rural y la protección de personas y bienes; el art. 116 determinante de las atribuciones del Alcalde en cuyo ap. c) le atribuye dirigir los servicios de la policía urbana; el 117 b) que le confiere la facultad y el deber de mantener el orden y proveer a la seguridad pública e individual; el art. 156 que afirma ser servicios municipales cuantos tienden a la consecución de los fines reseñados como de la competencia municipal; el art. 320, núm. 4.º, que considera subalternos municipales a los que desempeñen funciones secundarias de vigilancia; y el 323 número 2.º que prescribe que el nombramiento de los funcionarios municipales que usen armas corresponde en exclusiva a los Alcaldes. Del Reglamento de funcionarios municipales el art. 4.º, núm. 3.º, que considera como tales “a los habilitados para el ejercicio de funciones públicas”; el art. 20 que ratifica el mandato legal de atribuir el nombramiento de los funcionarios municipales que usen armas a los Alcaldes; el art. 252 que determina. “La Guardia Municipal constituirá en cada Ayuntamiento un solo Cuerpo bajo la denominación genérica de Policía municipal, sin perjuicio de las especialidades y denominaciones de urbanas, rural, nocturna, de tráfico y otras semejantes” y por último el art. 255 que ordena: “La Policía municipal tendrá las siguientes funciones: a) Vigilancia y ordenación del tráfico. b) Policía Judicial. c) Orden público. d) Cooperación a la representación corporativa. e) Las demás que le correspondan o se le encomienden”, y añade: “Serán auxiliares de la policía municipal los funcionarios subalternos que tengan asignadas misiones secundarias de vigilancia en relación con los servicios y dependencias municipales, así como los vigilantes nocturnos.” (Sentencia 6 julio 1970.)

2. LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL: REBELDÍA DE UN PROCESADO: EL SILENCIO NO IMPUTA NADA.

Si bien en la forma planteada de culpabilidad total, absoluta y exclusiva del otro procesado no podía ser resuelta por la Sala de instancia la cuestión que se presentaba, con alegato de que no tuvo más relación con el procesado rebelde que la de comisionista, sin constituir sociedad, por lo que no intervino en la compra de materiales, ni se benefició en nada, quedó resuelta de la única manera viable en el procedimiento penal ordinario, en el que nada se puede imputar al rebelde, no aceptando, con su silencio, lo alegado por la defensa del procesado, y declarándose por el Tribunal “a quo” probados hechos de los que resulta la implicación del recurrente, su intervención y su conducta delictiva. (Sentencia 1 junio 1970.)

II. OBJETO DEL PROCESO PENAL

A. *Régimen jurídico de los delitos privados*: La afirmación que se hace de que el art. 674 preceptivo de remitir lo actuado a otro Tribunal al estimar la declinatoria, no tiene aplicación en los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, pretendiendo por ello que se declare la nulidad de todo lo actuado, no tiene fundamento legal alguno ni el citado artículo contiene tal limitación, pretensión contraria también a la naturaleza de orden público que tienen las leyes procesales, y por eso, en esos delitos privados, el perjudicado o la persona titular del derecho de instar el procedimiento es libre de ejercitar o no este derecho, pero una vez impetrada en forma procesal la acción de la justicia, el cauce de la actuación de ésta se ha de ajustar a las normas procesales establecidas, no a las que las partes quieran fijar; y en su virtud, no pudiendo el procesado en toda clase de juicios promover cuestiones de competencia hasta el trámite de calificación —art. 19, núm. 6.º de la Ley Procesal— y refiriéndose la declinatoria de jurisdicción al Tribunal que ha de conocer y fallar de la causa, competencia que no se discute por el recurrente, la pretensión postulada en el presente recurso no puede ser acogida. (Sentencia 6 junio 1970.)

B. *Responsabilidad civil y parentesco*: Establece regla general el art. 19 del Código cuando enlaza las responsabilidades criminales y civiles, con las excepciones en cuanto al sujeto en el art. 20; pero los arts. 101 y 102 prescriben la forma del resarcimiento, mientras el 100 de la L. E. Crim. reproduce el contenido del Código y el 116 de aquella Ley señala que la extinción de la acción penal, cuando no proceda de haberse declarado la inexistencia del hecho, deja pendiente la civil para otra jurisdicción; reglas generales se conforman de modo distinto con el art. 564 del C. P. que divorcia ambas responsabilidades, penal y civil, con la excusa absolutoria de parentesco que supone el carácter delictivo del acto y la imputabilidad sobre los que ha de pronunciarse el Juzgador, pero los partícipes quedan sujetos a la responsabilidad civil en la misma causa en que se decreta la excusa, como excepción a las normas generales incluso la procesal del 116 de la Ley de Enjuiciamiento; no quebrantó la Sala de instancia, respetuosa con las sentencias evocadas en el recurso, no aplicables a la excusa, los preceptos alegados. (Sentencia 23 mayo 1970.)

III. NACIMIENTO, DESARROLLO Y TERMINACION DEL PROCESO PENAL

A. *Nacimiento*: a) *Naturaleza del sumario*: El sumario no es otra cosa, según el art. 299 de esa Ley, que el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio, y por tanto como medidas provisionales no pueden afectar definitivamente a la situación de los procesados ni producirles indefensión, tanto por ser recurribles ante la Audiencia los autos de procesamiento, denegación de pruebas, y otros acuerdos, como por ser este Tribunal el llamado a resolver todas las cuestiones propuestas en la sentencia que se dicte; y de aquí también que pueda encargarse la formación del sumario a jueces especiales que no sean del territorio donde se ha cometido el delito —arts. 303

y 304— sin afectar al Tribunal que con arreglo a las disposiciones legales corresponda el conocimiento de la causa, según dispone expresamente el artículo 305; evidenciándose con ello que las declinatorias de jurisdicción sólo afectan al Tribunal que ha de conocer y fallar, no al Juez que tramitó el sumario. (Sentencia 6 junio 1970.)

b) *Condición de procedibilidad: Tanto de culpa para proceder por falso testimonio:* No habiendo mandado el Tribunal civil deducir el tanto de culpa para proceder en la vía penal, no procede la aplicación del art. 329 del C. P., según exige la doctrina jurisprudencial, sin que baste la autorización para la presentación de la querrela, citando a este efecto las sentencias de 24 enero 1903 y 26 junio 1948; argumentación que hay que recoger, pues a las resoluciones citadas pudieron añadirse las diversas, últimamente la de 15 febrero del año 1960, sustentadora de la misma doctrina, con la de 8 febrero 1954, de que es condición indispensable la autorización y deducción del tanto de culpa oportuno. (Sentencia 20 mayo 1970.)

B. *Desarrollo del proceso:* a) *Carácter de los escritos de calificación:* La única plataforma de lanzamiento útil y eficaz para proyectar sobre el proceso penal e introducir en el mismo los puntos o cuestiones que el Tribunal de instancia haya de resolver en el fallo en virtud de lo prevenido en los artículos 142 y 742 de la Ley de E. Crim. es el escrito de calificación que tiene necesariamente que estar ceñido a lo dispuesto en los arts. 650, 651 y 652, en cuyo contenido se limitaran a determinar en conclusiones precisas y numeradas lo que es materia exclusiva de tal trámite; y procesalmente no es lícito suscitar problemas que no han podido resolverse por no haber sido oportunamente planteados, pues esta Sala no puede censurar, en su misión interpretativa con fines unificadores, de los preceptos penales aplicados a los hechos ocurridos, aquello que no fue resuelto ni pudo serlo por haber tenido entrada en el ámbito del debate por puerta no autorizada y que abrió al recurrente con posterioridad al momento en el que la otra parte pudo contraponerle sus pruebas y razones y la Audiencia estudiarla y exponer su opinión, que es la que esta Sala ha de estudiar y, en su caso, aplicarle el remedio que merezca. (Sentencia 19 mayo 1970.)

b) *Artículos de previo pronunciamiento: Declinatoria de jurisdicción:* Las declinatorias de jurisdicción sólo afectan al Tribunal que ha de conocer y fallar, no al Juez que tramitó el sumario. (Sentencia 6 junio 1970.)

C. *Crisis del proceso penal: Conformidad del acusado: Efectos e irrecurribilidad:* En cuanto al juicio oral se interrumpe nada más iniciarse, al darse el supuesto del art. 694 en relación con el 655 de la L. E. Crim., por manifestarse la conformidad absoluta del acusado y de su defensor con la calificación del delito y con la responsabilidad señalada por el Ministerio Fiscal, si se produce el pretendido y concertado efecto de dictarse sin más trámites sentencia, según la calificación mutuamente aceptada, no imponiendo pena mayor que la solicitada, es evidente que contra esta resolución no cabe entablar el recurso de casación que autoriza el art. 847 de la propia ordenanza procesal, porque dicho consentimiento de la parte procesada y el subsiguiente asentimiento del Abogado que autoriza técnicamente la confesión espontánea

y libre de la voluntad de aquél, suponen indiscutiblemente una renuncia anticipada y condicional de la casación, consistiendo la condición, en que la resolución que se dicte, sea la deseada, tanto por el delito como por la penalidad, por estar encajada dentro del juego de las concertadas voluntades de las partes, pues de suceder de esta manera se violaría el justo principio de Derecho de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, y además se alteraría la seguridad del tráfico jurídico, y se permitiría revocar sin causa lo que se consintió, amparando una posición falaz, simulada o engañosa. que de admitirse llevaría a la consecuencia de dejar al criterio del procesado, la celebración adecuada del juicio oral cometiendo un fraude procesal, sin que pueda dejarse sin efecto esta interpretación por la letra del citado art. 847, toda vez que su ilimitado contenido cede ante el supuesto excepcional contemplado, y porque la celebración del juicio oral que exige, no se ha efectuado, al quedar en mero intento, por la interrupción prematura impuesta por el imputado, faltando el requisito habilitante sobre el que la norma se asienta. Esta doctrina que en esencia ha sido ya expuesta, de manera más o menos directa, por esta Sala en SS. de 22 junio 1885, 14 noviembre 1906, 19 enero 1935, 25 de abril 1964 y 23 junio 1967, impide que pueda ser admitido a trámite por aplicación de la causa segunda de inadmisión del art. 884 de la L. E. Crim., el recurso de casación entablado por el procesado, porque conformándose con la calificación del Fiscal, que le acusaba de un delito de falsedad del art. 309 del C. P., con la circunstancia agravante de reiteración, e incluso con la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 10.000 pesetas, que para el mismo pedía, se conformó él y aceptó su defensor, tal calificación y sanción, dictándose sentencia de conformidad por dicha infracción con igual causa de agravación, pero rebajando sensiblemente la penalidad por debajo de la consentida o cuatro meses y un día de arresto mayor y multa de 5.000 pesetas, por lo que no puede admitírsele el recurso de casación, ya que su renuncia condicionada con condición cumplida se hizo irreversible, y no puede ser objeto de revocación sin causa, pues debe ser fiel a sus propios y voluntarios actos, sin admitirle la desleal conducta, que no dejó celebrar el juicio oral y pretende ahora poner en discusión lo que aceptó en su formulación de hecho, y en su calificación jurídica, es decir, la agravante de reiteración, sobre la que no se puede volver. (Auto 24 junio 1970.)

D. Terminación del proceso: Planteamiento de la Tesis: Ambito: El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de reunión no pacífica previsto en los arts. 166 núm. 1.º, 167 párr. 1.º y 168 del C. P., sancionado con pena de prisión menor y multa, solicitando se les impusiera la de un año de prisión menor y multa de 10.000 pesetas, incriminando el Tribunal los hechos como constitutivos de un delito de desórdenes públicos del párr. 1.º del art. 246, cuya penalidad es de arresto mayor y multa, sancionándolos con cuatro meses y 5.000 pesetas, habiendo procedido el Tribunal dentro de su libérrima facultad para calificar los hechos perseguidos, sin necesidad de hacer uso de las prevenciones fijadas en el mencionado art. 733, puesto que tanto el delito castigado como la pena impuesta, son de menor entidad y gravedad a lo postulado por el Ministerio Público, pues lo único que le está vedado es rebasar las acusaciones públicas o particulares, tenién-

dolo así declarado esta Sala en reiterada doctrina, sin que tan siquiera exista esencial discrepancia entre el delito objeto de acusación y el que fue objeto de condena. (Sentencia 4 junio 1970.)

4. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: RECURSO DE CASACIÓN.

A. *Resoluciones contra las que procede: Auto de sobreseimiento libre:* Merece un tratamiento "sui generis" el recurso especial de casación que únicamente por infracción de Ley establece el art. 848 de la L. E. Crim., contra los autos de sobreseimiento libre dictados por las Audiencias, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos; pues dado que en realidad no existen unos hechos declarados probados y que, por tanto, no se pueden combatir, ni pretender modificar a través, respectivamente, de los angostos cauces de los núms. 1.º y 2.º del art. 849 de la precitada ley procesal, ambos utilizados por el recurrente, y por ello si nos atuviésemos a los estrechos límites de los citados caminos que son los únicos que señala la ley procesal para llegar a estos ataques contra los autos de sobreseimiento libre, quedaríamos circunscritos a la solución negativa por carencia de hechos probados que combatir o que modificar, con lo cual sería absoluta y totalmente ineficaz la previsión del legislador; y como este absurdo negativo y ciego resultado no pudo ser querido por el legislador, si bien dejó una laguna procesal a llenar la misma es hacia lo que marchamos por ser de obligada competencia de esta Sala, en su misión principalísima y que no debe ni puede soslayar de administrar recta y cumplida Justicia, a cuya meta no se podría llegar, si no diésemos una amplitud interpretativa a los meritados arts. 848 y 849, en sus dos números, conjugándolos y enlazándolos entre sí para, dentro de su espiritualidad, darles la eficacia que se requiere para resolver el problema que se nos plantea y de la que en otro caso carecerían, quedando sin luminosidad y anquilosada la Justicia, que estamos obligados a elevar a la más encumbrada y esplendorosa cima, con nuestras resoluciones. (Sentencia 9 junio 1970.)

B. *Motivación:* a) *Casación por infracción de Ley:* a') *Al amparo del número 1.º del artículo 849:* Los Tribunales de lo penal al tener que resolver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que nace de los delitos o faltas según el art. 19 del C. P., cuando esa responsabilidad sea postulada por los perjudicados o por el mismo Ministerio Fiscal, han de aplicar normas de este carácter, tanto para examinar su existencia y regular cuantía como para determinar su extinción según previene también el art. 117 del mismo Código; y de aquí que los afectados por los pronunciamientos de esa índole puedan recurrir invocando la conculcación de reglas de ese tipo, sin que por ello se quebrante el párr. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., donde expresamente se prevé que puede interponerse recurso de casación por infracción de ley cuando se estiman infringidos preceptos penales de carácter sustantivo u "otra norma jurídica del mismo carácter" que deba ser observada en la aplicación de la ley penal; por lo que al invocar el Abogado del Estado como fundamento de su recurso la ley penal del automóvil de 24 de diciembre 1962, y el Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 noviembre 1964, invocó normas

de carácter sustantivo que el Tribunal sentenciador tenía que observar al aplicar la ley penal de donde dimanaba la responsabilidad civil. (Sentencia 13 mayo 1970.)

El núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim. terminantemente exige se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la Ley Penal, sin que la doctrina de esta Sala, tenga rango de norma jurídica, según se viene reiteradamente declarando, siendo por consiguiente inadmisibles los dos motivos, por no señalarse la Ley sustantiva estimada infringida, no siendo suficiente que al final de la argumentación del primero de ellos se diga que la doctrina infringida se relaciona con el art. 463 del C. P. cuando no se ha hecho constar en el breve extracto de su contenido que los encabeza, en los que solamente se estiman infringidas diferentes sentencias de esta Sala, por lo que en atención al carácter eminentemente formal de la casación penal se ha incurrido en la causa de inadmisión primera del art. 884 de la citada Ley procesal. (Auto 26 junio 1970.)

b') *Al amparo del número 2.º del artículo 849*: El documento auténtico para merecer tal condición requiere, por un lado, de la presencia de las formalidades extrínsecas, que derivan de su procedencia, de funcionario competente para autorizarlo y dar fe cierta, y de otro, que posea veracidad intrínseca por su mismo contenido inobjetable y veraz; y si bien el acto de conciliación, por proceder de un Juez que lo construye, es exacto en cuanto a su fecha y lo expuesto o recogido ante el mismo, no goza de igual estimación en relación a su contenido, cuando éste lo constituyan manifestaciones de las partes, ya que son el producto de su voluntad que puede ser cierta o no, simulada, defensiva o acomodaticia, teniendo que quedar siempre la valoración de su eficacia, a la estimación soberana e ilimitada del Tribunal de instancia. Por esta doctrina bien conocida es de inadmitir el motivo segundo, dando aplicación a la causa de desestimación 6.ª del art. 848 de la L. E. Criminal, porque se apoya en el acto de conciliación para desvirtuar los hechos probados, siendo así que las manifestaciones de la esposa en él reflejadas, además de no oponerse a la narración fáctica, que únicamente las amplía con un nuevo hecho, son meras declaraciones testificales, que no pueden además compararse con otras prestadas en sumario antecedente, para deducir consecuencias, pues se pretende dar como ciertas declaraciones diversas, interpretarlas, y cambiar el juicio apreciativo, realizado por la sentencia, sin base cierta alguna, para ello de certeza protegible. (Sentencia 14 mayo 1970.)

Esta Sala reiterada y frecuentemente viene estableciendo la doctrina de que las diligencias de inspección judicial y de reconstitución del hecho delictivo, sólo gozan de la condición de documento auténtico a efectos del recurso de casación basado en el núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim., cuando en su aspecto formal recojan las observaciones y comprobaciones que de manera tangible, directa y "de visu" haga el Juez Instructor, y que representen verdades intrínsecas e indiscutibles que no pueden desconocerse, por reflejar la realidad topográfica o material detalladamente, pero no gozan de igual valor y carácter, las manifestaciones que hagan otras personas que asistan a la diligencia, ya sean partes interesadas o testigos, y que declaran cómo ocurrieron

los hechos, para reconstruirlos, estableciendo sobre sus afirmaciones deducciones el Juez, que reflejen su creencia sobre la forma de acaecer aquéllos, pues sus testimonios no son pruebas objetivas y exactas, sino subjetivas y falibles, que siempre quedan sometidas a la apreciación de la Sala, como órgano supremo a quien corresponde forjar, a través del conjunto de la prueba, la convicción psicológica, sin hallarse vinculada a los juicios personales del Instructor, asentados sobre unos testimonios valorables y no sobre observaciones materiales directas. (Sentencia 22 junio 1970.)

b) *Por quebrantamiento de forma:* a') *Al amparo del número 1.º del artículo 850:* Habiendo dejado de comparecer al acto del juicio oral varios de los testigos propuestos por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional de los hechos y pedida por él la suspensión de dicho acto, que fue denegada, con su protesta, recurre la sentencia de instancia, por un solo motivo, al amparo del número 1.º del art. 850 de la L. E. Crim., por estimar que le causó indefensión; y ha de ser acogido el motivo, porque aunque los dos testigos hubieran declarado en el sumario y se estuviera en procedimiento de urgencia en el que por lo dispuesto en el art. 801 del citado Ordenamiento deban los Tribunales impedir inmotivadas suspensiones, la solicitada por dicho Ministerio estaba fundada en la importancia de los testimonios de los incomparecientes por haber presenciado los hechos que estimaba constitutivos de un delito de atentado, y al no razonar la Audiencia su acuerdo desestimatorio, que es revisable en casación, y no constar que los testigos nombrados fueran citados en la forma que prescriben los arts. 175 y siguientes de la Ley, de acuerdo con lo que previene el art. 661 de la misma, ni que de la obligación de comparecer ante el Tribunal "a quo" fueran informados por su jefe, de quien se interesó su asistencia, dejándose, pues, de poner en ejercicio los medios legales adecuados para que depusieran en juicio, es visto que se cometió el quebrantamiento de forma denunciado, por cuanto que la decisión de la Audiencia supone denegación de prueba pertinente, y la procedencia de casar la resolución impugnada con las consecuencias procesales derivadas de la referida vulneración. (Sentencia 5 junio 1970.)

b') *Al amparo del núm. 2.º del art. 850:* Con la lectura del acta del juicio oral, especialmente en la parte que relaciona los asistentes al acto, que se acompaña por testimonio, se encuentra plenamente justificado que el juicio oral se celebró sin asistencia del Letrado defensor del recurrente, sin que ninguno otro le sustituyera y siendo indiscutible principio de nuestro Derecho procesal penal, desarrollado a la sombra protectora del art. 680 y siguientes y concordantes de la L. E. Crim., que en el acto del juicio oral ha de estar presente durante todo el debate el Letrado del procesado, ya que su ausencia produce indefensión del acusado que no tiene quien en forma legal lo patrocine, y es origen ineludible de la nulidad de lo actuado en estas condiciones, procede acoger el único motivo del recurso que ha sido formalizado y que se encuentra apoyado por el Ministerio Fiscal y se ampara en el núm. 2.º del art. 850 de la L. E. Crim., y que hay que interpretarlo con la conveniente amplitud. (Sentencia 4 junio 1970.)

c') *Al amparo del núm. 4.º del art. 850:* Se denuncia la indefensión que ha producido al procesado el haber sido desestimadas por impertinentes las

preguntas que oportunamente fueron formuladas y lo que asimismo le ocasionó la manera en que se practicaron las declaraciones de los dos testigos, cuyos nombres cita, que se encontraban presos en la cárcel de Carabanchel y habían sido condenado en este proceso, en la sentencia que se dictó contra los mismos y contra el aquí recurrente, en aquel entonces en situación de rebeldía; y examinada con precedencia esta última cuestión, se llega a la conclusión de que las anomalías procesales que se destacan y hemos comprobado y que quizá tengan su excusa en el gran trabajo que pesa sobre los Tribunales, en la rapidez que hay que imprimir a esta clase de procesos y en las dificultades que siempre ocasionan demoras, que darían lugar a quejas, el traslado de los presos, especialmente de los penados, como parece ser se trataba, para comparecer a declarar en los juicios orales, y son de tal importancia las anomalías procesales observadas que han podido producir la indefensión que se acusa y como por su entidad afectan al orden público procesal, llevan implícita conforme al art. 4 del Código civil, la nulidad de lo actuado a partir de dichas infracciones, que es conveniente relacionar someramente, por servir de justificación a esta resolución. Las infracciones aludidas consisten y tuvieron su desarrollo así: Los dos testigos propuestos y admitidos se encontraban presos o penados en la prisión de Carabanchel enclavada dentro de este mismo Municipio, y en lugar de hacerles comparecer ante el Tribunal o al menos haber aplicado lo dispuesto en el art. 718 de la L. E. Crim., desplazándose un miembro del Tribunal a la Prisión, para que pudieran las partes hacerles las preguntas que considerasen oportunas, se acordó librar orden al Juzgado Municipal, sin que se diese la posibilidad a la defensa de actuar en la práctica de dichas declaraciones que tampoco tuvo ocasión de conocer las preguntas que del pliego que presentó fueron declaradas impertinentes, y que bien pudo sustituir por otras que le fuesen admitidas, y, por último, esta prueba llegó a poder del Tribunal después de concluido el juicio oral y con posterioridad se le dio vista de la misma a la defensa que, por tanto, es obvio que no pudo en su informe destacar aquello que estimase podía favorecer a su patrocinado, y tampoco le fue dable hacer alguna observación escrita, si se tiene en cuenta que la providencia le fue notificada el mismo día en que se dictaba la sentencia recurrida; y como colofón, el Tribunal también se vio privado del informe que pudiera haberle dado el individuo del Tribunal a cuya presencia, en su caso, se hubiese practicado la prueba testifical mencionada. (Sentencia 12 junio 1970.)

d') *Al amparo del núm. 1.º del art. 851: a") Falta de claridad en los hechos probados:* Se aduce que no se expresan claramente los hechos que se consideran probados por no precisarse qué compras han sido efectuadas por cada uno de los procesados, es obligadamente desestimable porque tal determinación resulta abiertamente innecesaria por cuanto en la propia resultancia probatoria se declara que todos los actos realizados lo fueron de común acuerdo y propósito por la pareja de los procesados convivientes y en su conjunto beneficio, por lo que resulta intrascendente quién interviniera en cada una de las defraudatorias operaciones que plenamente concertados llevaron a cabo. (Sentencia 12 mayo 1970.)

La claridad que bajo amenaza de quebrantamiento de forma exige el ar-

artículo 851 núm. 1.º de la L. E. Crim., para las sentencias que pongan fin al proceso penal, es la que se manifiesta, en la redacción de los hechos probados, que los haga lógicos y comprensibles, describiendo inteligiblemente las conductas juzgadas, de manera que la expresión de la convicción psicológica obtenida por el Tribunal en la apreciación de la prueba, según su conciencia, se realice sin confusiones, que hagan imposibles conocer lo que se quiso expresar; por lo que no es falta de claridad, ni la omisión de expresiones, ni la de cuestiones que las partes propusieran que no supone incongruencia formal, sino discusión sobre el fondo a dilucidar por otras vías casacionales, ni tampoco el deseo de la parte recurrente de que se cambie el sentido de los hechos y su misma manifestación descriptiva, porque siendo facultad de la instancia relatarlos, sólo por el cauce de los documentos auténticos, con contenido contradictorio, cabría modificarlos sustancialmente. (Sentencia 2 junio 1970.)

En la exposición narrativa de la sentencia han de aparecer los hechos y circunstancias, puntualizados claramente en su realidad probada, así como los actos de cada uno de los partícipes necesarios para determinar su responsabilidad criminal; las omisiones de estos datos son impugnables por el número 2 del art. 849 de la L. E. Crim., con verdadera eficacia si se poseen documentos auténticos demostrativos de que lo omitido es contradictorio de lo que se aceptó como probado, pueden atacarse también por falta de claridad, como hace el motivo, mas entonces no se antepone el criterio del recurrente al del Tribunal de instancia, que sobre los hechos así redactados formuló su resolución; por eso la duda que manifiesta el procesado de cómo pueden sustraer un automóvil tres personas simultáneamente no pesa sobre el Juzgador que las declara autoras porque estaban de acuerdo y se apoderaron con unidad de intención y propósito, no distingue entre actos personales porque no los había y se deja lúcidamente expuesto el hecho y sus circunstancias. (Sentencia 4 junio 1970.)

El recurso de casación por forma, apoyado en el art. 851 núm. 1.º, inciso primero de la L. E. Crim., por no expresar la sentencia, clara y terminantemente los hechos declarados probados, sólo puede admitirse, si la redacción es confusa, oscura, ambigua, más o menos incomprensible, o dudosa y no imperativa o concluyente, pero en su contenido no puede encajarse, la contradicción, que tiene otra vía distinta, ni la no resolución de todas las cuestiones propuestas por las partes, a dilucidar por el número 3.º del dicho art. 851, ni la modificación de los hechos probados, con base en documentos obrantes en las actuaciones, que encaja en la casación de fondo del núm. 2.º del artículo 849 de la propia ordenanza procesal, ni por fin, sirve para contestar a preguntas, que sobre el claro texto narrado se le ocurra formular a la parte recurrente para esclarecer lo que a él sólo le parece oscuro o ambiguo. (Sentencia 27 junio 1970.)

b") *Predeterminación del fallo*: Se atribuye a la sentencia el defecto de consignar como hechos probados preceptos jurídicos predeterminantes del fallo al decir que C. "consintió" que J. realizara en ella la maniobra abortiva que allí se relata; motivo que no puede ser acogido; a) porque la palabra "consentir" no encierra una idea jurídica, sino que es la expresión del hecho de acceder a una cosa, y para cuya comprensión no se necesitan conocimientos

la parte que recurre; ello aparte de tratarse de modificación inoperante en todo caso, bien fuera novela o cualquier otro escrito, puesto que si éste está destinado a la difusión y contiene conceptos netamente delictivos, tanto da, a efectos penales, que su forma expresiva sea o no novelada, ya que lo único significativo en Derecho es la sustancia de lo manifestado y no la modalidad literaria en que aparezca vertido. (Sentencia 10 junio 1970.)

Se alega que suponía una predeterminación del fallo el que en la segunda acción de la actuación del procesado a que se contrae la sentencia se dice que fue "repetida" y con "idéntico ánimo lúbrico" y dicha palabra y frase, así como "evidentes" que también se destaca no son conceptos jurídicos ni han sido empleados, en ninguna forma, por el legislador para definir el delito que nos ocupa. (Sentencia 23 junio 1970.)

c") *Contradicción entre los hechos probados*: El remedio procesal, por vía de quebrantamiento de forma del art. 851, núm. 1.º de la L. E. Crim., concedido para el supuesto de que los hechos probados sean manifiestamente contradictorios entre sí, sólo por su contenido cualitativo se producirá, cuando las conductas o actos que se describan, afirmaciones que contenga, o juicios que emita, sean lógica y gramaticalmente excluyentes, por oponerse irremediablemente unas a otras, repeliéndose recíprocamente, al no poder ser al mismo tiempo ciertas y falsas, resultando imposible su contestación por su evidente antítesis, producto de contradicción esencial, con la consecuencia de originar una destrucción conceptual evidente e irreversible, que no puede salvarse sin una nueva redacción de la sentencia que elimina la opuesta; mas este motivo no puede mezclarse con el de no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos probados, que tiene distinto alcance y significado, ni tampoco proponerse para que la sentencia dé respuestas a preguntas que se le ocurra formular a la parte recurrente, aunque para ello se cite la O. de 5 abril 1932, y su art. 8, establecido para aquellos supuestos de eludir la falta de claridad o terminancia de los hechos establecidos según la convicción psicológica de la Sala. (Sentencia 27 junio 1970.)

La contradicción invocada entre los hechos que la sentencia declara probados, debe ser acogido, porque la declaración que se hace de que el recurrente, a consecuencia del golpe que sufrió al caerse de la motocicleta que montaba, quedó conmocionado y aturdido con lesiones vivamente dolorosas recostado en la cuneta sin pérdida de la conciencia y preocupado por su trauma psico-físico, es opuesta a la afirmación subsiguiente de que retardó poner la motocicleta en lugar seguro, al no consignarse el tiempo que permaneciera conmocionado ni el transcurrido desde que sufrió la caída hasta el momento del choque del auto-taxi con los camiones, datos necesarios para poder colegir si el lesionado se encontraba o no en condiciones de poder retirar la motocicleta del sitio donde quedó o de pedir auxilio para que otros lo verificaran, y poder concluir del relato la culpabilidad o inculpabilidad del referido motorista. (Sentencia 11 junio 1970.)

e") *Al amparo del número 2.º del artículo 851*: Se estima que la sentencia recurrida, no efectúa relación de los hechos probados, limitándose a exponer los de la querrela, manifestando a continuación no se han probado suficientemente, explicando los motivos de dicha creencia, lo que efectivamente resulta

especiales, por ser la manera vulgar y corriente de dar a conocer la conformidad prestada a cualquiera acacimiento de la vida; b) porque suprimida dicha palabra de la narración, ésta quedaría con los elementos suficientes para ser calificada jurídicamente, ya que se dice anteriormente que C., mujer embarazada, buscó a J. y convino con ella mediante precio que le eliminase el producto de la concepción; y c) porque siendo el aborto consentido por la mujer una de las modalidades de este delito, hay que expresar de alguna manera esta circunstancia para poderle aplicar la penalidad correspondiente, ya que de otra manera quedaría indeterminada la figura del delito que se persigue. (Sentencia 13 mayo 1970.)

El núm. 1.º, inciso último, del art. 851 de la L. E. Crim., en relación con el 142, prohíbe el uso de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo en el relato de la sentencia; constantes resoluciones de esta Sala perfilan los caracteres distintivos de dichos conceptos y excluyen a los que no reproducen los términos descriptivos empleados en las figuras penales, los que no son puramente técnicos jurídicos y los expresados con vocablos y frases corrientes o están acompañados de circunstancias suficientes para significar por sí mismas lo sucedido, y a la luz de esta doctrina no ha de estimarse el motivo único del recurso, aunque pudo narrarse de manera más perfecta el atropello de la víctima en la carrera de San Francisco: la colisión con otro coche estacionado fue de tal violencia que le desplazó de su posición y le hizo chocar con un tercer vehículo, detalles que corroboran la velocidad excesiva, la pérdida del dominio sobre el que conducía y el incumplimiento del art. 67 del C. Circ. en la parte última del párr. 2.º; todas las circunstancias referidas predeterminan el fallo rectamente, pues tal es la función propia de los hechos en la sentencia, pero no como expresiones de conceptos jurídicos. (Sentencia 20 mayo 1970.)

El recurso de casación por forma del art. 851, núm. 1.º de la L. E. Crim., en su manifestación de no permitir que los hechos probados contengan conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, tiende a evitar que el empleo inadecuado de expresiones técnicas sólo aprehensibles a los juristas y establecidas en el tipo penal, como substrato o base de su contenido, se anticipe la decisión imperativa de la resolución, refundiendo dos operaciones en una sola —la narrativa y la calificadora— y omitiendo en definitiva una construcción fáctica y descriptiva de las conductas, en lenguaje llano, y comprensible al hombre medio, que ha de huir de las expresiones técnicas y típicas, para guardar la forma de que el legislador quiere se dote a la sentencia, en su redacción. (Sentencia 1 junio 1970.)

La omisión que del recurrente advierte en el relato fáctico de la resolución impugnada del dato, trascendente a su juicio, de que los ejemplares del escrito enjuiciado, hallados en su poder y destinados a la difusión, según el Tribunal “a quo”, corresponden al texto de una novela escrita por dicho procesado, de donde, en opinión del mismo, deriva la imposibilidad de que ello pueda ser constitutivo de propaganda ilegal, es extremo no denunciabile en casación por la vía formal elegida, sino, en su caso, como error de hecho, por insuficiencia de los constatados, puesto que se trata de pretensión encaminada a la integración de la resultancia fáctica, deficiente o incompleta en opinión de

insuficiente para en este trámite de casación, conocer todos los elementos necesarios para establecer una adecuada calificación jurídica, incumplíendose además con ello lo dispuesto en el número 2 del artículo 142 de la repetida Ley, determinando se efectuara declaración expresa y terminante de lo que se estime probado, no pudiendo concederse dicho alcance a copiar extractando los hechos de la acusación privada, argumentando no se han demostrado, por lo que claramente se ha incurrido en los presupuestos del citado número 2 del artículo 851. (Sentencia 30 mayo 1970.)

f) *Al amparo del número 3.º del artículo 851*: Sólo son impugnables por este medio las omisiones de asuntos de derecho. (Sentencia 16 junio 1970.)

Si bien toda pretensión de parte procesal dentro del proceso penal, expuesta en sus conclusiones definitivas, debe ser congruentemente resuelta, por el órgano jurisdiccional, tanto afecte a cuestión de hecho como de derecho, de manera expresa y directa, dando respuesta adecuada a las peticiones tendentes a determinar el alcance y calificación de las conductas humanas juzgadas, so pena de poderse, en caso de omisión, incurrirse en el defecto de forma establecido en el número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., sin embargo, no puede estimarse desatendida la petición, ni dejada de resolver, cuando el Tribunal se encuentre delimitado por pretensiones excluyentes entre sí, por ser radicalmente antagónicas en su contradicción, siendo una de ellas, lo opuesto de la otra, de manera tal, que la acogida destierra a la no estimada, pues aceptada una petición se repudia la contraria, por tratarse de una opción electiva entre términos opuestos, que no permita estimar que una cosa es y no es al mismo tiempo, y aun con mayor razón procede no estimar del defecto, si el hecho alegado se dice no haber sido demostrado por la prueba. Si la tesis del Ministerio Fiscal era la de que el recurrente, al realizar la omisión de cobro o encargo, percibiendo el importe de la factura de que se apropió antijurídicamente, ocasionando enriquecimiento injusto a su mandante, con ánimo de lucro, había cometido el delito de apropiación indebida del artículo 535 del C. P., y así se aceptó íntegramente en la sentencia, es evidente que esta posición resolutoria, excluida de manera rotunda la contraria posición formulada por la defensa del procesado, que entendía se había quedado con el dinero, para hacerse pago de deuda salarial que con él tenía la empresa comitente, pues al no recogerlo en los hechos probados este extremo, excluyente de la posición de la parte acusadora, es que lo excluía lógicamente, exclusión incluso expresamente decretada, porque el considerando primero asegura, "sin que las manifestaciones del procesado sobre las cantidades que le eran adeudadas por la empresa hayan tenido prueba alguna, lo que hace que no puedan ser tomadas en consideración", manifestando la Sala por la ausencia de convicción psicológica sobre tan esencial extremo, y como había quedado en alegación gratuita de imposible acogida, no pudiendo declarar positivamente un hecho, que no se justificó de ninguna manera. (Sentencia 6 junio 1970.)

Se atribuye a la sentencia el defecto de resolver sobre una cuestión no propuesta por las partes, cual es la existencia de una falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, cuando el procesado sólo fue acusado de haber cometido un delito de imprudencia sin referencia alguna a la falta por la que ha sido condenado; motivo que no puede ser acogido al quedar fuera

del presupuesto procesal en que se apoya, que consiste en dejar sin resolver la cuestión propuesta, no en resolverla en sentido más favorable al acusado dentro de la tipicidad de que se trate, lo que excluye también hacer uso de la tesis del artículo 733, que es el caso que motiva, el presente recurso, en que el Tribunal no se salió de lo que era materia del proceso enjuiciamiento de una imprudencia, sino que la resolvió en el sentido de estimar que existía, pero no en la intensidad postulada para dar contenido al delito, sino a una simple falta; no pudiéndose decir por ello que la sentencia sea incongruente al condenar por una falta que no fue objeto de acusación, como tampoco lo sería la que condenase por hurto en cuantía mucho más inferior del que fue acusado, ya que lo contrario conduciría a llegar a la impunidad de las infracciones penales cuando fueran valoradas por las acusaciones en unos términos más elevados de los que después estimase probado el Tribunal sentenciador, el cual queda vinculado como se ha dicho a operar dentro del tipo, pero no a reducir su graduación cuando así proceda en virtud de las pruebas practicadas. (Sentencia 18 junio 1970.)

Se estima que planteado el tema de que todos los clientes del bar estaban en la creencia de que el autor del robo, del cual fueron secuencia las recepciones sancionadas, se dedicaba a la compraventa de objetos varios y que el recurrente, entre ellos, ignoraba que los géneros que ofrecía en venta pudieran ser precedentes de robo. En resumen, lo que se pretendía en la tesis defensiva articulada en la instancia era lisa y llanamente negar el conocimiento de la comisión de delito contra la propiedad, de la lícita procedencia de los objetos receptados, como elementos que es esencial para que se entienda cometido el delito base de condena. Esta cuestión en su doble vertiente, fáctica y jurídica, presupuesto básico del ilícitopenal inculminado, fue correctamente resuelta por la Sala de instancia al declarar en la resultancia probatoria que recurrente conocía la ilegítima procedencia de los relojes y al encuadrar en la fundamentación jurídica la actuación de este apartado en el delito de receptación por el que viene condenado, pues estas manifestaciones positivas deniegan, también explícitamente, que el acusado desconociera el ilícito origen de los relojes que compró en un valor notoriamente depreciado, de ordinario connatural en estas torticeras transacciones favorecedoras de estos depredatorios ataques contra el patrimonio ajeno. (Sentencia 3 julio 1970.)

C. *Orden lógico de resolver los recursos*: Exigencias de orden procesal hacen procedente resolver en primer término el recurso interpuesto a nombre del procesado y después el que se interpone a nombre del responsable civil subsidiario, pues siendo la declaración de responsabilidad civil tanto principal como subsidiaria secuela y consecuencia, por lo menos en el orden de la Jurisdicción penal, de la condena del inculcado, de prosperar el recurso y anularse el fallo condenatorio impugnado caería por su base también la responsabilidad civil subsidiaria que se intenta combatir en el recurso primeramente interpuesto. (Sentencia 15 junio 1970.)

D. *Adhesión al recurso: Limitaciones*: Si adherirse tanto supone como manifestar conformidad con la idea u opinión de otro, colaborar o apoyar en su empeño, haciendo suyos los razonamientos de quien recurrió la sentencia o aportando otros que robustezcan o refuercen la tesis de éste, no es por

ello procedente abandonar el cauce procesal del recurso promovido por otro para formalizar a su sombra uno distinto directamente encaminado a lograr efectos beneficiosos para él, pues esto supondría hacer revivir el derecho a recurrir una resolución, del que hizo renuncia, al consentir ésta, sin que le sea permitido atacarla si no es aceptada la vía impugnatoria ajena, en mérito de las infracciones sustantivas penales en ella aducidas y razonando con la misma tendencia, sin olvidar la defensa de quien oportunamente recurrió para hacerla exclusivamente propia, como se hace en la adhesión alegada. (Auto 29 mayo 1970.)

E. *Respecto a los hechos probados: Inadmisión:* La causa 3.^a del artículo 384 de la L. E. Crim., repudia la admisión del recurso de casación, que no articulado por el cauce del número 2.^o del artículo 849 de la misma, no respete los hechos probados declarados por el Tribunal, pues a él, como órgano jurisdiccional imparcial, corresponde la trascendente misión de valorar las pruebas efectuadas en el sumario o juicio oral, de acuerdo a su soberana convicción psicológica, y sin más límites que su íntima conciencia, sin que su apreciación axiológica pueda alterarse, sustituirse o modificarse total o parcialmente, al entablarse el recurso de casación por la vía del número 1.^o de dicho artículo 849, por la mera voluntad de la parte recurrente, al no poderse sustituir el criterio oficial y objetivo, por el particular y subjetivo, desprovisto de garantías de certeza y de absoluta eficacia, por provenir de quien no tiene atribuida tan delicada función. (Sentencia 6 junio 1970.)

PARTE ESPECIAL.

A. *Juicios ordinarios: juicio común por delitos: Ambito de la declinatoria de jurisdicción:* Se plantea, a la sombra de una declinatorio de jurisdicción, una sola pretensión, la de que se anule todo el sumario por haberse tramitado ante Juez incompetente, sin perjuicio de que el querellante pueda reproducir su querella, si lo considera oportuno, ante el Juez que tenga competencia con arreglo al artículo 14 de la L. E. Crim.; y para ello se argumenta que persiguiéndose en el sumario un delito de calumnia vertida en carta dirigida al Gobernador Civil de Badajoz, fue en esta ciudad donde se cometió el delito por haberse recibido allí el escrito y producido sus efectos, y el Juez competente para instruir el sumario era el de Badajoz con arreglo al número 2.^o del citado artículo 14, y al haberse promovido la querella ante el Juez de Almendralejo, lugar de la vecindad del querellado, este Juez debió desestimarla por falta de competencia para conocer de ella de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 313 de dicha Ley, y al no haberlo hecho así, resultaron infringidos esos preceptos y el recurrente fue procesado por Juez incompetente, sin poder alegar esta incompetencia hasta el trámite de calificación por la vía de la declinatoria de jurisdicción con arreglo al artículo 666 de la misma ley; razonamiento aparentemente eficaz y hábilmente manejado por la defensa del recurrente en apoyo de la pretensión que persigue, pero carente de consistencia porque en las declinatorias de jurisdicción lo único que se dis-

cute es la competencia del Tribunal que ha de conocer en instancia única y juicio oral del hecho injuiciado, no la del Juez que haya instruido el sumario, por eso el artículo 676 dice que si el Tribunal no estimase justificada la declinatoria, “declarará no haber lugar a ella confirmando “su” competencia para conocer del delito”, dando a conocer con el reflexivo “su” que lo que se discute es la competencia del Tribunal ante el que se plantea la cuestión, competencia que en el caso de autos no se discute porque tanto el Juzgado de Almendralejo como el de Badajoz corresponden a la misma provincia y los sumarios de ambos han de ser resueltos por la Audiencia provincial de dicha Capital, no pudiéndose pretender que este Tribunal se declare incompetente para conocer de un sumario tramitado por un Juzgado de su demarcación y por delito cometido dentro de su provincia, porque sería vulnerar el mismo artículo 14 invocado por el recurrente en su número 3.º; declinatoria además que tampoco podría hacerse, ni ha sido solicitada, al no decirse a favor de qué Tribunal iba a declinar el conocimiento, que eso es lo que supone toda declinatoria, inhibirse en favor de otro, no en dejar nula una actuación porque precisamente esa declaración de nulidad encierre competencia para hacerlo —como sostiene acertadamente el Tribunal de instancia—; b) Porque establecida la única instancia y el juicio oral para el conocimiento de las causas por delitos por la vigente Ley de Enjuiciamiento en virtud de lo ordenado en la Ley de Bases de 11 febrero 1881, y siendo en dicho juicio “donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo”, según se lee en la exposición del R. D. de 14 septiembre de dicho año, que aprobó el proyecto de dicha Ley. (Sentencia 6 junio 1970.)

B. *Juicios especiales por el tipo de la infracción:* a) *Juicios por delitos de injuria y calumnia: Actuación del Juez instructor:* En los procedimientos por injurias y calumnias hechas por escrito, la actuación del Juez es mínima, pues reconocido el escrito por la persona responsable y comprobado si hubo o no publicidad, se da por terminado el sumario previo el procesamiento del querellado, sin más diligencias como previene el artículo 807 de la mencionada ley. (Sentencia 6 junio 1970.)

b) *Juicios por delitos cometidos por medios mecánicos de publicación: Basta unir un solo ejemplar a los autos:* Se atribuye a la sentencia el error de hecho de afirmar que los procesados esparcieron un número indeterminado pero elevado de las octavillas que contenían la propaganda ilegal cuando sólo fueron cinco unidas a los autos; motivo carente de todo fundamento como se colige de su propio enunciado, pues la afirmación que hace el Tribunal de que las octavillas en un número elevado, no se opone a que sólo se unieran cinco al sumario, porque las unidas a la causa lo fueron a los solos efectos de mostrar su contenido, no para acreditar el número de las repartidas, como ocurre con todos los delitos por medio de la imprenta, sobre todo cuando se trata de periódicos, revistas, libros, etc., que basta unir un ejemplar para dar a conocer el texto que se considera punible, sin que se haya pretendido nunca, lo que tampoco sería posible materialmente, unir toda la edición o tirada a las actuaciones jurídicas; por eso, la afirmación de que se

repartieron en número elevado no puede combatirse contando las que se consideraron a los autos, sino probando que no hubo tal reparto, cosa que no se ha intentado siquiera, y como también consta probado que dos de los procesados fueron sorprendidos echando un puñado de hojas en un bar, frase que por sí misma revela que la propanganda repartida no se circunscribió a los ejemplares que se unieron a la causa. (Sentencia 15 junio 1970.)

REVISTA DE LIBROS

BAIGUN, David: «Naturaleza de las circunstancias agravantes». Ediciones: Pannedille. Buenos Aires, 1971; 100 págs.

Comienza el autor criticando la tradicional distinción entre circunstancias *subjetivas* (las que rodean la personalidad del autor), y *objetivas* (las que se relacionan con el daño producido o con factores exteriores al ámbito del agente). En efecto, «lo subjetivo y lo objetivo constituyen una relación inescindible, un proceso permanente de interacción recíproca. Así como el sujeto refleja lo objetivo, el objeto se refracta en aquél». Por un lado, los datos exteriores al sujeto son relevantes para el Derecho en cuanto forman parte del ámbito cognoscitivo de aquél o constituyen su motivación. Por otra parte, los sentimientos, emociones y pensamientos son asimismo relevantes en cuanto pertenezcan al mundo categorial objetivado en la «conciencia social». Cualquier circunstancia que se considere en la actividad de un hombre tiene, pues, un aspecto subjetivo y otro objetivo. De nada sirve, metodológicamente, esa distinción.

La naturaleza de las agravantes debe ser enfocada desde el criterio de los elementos esenciales del delito. Por falta de claridad en este punto, los autores suelen estudiar tales circunstancias con ocasión de la punibilidad y de las reglas sobre medición de la pena. Pero un análisis más cuidadoso permite distinguir las siguientes categorías: a) agravantes que son integrantes de una descripción de conducta, de naturaleza análoga, por tanto, a los elementos del tipo (cuya función es suplir las inevitables lagunas en que ha de incurrir el legislador, al no poder prever en la redacción de los tipos «la infinita variedad de matices que comporta el actuar humano y que, sin embargo, pueden tener relevancia cuando se enjuicia el acto dado»); b) agravantes que suponen una graduación del juicio de reproche ínsito en la culpabilidad normativa, sin afectar a la existencia del ámbito objetivo de la valoración; c) agravantes que no pertenecen al tipo ni al juicio de culpabilidad, pero que son «tomadas en consideración por el juzgador al hacer la sentencia», por lo que, residualmente, deben ser consideradas como «instrumentos de medición de la pena», auxiliares del arbitrio judicial individualizador.

A continuación, el profesor Baigún hace aplicación concreta de su esquema al Código penal argentino. Estima como circunstancias agravantes que participan de la naturaleza del tipo las concernientes al sujeto activo (profesión o función), al sujeto pasivo (edad, cargo, calidad especial), al vínculo personal entre autor y víctima (parentesco, dependencia); a la cosa, objeto del delito y lugar; a la ocasión o aprovechamiento de determinadas facilidades (calamidad o desgracia), al modo de actuar del autor (número de per-

sonas, violencias, armas, veneno, alevosía, ensañamiento, precio o promesa, por odio racial o religiosos), a la dimensión del daño o peligro causado, y a la cantidad de acciones ejecutadas por el mismo autor. Participan de la esencia de la culpabilidad las circunstancias que demuestran la peligrosidad del agente (exclusivamente puesta de manifiesto en el caso concreto, puesto que nuestro Derecho penal es un Derecho penal de acto y no de autor). Y finalmente, son sólo agravantes de la pena las circunstancias de «la edad, educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales».

De lege ferenda, se sugiere una regulación de las circunstancias agravantes en los Códigos, atendiendo, de una parte, a su clasificación conforme a los criterios indicados, y, de otra, a la diferenciación entre circunstancias *universales* (que afectan a todos los delitos), *particulares* (que afectan a los delitos comprendidos en un título) y *singulares* (que afectan a un delito determinado). Las agravantes relativas a la culpabilidad y la medición de la pena son universales y tienen su lugar adecuado en la parte general de los Códigos. Las agravantes de naturaleza típica son particulares o singulares y deben situarse en los preceptos correspondientes de la parte especial. De este modo se contribuirá a la claridad y rigor sistemático de la ley penal, y a facilitar su interpretación, sin mengua de las garantías que la comporta para los justiciables.

FRANCISCO BUENO ARÚS

BARBERO SANTOS, M.: «Estudios de Criminología y Derecho penal». Universidad de Valladolid. Secretaría de Publicaciones, 1972.

Barbero Santos ha estudiado en las Universidades de Salamanca, Bolonia, París, Munich, Friburgo de Brisgovia, Oxford, Luxemburgo y otras. Su constante laboriosidad y acertado espíritu de selección le ha proporcionado un amplio horizonte de conocimientos, sin subordinarse a ninguna escuela o tendencia científica determinada, pero con la mira puesta en buscar datos y modelos para una sana política criminal, base de nuestra futura legislación. En este volumen, lujosamente editado por la Universidad de Valladolid, reúne varios estudios, preparados algunos de ellos en el extranjero y otros en nuestro país con motivo de hechos y disposiciones legales en el mismo producidos. Los temas de los estudios reunidos son variados, pero no les une solamente el nombre de su autor, sino también su preocupación, según dice en el prólogo, de ser fiel a su país y a su época, principalmente en lo que afecta a la garantía de dignidad y de las libertades individuales.

Se titula el primer estudio: *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los Derechos italiano y alemán*. Fue publicado en 1958 en el «Boletín informativo del Seminario de Derecho político de la Universidad de Salamanca» (págs. 167 y sigs.). En él se hace una exposición histórica del desarrollo del principio de peligrosidad que, a partir del Código noruego de 1902, se ha ido abriendo camino a

través de teorías y legislaciones, por lo general como criterio complementario de la culpabilidad, siendo índice de la importancia concedida a la persona. A continuación presenta nuevos ejemplos sobre la problemática de si la peligrosidad determinante de las correspondientes medidas aseguradoras ha de ser el peligro de reincidencia o simplemente peligro de delito. Los Proyectos alemanes de Código penal, el Código italiano y la legislación española son objeto de particular atención.

La Reforma del Código penal alemán es el tema del segundo artículo, publicado en la «Scuola Positiva». Al dejar de corresponder al tipo de hombre actual la ideología kantiana y hegeliana, inspiradora del Código de 1871, se hicieron nuevos trabajos y proyectos en conformidad con la concepción actual. Tales fueron una serie de proyectos que condujeron a los de 1958, 1960 y 1962. Sin embargo, en ellos se mantiene la culpabilidad como fundamento de la pena, y la peligrosidad como determinante de las medidas de seguridad, sin perjuicio de que en algunos casos se sustituya la pena por la medida. De otro lado, se advierte que los principios de seguridad y claridad jurídica se concretan en una delimitación precisa de las figuras delictivas. Pero las innovaciones más importantes se encuentran en el sistema de sanciones; el cual, reflejo de las concepciones polítocriminales modernas, constituye el campo de mayor interés para el jurista extranjero. Las penas pecuniarias, modeladas conforme al ejemplo sueco de los días-multa, han sido en general bien acogidas. Y ha habido unanimidad de pareceres acerca de que la pena privativa de libertad se agota con la simple privación de libertad sin ningún otro tipo de endurecimiento que la convierte en una pena corporal; por lo que ya no se distingue entre reclusión y prisión. Enumeradas las medidas de corrección y seguridad basadas en la posible comisión de nuevos hechos delictivos, la custodia de seguridad, la preventiva y la vigilancia de autoridad, así como la importante innovación del establecimiento de preservación, modelado sobre un ejemplo danés (tratándose no de una medida autónoma sino de una modalidad de ejecución del internamiento, que puede ser de curación, de preservación o de asilo), son particularmente consideradas. Y termina el catedrático español su enjundiosa relación, declarando que los proyectos alemanes no constituyen una obra revolucionaria, pero pueden considerarse como un paso adelante en un desarrollo continuado con numerosas innovaciones merecedoras de un juicio favorable. Merece subrayarse la particular atención que concede a la dignidad de la persona, y se encuentra en la misma línea de los Códigos de Suiza, Italia o Grecia. Por el simple hecho de que el Proyecto no renuncie al principio de la culpabilidad no se le puede considerar reaccionario desde un punto de vista político o criminológico. Ni tampoco merece una crítica desfavorable por haberse basado en la doble vía, una vez que prevé un sistema sustitutivo que le aproxima a la vía única. El ejemplo de Inglaterra que instauró ésta por el «*Criminal Justice Act*» de 1948, dejando al juez la elección entre la *preventive detention* (con carácter fundamentalmente asegurativo) o la *corrective training* (con carácter fundamentalmente correccional), no induce hasta ahora a ser imitado. La densidad de las estadísticas criminales empaña la satisfacción que produce este desarrollo valiente y generoso. Del Proyecto alemán no cabe hacer mejor elogio

que decir como corresponde a la mejor tradición alemana. En lo que atañe a su eficacia, es de esperar que se lleve a efecto la esperada reforma penitenciaria. Esta es la gran incógnita.

En libro tan adaptado a la actualidad, no podía faltar la *Problemática de las varias formas del actuar delictivo de los menores*, artículo publicado en Méjico y en España. (En el volumen *Temas de asitsencia social*, Publicaciones de la Junta provincial de Beneficencia y Escuela social de Salamanca.) Las nuevas formas no se refieren a nuevos tipos delictivos ni a la mayor gravedad o violencia, falta de medios o procedencia de clases sociales medias o elevadas. La adaptación es el punto central del tema. Tras de hablar del límite de edad para la responsabilidad, del secundario lugar ocupado hoy por el discernimiento, eje un día de la responsabilidad de los menores, hace un bosquejo histórico de la legislación española desde el Código de 1822 hasta los Códigos vigentes, señalando que el Militar de 1945 establece la exención penal del menor de dieciséis años que no hubiera obrado con discernimiento. La próxima etapa será la admisión en las legislaciones de medidas adaptadas para los denominados adultos jóvenes. Así, Graven ha criticado que si bien el Código suizo estatuye un especial beneficio para los de dieciocho a veinte años, el sistema fundamental de la responsabilidad, el enjuiciamiento y las sanciones para los de tal edad no se diferencia esencialmente del de los adultos. Para el profesor de Ginebra, tal situación atenuada, es teórica en exceso. La forma de delincuencia de menores que plantea quizá problemas más graves, son las pandillas. Marino Barbero publica algunos datos obtenidos en el Tribunal Tutelar de Salamanca (el artículo del catedrático de Valladolid está fechado en 1963). Después cita algunos casos, conocidos por testimonios directos, en que menores solos o en banda han realizado crímenes terribles. Y la última parte del artículo está destinada a consideraciones criminológicas.

La pena de muerte problema actual. Apareció en «Anales de la Universidad de Murcia» (1964). En él se une a la opinión dominante hoy entre los penalistas, citando el caso de Gowers, presidente en Inglaterra de la «Comisión real para el estudio de la pena capital», durante cuatro años, necesitados para llevar a término la más exhaustiva investigación; y dicho presidente era partidario al comienzo de sus trabajos y abolicionista al final. M. Barbero, tras exponer los argumentos en pro y en contra, el problema de la sustitución y el panorama ofrecido en el Derecho comparado, llega a la conclusión abolicionista. El problema —dice— no es sólo jurídico o sociológico, es también político. Lo que es de desear es que el político sopesa los resultados de la labor científica. Y termina con una famosa frase de Ellero, para quien el fin de la sociedad está subordinado al del hombre. (La frase de Ellero corresponde al siglo XIX, en una época declinante del castigo capital; la adopción de Barbero aparece en 1964, tiempos de reacción abolicionista, después de regímenes autoritarios y las última guerras. Mas, nos interrogamos, ¿sigue hoy el mismo ambiente? Algunas encuestas populares son hoy a favor de la pena de muerte, mientras la mayoría de los penalistas persisten en el abolicionismo.)

Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960. Es el texto de una conferencia

pronunciada en la Universidad de Salamanca. El Decreto de 1960 constituía una de las más importantes leyes penales españolas por la gravedad de las penas, entre otras razones. Fue el proceso de Burgos el que lo otorgó notoriedad. El dramatismo lo confirmó la posible condena capital pendiente sobre la cabeza de varios procesados y la actitud de éstos. El Decreto adolecía de un vicio de origen: entremezclar arbitrariamente tipos tan heterogéneos como los de bandidaje y terrorismo. Derogado por la Ley creadora del Tribunal de Orden Público (1963), fue de nuevo puesto en vigor el artículo 2 del Decreto de 1960, por el de 1968. Este precepto tipificaba una conducta de oposición política, equiparada, por ficción legal, a la rebelión militar. La cual es aún más heterogénea respecto al bandidaje y al terrorismo que lo que estas conductas lo son ya entre sí. La figura básica era la regulada en el artículo 6, apartado tercero; en cuanto constituye un denominador común de diversas conductas. Se define así: «Los que apartándose ostensiblemente de la convivencia social, o viviendo subrepticamente en medios urbanos, formaren partidas o grupo de gente armada para dedicarse al merodeo, al bandidaje o a la subversión social». Se planteaban varios problemas que el conferenciante expuso, razonando la exigencia de que intervinieran al menos cuatro malhechores armados. (Pronunciada la conferencia en Salamanca durante la primavera de 1971, no ha podido tener en cuenta las modificaciones aportadas en 15 de noviembre al Código de Justicia Militar, incorporando a este cuerpo legal el capítulo uno bis del título IX, tratado segundo, bajo la rúbrica «Terrorismo», que contempla las tres manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los atracos a la propiedad. El lugar donde se colocaron estos preceptos (entre los «Delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos», título IX del Tratado segundo; la amplitud dada a las «organizaciones o grupos» y sus finalidades, comprendiendo no solamente los atentados contra las personas, sino también contra la propiedad, da a estas normas sentido y amplitud análogas a los de la anterior ley especial.)

El Derecho de asilo. Introducción a su estudio (trabajo escrito para un «Tratado de Derecho internacional», en prensa en Illinois, en el que colaboraron cincuenta penalistas e internacionalistas de 21 países). Constituye el trabajo de Barbero una historia a través de diversas épocas y países. En la antigüedad, la institución se fundamenta en lo sagrado o mágico, como se muestra desde Grecia hasta el asilo eclesiástico. En la Edad Media surge el *jus quarterorum* o franquicia de los barrios. El iluminismo fue adverso al asilo. El asilo local comenzó a desaparecer a partir del siglo XVII, desaparición que en el siglo XIX puede considerarse prácticamente consumada en la mayoría de los países. Y el asilo diplomático ha quedado reducido a una institución meramente consuetudinaria que otorga, a lo sumo, una protección temporal a individuos amenazados de un peligro inminente en virtud de sus ideas políticas.

Honor e injuria en el Derecho romano. Es un largo trabajo de gran mérito por la amplitud del período histórico contemplado (toda la historia del Derecho romano), como por la legión de romanistas cuyas opiniones, no siempre conformes, han sido estudiadas. Comienza el estudio ponderando

la dificultad de definir lo que por honor se entiende. La evolución del Derecho penal romano está íntimamente unida a la de las formas del proceso. Constituyó opinión común la idea de que los romanos distinguieron siempre de forma precisa dos clases de actos ilícitos: los *crimina* y los *delicta*; los primeros se caracterizaron por ser castigados mediante *judicium publicum*, los *delicta*, mediante proceso privado, determinando condena pecuniaria. Distinción que se modificó en el correr del tiempo. Tres fueron en la época clásica los delitos del *jus civile*: el *furtum*, la *injuria* y el *damnum injuria datum*; ya que la *rapina*, estimada como tal por Gayo, constituía una forma agravada del *furtum*. En la época postclásica y justiniana, *delictum* y *crimen* son términos que con frecuencia se confunden y equiparan. Mas la simple caracterización de la *injuria* como delito privado no resuelve todas las dificultades. Entre otras cosas, porque la *injuria* —uno de los delitos más antiguos y oscuros del Derecho romano—, no se comprendió de la misma forma en las distintas épocas. Elemento necesario del delito analizado en la época clásica fue el *dolus malus*, y no subsiste el dolo si concurren: el *animus corrigendi, jocandi, retorquendi, consulendi*. He aquí una doctrina llegada al Derecho actual.

Además de los citados incluye Marino Barbero en su libro otros artículos publicados en el *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, que el lector puede consultar en su colección. Son éstos, con indicación de año y página, los siguientes: *Silvio Ranieri y la Escuela positiva* (1969, págs. 5 y sigs.); *La división en dos fases del proceso penal* (1969, págs. 219 y sigs.); *El bandolerismo en la legislación vigente* (1970, págs. 253 y sigs.).

JOSÉ ANTÓN ONECA

BASSIOUNI, M. Cherif: "Criminal Law and its Processes". *The Law of Public Order (Derecho penal y su procedimiento)*. Springfield, Illinois, 1969, Charles C. Thomas. XXXVIII, 623 págs.; 25 × 16 cm.

El autor, nacido en Egipto y nacionalizado en Norteamérica, es actualmente profesor de Derecho penal en la Universidad De Paul (Chicago). Anteriormente ha enseñado en la New York University, en el Max-Planck Institut de Friburgo (Alemania) y en otros prestigiosos Centros docentes. Es uno de los pocos juristas que ha concluido estudios universitarios en tres sistemas legales tan importantes como el centroeuropeo (en Suiza y Francia), el islámico (en El Cairo) y el norteamericano (en Indiana y George Washington). El año 1970 fue incluido entre los «outstanding educators» de América. Últimamente ha escrito —en colaboración con E. M. Fisher— el libro *Storm over the Arab World. A People in Revolution* (Follett Publishing, Chicago, 1972).

El libro que ahora comentamos, ofrece al lector el esfuerzo y el logro de un pionero del sistema, del orden, de la justicia y de la legalidad en el Derecho penal estadounidense. Aporta notables valores nuevos con relación a otras obras semejantes (1).

(1) Los únicos estudios sistemáticos del Derecho penal en Norteamérica dignos de comparación son:

El tratado consta de dos partes subdivididas en siete capítulos. La primera estudia el Derecho penal sustantivo, y la segunda el Derecho penal procesal. Los tres capítulos primeros exponen los temas correspondientes a lo que podríamos llamar parte general del Derecho penal: principios básicos (objeto y fines, teorías penales, principio de legalidad, concepto y clases de delito, y relación de causalidad), doctrina acerca de la exención de la pena (minoría de edad, error e ignorancia, enfermedad mental, estado de necesidad, legítima defensa), y formas incompletas del delito. En las páginas dedicadas al *iter criminis*, las divergencias con nuestra doctrina y con nuestra legislación, superan las aparentes coincidencias terminológicas.

Los cuatro capítulos siguientes constituyen la «parte especial»; describen los delitos contra la seguridad personal (homicidio, infanticidio, aborto, asesinato, diversas clases de lesiones, etc.), los delitos contra la moralidad pública (violación, adulterio, incesto, bigamia, prostitución, homosexualidad, etcétera), los delitos contra la propiedad (hurto, robo, receptación, etc.) y los delitos contra la seguridad interior y exterior (traición, sedición, delitos contra la administración de la justicia, etc.).

Las páginas dedicadas a la teoría del delito muestran el retraso en este campo de la ciencia y la legislación de los Estados Unidos por su excesivo apego al «Common Law», con su influjo canónico, pero significan un avance extraordinario respecto a lo allí anteriormente publicado. Actualmente, el teórico y el legislador norteamericano están dando un paso trascendental en el camino abierto por el «Model Penal Code», tan repetidas veces citado y comentado en este libro.

La exposición y la crítica de los delitos en particular, llama la atención por la claridad ordenada y sencilla (no simple), que son —a mi entender—, los principios fundamentales de un texto académico dirigido principal (no exclusivamente) a los estudiantes universitarios.

La segunda parte, estructurada muy inteligentemente, con atinadas divergencias del Código de Procedimiento Criminal de Illinois, expone (después de una breve introducción, págs. 313-335), todas las etapas del proceso penal desde el arresto hasta la última posibilidad de apelación, con detenidas consideraciones acerca de los puntos importantes más discutidos actualmente, por ejemplo, el derecho a la intimidad (págs. 393 y sigs.), el interrogatorio policial y el derecho del detenido a la asistencia de un abogado defensor (págs. 411 y sigs.), la fianza (págs. 440 y sigs.), la sentencia «negociada» (plea bargain, págs. 458 y sigs.), el jurado (págs. 479 y sigs.), etc.

CLARK Y MARSHALL, *A treatise on the Law of Crimes*. 6.^a edición revisada por M. F. WINGERSKY (Chicago, 1958, Callaghan). La primera edición es de 1927. J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2.^a edición (Indianápolis, N. Y., 1960, Bobbs-Merrill). Sólo expone lo que llamaríamos parte general. La primera edición es de 1947. PERKINS, *On Criminal Law*, 2.^a edición (Mineola, N. Y., 1969, Foundation Press). La primera edición es de 1957. Expone primero la parte especial y después los principios generales. LA FAVE y SCOTT, *Handbook on Criminal Law* (St. Paul, Minn., 1972, West Publishing).

Acerca de la inviolabilidad de la vida privada, Bassiouni intenta y logra la difícil tarea de definir positivamente este derecho, reflexionando sobre su historia con la mentalidad del hombre moderno asediado por el teléfono y su control automático), los teleobjetivos, las cintas magnetofónicas, etcétera, con la única muralla protectora de los derechos elementales reconocidos por la Constitución. Los problemas teóricos y prácticos que presentan actualmente la fianza y la «plea bargain», aparecen breve pero completamente expuestos en estas páginas, con matizaciones sobriamente enérgicas —la ponderación científica rebosa en todo el libro—, basadas en un conocimiento empírico de la realidad judicial (estatal y federal), y de la moderna doctrina contra el privilegio de las personas acaudaladas. Bassiouni comenta inteligentemente la Sentencia Griffin v. Illinois, de 1956, y varios recientes estudios monográficos sobre este tema. La «parole» previa a la condena puede evitar el actual trato desigual —clasista— pues sus estadísticas brindan resultados bastante positivos (más que en la fianza). El autor analiza los tres tipos principales de «plea bargain», comprende el reconocimiento judicial que van adquiriendo, «convirtiéndose en una parte integrante de la administración de justicia en los Estados Unidos» (Sentencia de Baker v. Gladden de 1965), pero concluye mostrando las amplias brechas que abren para violar los derechos del procesado a un «due process». Parte de estos peligros disminuyen recientemente por la insistencia del Tribunal Supremo acerca de la obligada asistencia del abogado defensor.

El último capítulo de esta segunda parte expone el procedimiento penal juvenil, el de extradición internacional e interestatal, y algunos aspectos de la guerra y la ley penal militar (la declaración de guerra y la dirección de la guerra, el crimen de guerra, etc.). Las páginas dedicadas a la extradición resumen anteriores publicaciones del autor, con nuevos argumentos en pro de una mayor humanización e internacionalización (siendo el individuo sujeto, no mero objeto, de unos derechos elementales; y colocando el fundamento de la extradición en el delincuente y en el delito en sí, no en razones de reciprocidad gubernamental), que han encontrado eco en el último Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (Roma, 29 de septiembre-5 de octubre de 1969), como muestran las conclusiones, especialmente la V, 3, la XI y las resoluciones complementarias.

Las últimas páginas ofrecen un detallado índice por materias que ayuda al manejo de la obra como libro de consulta.

Mérito especial de Bassiouni es presentar en un solo volumen perfectamente armónico, la parte sustantiva y la parte adjetiva del Derecho penal norteamericano tan necesitado de sistema y de unidad (sin perder su riqueza plurivalente). Esta conjunción puede sugerir, una vez más, a los juristas españoles la necesidad de que los nuevos planes de estudio imiten también en este punto a los de otras naciones (europeas y no europeas), acortando más las distancias entre estas dos partes tan íntimamente relacionadas del Derecho criminal.

La selección de las referencias bibliográficas (casi exclusivamente norteamericanas, de especialistas individuales, así como de Comisiones gubernamentales y no gubernamentales) y jurisprudenciales, adoctrinan al estu-

diente para complementar su estudio, sin caer en el exceso de citas inabarcables.

Los atinados comentarios de los principios constitucionales avalan la doctrina expuesta, especialmente en la parte procesal.

En el campo de la penología echamos de menos algunos análisis más amplios tanto de los principios generales (teorías penales, págs. 11 y sigs.), como de las instituciones en particular (silenciadas casi en absoluto). El informe anual de 1971 de la «Board of Correction», de la ciudad de Nueva York (cfr. pág. 29), llama la atención a los penalistas y a los jueces de la necesidad de su control sobre las sanciones y los métodos de ejecución. No es materia exclusiva de los criminólogos y de las autoridades administrativas. (Los otros tratados norteamericanos de Derecho penal prescinden todavía más de esta parte tan importante y cuestionable.)

Para concluir, queremos constatar (recordando las palabras poéticas de Tagore, transcritas por Bassiouni al comienzo de su tratado), que la cuerda del violín, únicamente cuando está atada, es libre para vibrar y sonar. Esta imagen proyecta luz sobre las principales páginas del libro.

ANTONIO BERISTÁIN

BAUMANN, Jürgen: «Casos penales y soluciones. Parte general». Traducción castellana del Dr. Conrado A. Finzi. Prólogo de Ricardo C. Núñez. Buenos Aires, 1971 (Ediciones Panedille); 210 págs.

Los penalistas alemanes han dedicado, de larga data, gran atención al sistema de casos y a su tratamiento; lo que se ha concretado en una amplia serie de monografías sobre casos penales (1). Pero además de ello, los autores germánicos no han tenido reparo en ocuparse de su problemática en sus propios manuales o tratados. Puede mostrarlo la mención del tradicional apéndice al «Studienbuch» de Mezger: *Anleitung zur strafrechtlichen Fallarbeit* (2), o de las *Indicaciones para la resolución de casos prácticos*, que Jescheck ha incluido en su reciente y magistral tratado.

El Dr. Conrado A. Finzi tiene un rico haber como traductor. Además del libro de Baumann, objeto de esta recensión, ha vertido a nuestra lengua, acompañadas muchas veces de amplias notas o apéndices, las obras siguientes: Mezger, *Strafrecht. Ein Studienbuch*, I (6.^a edición, 1959) y II (4.^a edición, 1955); Kern, *Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen* (4.^a edición, 1959); *Strafrechtsfälle*, I (3.^a edición, 1959) y II (2.^a edición, 1955), y *Die "Ausserungsdelikte"* (1919); Jescheck, *Strafrecht und Strafrechtsanwendung in der sowjetisch besetzten Zone Deutschlands* (1962), etc. A Finzi se debe igualmente la traducción de numerosos estudios de Jescheck, von Buri, Matthes, Bockelmann, Lange, etc., que han visto la luz en los «Cuadernos» del Instituto de Derecho Penal de Córdoba, una de las más notables revistas

(1) Cfr. J. JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1964, I (3.^a ed.), pág. 216.

(2) Suprimido por BLEI en las últimas reediciones, por él cuidadas, del «Studienbuch» mezgeriano.

penales hispano-americanas, que hace honor a aquella «docta» Universidad, la más antigua de Argentina (fue erigida por el obispo de Tucumán, Trejo y Sanabria, sobre un originario Colegio de Jesuitas el año 1622), y la segunda, después de la de San Marcos de Lima, de América del Sur. Pero no sólo el alemán ha traducido el Dr. Finzi, también de otros idiomas. Es de obligada cita en este sentido el extenso resumen de *Della truffa e di altri frodi*, de Tolomei, titulado en castellano «La estafa y otros fraudes según las enseñanzas de Tolomei», publicado en 1961.

La tarea del traductor es ciertamente importante. Y por entenderlo así, algunos de nuestros más eximios penalistas: Dorado Montero, Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz, etc., entre los anteriores, y una lista aún más amplia entre los actuales, no la han desdeñado. Ricardo C. Núñez subrayaba esta importancia en el prefacio a la versión española de «La concepción normativa de la culpabilidad», de James Goldschmidt, debida a Margarethe de Goldschmidt y a él mismo. No nos resistimos a transcribir sus propias palabras, que casi por entero compartimos. La tarea del traductor de Derecho tiene, en nuestro país —escribía—, una importancia superior a la que corrientemente se le asigna. El término medio de las personas vinculadas a los estudios jurídicos no está en condiciones de leer otros idiomas que el castellano y los latinos, y estos no siempre con éxito. Muy excepcionalmente nuestros juristas, no digamos nuestros estudiantes universitarios, poseen el alemán o el inglés. Esta circunstancia justifica por sí sola la tarea de la traducción jurídica, pues en ella descansa en gran medida la posibilidad de la información jurídica acerca de la labor extranjera. Esto también determina las exigencias que debe satisfacer la tarea de traducción. Ella puede tener dos objetos igualmente apreciables: dar a conocer las fuentes extranjeras del Derecho nacional, y proporcionar la información necesaria para su crítica y para la elaboración del Derecho futuro.

Por nuestra parte, nos arriesgaríamos a añadir que muy posiblemente la espléndida floración presente de la investigación científica española en el campo penal se deba en no escasa medida al hecho —por supuesto, han concurrido también otros factores—, de que quienes hoy tan dignamente la representan, pudieron disponer durante sus años de formación universitaria —cuando aún, en la generalidad de los casos, no conocían a la perfección otros idiomas—, de las traducciones castellanas de Pessina, Carrara, Merkel, Liszt, Mezger, etc.

El Dr. Conrado A. Finzi, hijo del insigne penalista italiano profesor Marcello Finzi y de madre alemana, lengua que se hablaba habitualmente en su hogar, reside en Argentina desde 1940. Su perfecto dominio de los idiomas que traduce —que el asunto de la traducción, a poco que lo persigamos, como escribió Ortega, nos lleva hasta los arcanos más recónditos del maravilloso fenómeno que es el habla—, y de las materias sobre las que la traducción recae —Finzi se doctoró en Derecho en la Universidad de Bolonia el año 1934—, unido al hecho de que «convive largo tiempo con la obra de sus autores» —Willard R. Trask, Premio Nacional de Traducción de los Estados Unidos, manifestaba en entrevista reciente que el traductor tiene que convivir con su autor por lo menos un año—, se concreta en unas traducciones impecables. Sobre la base, como sabemos todos los que

nos hemos acercado, aunque sea modestamente, a esta difícil tarea —exorbitante faena, la denominó Ortega—, de que una traducción total es absolutamente imposible, ya que no puede ni debe ser «un doble del texto original», que en esto consiste precisamente tanto la miseria como el esplendor de la traducción.

Baumann, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tubinga, es uno de los penalistas alemanes jóvenes más activos y prolíficos. Autor de un Tratado de Derecho Penal, Parte General, construido sobre concepciones dogmáticas neoclásicas, de gran éxito (ha llegado en pocos años a la 5.^a edición y un Complemento), le preocupan vivamente sobre todo las cuestiones de política criminal, ámbito en el que ofrece una lista extensa de magníficas contribuciones. Del famoso Proyecto Alternativo que dio amplia acogida, como es sabido, a las concepciones progresivas, fue Baumann consecuentemente uno de los máximos impulsores.

Los «Casos penales» de Baumann son difíciles, notablemente más complicados que los de Kern, traducidos con anterioridad por Finzi. Pero como afirma Ricardo C. Núñez, en el prólogo de la edición castellana, sus dificultades no anulan el valor de la traducción, porque por la constante referencia a la dogmática y a las distintas soluciones que posibilitan las diferentes tesis de ella, dejan de ser ejercitaciones simplemente prácticas de un punto de vista doctrinario. Su interés es también sobresaliente como fuente de información comparatista.

M. BARBERO SANTOS

EL SHAKANKIRI, Mohamed: «La Philosophie Juridique de Jeremy Bentham». (Préface de Michel Villey), vol. XI de la Bibliothèque de Philosophie du Droit, Paris, 1970; 463 págs.

En la Introducción General de esta obra el autor explica el porqué de su estudio acerca de Bentham. Las causas que justifican este trabajo son tres: 1) En primer lugar, Bertham fue un filósofo del Derecho. 2) Porque al ser un filósofo crítico del Derecho el estudio de su personalidad nos invita a confrontar las ideas de la Filosofía clásica y la Filosofía moderna. 3) Por ser un precursor de la Filosofía jurídica contemporánea.

Esta parte introductoria concluye con una detallada referencia a la vida y obra de Bentham.

El libro de Shakankiri se compone de dos partes fundamentales. La primera parte se dedica al estudio de las premisas filosóficas del pensamiento moral y jurídico de Jeremías Bentham. Este, según el autor de esta obra, abandona toda esperanza de encontrar cualquier verdad científica en la ciencia clásica, y consagrando como principio fundamental el de utilidad, viene a confundir el bien con el placer, el mal con el dolor, poniendo el axioma «du plus grand plaisir du plus grand nombre» como el único fin de la Moral y del Derecho.

La Sección Primera, de esta primera Parte, se refiere al tema de «La ontología o la ciencia del ser». Esta es, para Bentham, la ciencia que estudia las entidades a las que se aplica la Física. Su objeto está constituido por la Naturaleza, en tanto está compuesta de cuerpos materiales y por la naturaleza de los seres humanos (pág. 49).

El Capítulo I, de esta primera sección, trata del pensamiento de Bentham acerca de la naturaleza de las cosas. Shakankiri resume la doctrina del filósofo inglés en dos tesis: 1.^a La doctrina materialista de Bentham que reduce la Naturaleza a un fenómeno material. El verdadero pensamiento científico queda limitado a la observación de la existencia material sensible. 2.^a La tesis mecanicista que considera al movimiento de la Naturaleza como movimiento mecánico que no puede ser modificado por el transcurso del tiempo.

El Capítulo II está dedicado al estudio de «La naturaleza del hombre». En este capítulo se plantean los problemas de la Antropología y el de la Teoría del conocimiento.

En el pensamiento antropológico de Bentham desempeña una función preponderante —según el autor—, la Patología mental o ciencia que estudia matemáticamente la sensibilidad humana. El primer hecho patológico consiste en la sensibilidad o percepción de una pena o placer. Esta sensibilidad produce, bajo la presión de la necesidad, lo que Bentham llama facultades humanas. Esta Teoría tendrá, según Shakankiri (págs. 96 y 97), gran repercusión sobre la Filosofía del Derecho de Bentham, que se plasmará en su «Teoría de la Legislación» y «Teoría de la Ley positiva».

Por lo que respecta a la Teoría del conocimiento, Bentham aplica la ciencia de la Física cuantitativa. Así llega, según el autor, a explicar la noción de Derecho, que significa, en el lenguaje cuantitativo matemático, lo que es útil hoy y será invariablemente para todos los tiempos (1). Las consecuencias de esta teoría del conocimiento son, según Shakankiri, dos: a) La crítica del concepto de la Ley natural innata, de la Escuela del Derecho Natural moderno, y por consiguiente, la refutación de las diversas declaraciones de Derechos del hombre; y b) Las sensaciones de penas y placeres constituyen para Bentham la materia de la Ciencia Jurídica.

La Sección Segunda de la primera Parte se dedica a las cuestiones del lenguaje y método.

El Capítulo I de esta sección se refiere a la problemática del lenguaje. El nominalismo de Bentham le lleva, según el autor, a una teoría del lenguaje en la que la voluntad ocupa un primer lugar. Es ésta quien asigna a los símbolos, bajo la presión de necesidades económicas y biológicas, sus significaciones.

En el Capítulo II se expone una síntesis de la doctrina de Bentham acerca del razonamiento del lenguaje y de los métodos de exposición.

(1) Como apunta J. SÁNCHEZ OSÉS, *Jeremías Bentham y el Derecho Penal*, en ADP CP, 1958, pág. 561. «La doctrina de Bentham tuvo gran influjo en el Derecho de muchos países, aunque no puede lograr permanencia ni general aceptación un idearium que descansa en criterios cuantitativos que parecen olvidar que en el Derecho hay algo mutable que evoluciona al compás del ritmo de la sociedad que ha de regir».

Mé debate su Teoría del lenguaje Bentham pretende, según Shakankiri, unificar los métodos de las ciencias exactas y los de las ciencias humanas. Así, mediante el método de la arquetipación (2), utilizando el lenguaje como instrumento, pretende reflejar la realidad del mundo objetivo al espíritu.

En definitiva, concluye el autor, Bentham tiene la ambición de construir todas las ciencias sociales en base al principio empírico de la utilidad (3) o de la abstracción del placer y de recurrir al método de la arquetipación para verificar la exactitud de sus deducciones (4).

La segunda parte de la obra está dedicada al estudio de las ideas de Bentham acerca de la Ciencia del Derecho. Sus postulados doctrinales sobre problemas jurídicos encuentran en el principio de utilidad su más relevante fundamento.

La Sección primera de esta segunda parte, abarca el problema de «La esencia y fuentes del Derecho».

En el Capítulo I de esta sección se plantea la posición crítica de Bentham con relación a las doctrinas tradicionales sobre las fuentes y la definición del Derecho. La metodología empírica de la filosofía benthamiana es, según Shakankiri, la base de su crítica a la Ley natural (que la considera como un absurdo de carácter arbitrario y subjetivo) y de la Ley divina (cuyo contenido debe juzgarse —según Bentham—, a los efectos de distinción con la Ley jurídica, a la luz del principio de utilidad).

El Capítulo II se dedica al estudio de las definiciones postuladas por Bentham acerca del Derecho y de la Ley.

El Derecho tiene, para Bentham, un sentido moral de lo conveniente o razonable, es decir, de lo útil. Como señala Shakankiri, la tesis de Bentham y de sus discípulos da lugar a la confusión de lo justo con útil. La ley positiva (considerada como el signo por el cual el soberano da a conocer su voluntad y crea obligaciones), encuentra su fundamento en el principio de utilidad.

En el Capítulo III se aborda la cuestión del método del Derecho. El filósofo inglés considera, según el autor, al método aritmético del cálculo de placeres y penas como el único que puede fundamentar una ciencia social como es el Derecho. Preconizar la sistematización y codificación de la Ley es una consecuencia del racionalismo matemático del espíritu de Bentham.

(2) La arquetipación consiste en la descomposición de un término complejo en muchos simples, cuya relación con el mundo sensible es más próxima, y en la descomposición de cada uno de estos últimos en términos todavía más simples, y así sucesivamente, hasta que el arquetipo físico u origen de esas entidades aparezca claramente.

(3) J. LOIS ESTÉVEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Santiago, 1959, pág. 131, considera que el empeño de Bentham de reducir todo lo jurídico al principio de utilidad, tiene, pese a todos los ataques de que ha sido objeto, el valor incuestionable de su simplicidad.

(4) En su afán reformador, Bentham tenía —según FRIEDRICH, *Filosofía del Derecho*, México, 1964, Colec. Fondo de Cultura Económica, página 145—, la esperanza de encontrar una conciencia objetiva del comportamiento humano.

La Sección segunda está dedicada al «Contenido del Derecho», planteando los problemas de axiología jurídica aplicada que se analizan a la luz del pensamiento de Bentham, acerca del Derecho político (Capítulo I), del Derecho penal (Capítulo II) y del Derecho civil (Capítulo III).

En el ámbito del Derecho político, la doctrina de Bentham puede reducirse, según el autor, a tres principios: 1) El fin que ha de perseguir el Gobierno en toda sociedad política es el de conseguir la mayor felicidad del mayor número de individuos. 2) Todos los hombres son egoístas y buscan el placer. 3) Pretender conseguir la coincidencia del interés privado con el general (5).

En el campo del Derecho penal ocupa un lugar preferente la teoría de la represión y de la pena de prisión.

La teoría de la represión de Bentham se fundamenta en su pensamiento utilitarista. Así, la pena se concibe como un mal que debe producir, según el cálculo utilitario, un placer (6). La lógica de la utilidad exige una proporción cuantitativa entre la pena y el delito (7).

La pena de prisión responde, según el filósofo inglés, a las exigencias del principio de utilidad. Para la aplicación de aquella, de acuerdo con el cálculo de placeres y penas, Bentham propone dos medidas: 1) Que la pena de prisión sólo debe ser impuesta en las circunstancias concretas y siempre por tiempo limitado. 2) Se precisa una reforma total del sistema penitenciario y, a tal fin, crea la prisión modelo, más conocida por el Panóptico de Bentham (8).

(5) La aparente contradicción del pensamiento político de Bentham, al postular una posición individualista del hombre y reconocer la necesidad de intervención de un fuerte poder estatal, tiene su solución en la identificación de intereses lograda por medio de la actividad legislativa del Gobierno, particularmente en el campo del Derecho penal (vid. FRIEDRICH, *La Filosofía del Derecho*, cit., pág. 146).

(6) Ramón DE SALAS, *Tratado de Legislación civil y penal de J. Bentham*, por E. Dumont, t. III, Madrid, 1822, pág. 8, señala que Bentham nos da una definición general de la pena, que podría resolver muchos problemas importantes de la legislación penal.

(7) Ramón DE SALAS, *ob. cit.*, pág. 15, considera que Bentham olvida una regla fundamental para la proporción de delitos y penas: que el mal de la pena debe ser de la misma naturaleza que el mal del delito, o sea, lo más análogo o semejante. Sin esto no puede haber proporción entre delito y pena.

(8) El Panóptico consiste en una enorme construcción penitenciaria en la que el inspector tiene la gran ventaja de ver todo lo que ocurre con un simple golpe de vista. Se trata de un establecimiento circular, compuesto por dos edificios ajustados uno en el otro. Las celdas de los prisioneros estarán en el edificio que constituye una circunferencia. En el centro radicará una torre donde está instalado el inspector, que debe tener un sistema especial de postigo que le permitiría ver todo sin ser visto. También se establecerá un sistema de red telefónica que permita al inspector, sin moverse, advertir a los prisioneros, dirigir sus trabajos y hacer sentir su vigilancia. Aquel está invisible —según Bentham—, como un espíritu, pero este espíritu puede dar inmediatamente prueba de su presencia real.

El Panóptico se rige por tres reglas fundamentales: 1) La dulzura de los castigos (que no deben ser peligrosos para la salud de los internados). 2) La severidad necesaria (que permita establecer una cierta desventaja en-

El Capítulo III expone la repercusión de la doctrina utilitarista del filósofo inglés en el Derecho privado.

En la conclusión general el autor formula una valoración crítica de la doctrina filosófica de Bentham, que se puede sintetizar en los siguientes puntos: 1) En cuanto a su coherencia lógica Shakankiri estima que la teoría benthamiana es inexacta (al considerar a la acción humana determinada por el placer y el dolor, olvidándose de la complejidad del mundo real), y contradictoria (pues su teoría individualista se contradice con la admisión de un poder gubernamental intervencionista). 2) En cuanto a sus posibilidades de aplicación resulta impracticable, ya que la teoría del cálculo del interés no da un resultado positivo en las ciencias sociales, pues su campo de acción es distinto al ámbito en que éstas se desenvuelven. 3) En cuanto a sus consecuencias es peligrosa, pues conduce al anarquismo o al despotismo (o cada individuo se preocupa de conseguir el mayor número de placeres, produciéndose el anarquismo, o bien se pretende el restablecimiento del orden a través de una fuerte autoridad, llegándose al despotismo).

Los postulados de la filosofía jurídica de Bentham conducen al defecto propio de la teoría utilitarista. Esto se puede comprobar en su teoría sobre el Derecho penal, en la que el filósofo inglés se desenvuelve, según Shakankiri, en el sueño lejano de la sociedad utilitarista, olvidándose de que el fin inmediato de nuestra disciplina será el restablecimiento de la justicia y el equilibrio social.

Nos encontramos ante una importante aportación que permite conocer más a fondo la doctrina utilitarista de Bentham. Para su mejor comprensión, el autor de este libro lleva a cabo un detenido estudio acerca de sus postulados filosóficos, que tendrán gran relevancia en la construcción de aquella doctrina tan influyente en el Derecho de muchos países, entre los que cabe destacar a España (9).

Shakankiri, con un estudio profundo y completo del pensamiento filosófico jurídico de Bentham, viene a colaborar en la importante empresa del conocimiento e investigación de las ideas jurídico penales.

AGUSTÍN JORGE BARREIRO

tre la condición de prisionero y la situación del hombre inocente de la calle). 3) La economía (mediante una administración por contrato, donde se aplica el tiempo y su industria al provecho personal del prisionero).

(9) Con motivo de la elaboración del Código penal español de 1822, Bentham mantiene correspondencia con el Conde de Toreno (vid. Adición de SALDAÑA en LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, I, Madrid, s. f., pág. 474), y dolido de que no le hayan encargado a él la confección del Proyecto, no escatima sus censuras al primer Código español. Las ideas de aquél se plasman —como apunta J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, pág. 35—, claramente en la forma espectacular prescrita para la ejecución de la pena de muerte en los Códigos de 1822 y 1848, variando el color de la hoga, e incluso la cabalgadura, según la clase de delito.

La doctrina de Bentham fue divulgada por España a través de la labor de R. Salas y Toribio Núñez (vid. J. A. SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona, 1970, pág. 126).

VON HENTIG: «El delito». Vol II, trad. de Cerezo Mir, Espasa-Calpe, Madrid, 1972; 583 págs.

Este volumen trata de: *El delincuente bajo la influencia de las fuerzas del mundo circundante*. Está dividido en cinco capítulos. Comienza con una introducción en la que Hentig se ocupa de la doble naturaleza de las fuerzas sociales. En el mundo circundante hay multitud de factores de gran valor: En la profesión es necesario que concurren diversos factores —pues de lo contrario, se puede llegar al fracaso o incluso al delito—, especialmente capacidad, vocación e interés. La ilegitimidad en el nacimiento, el menosprecio del grupo social donde se vive, los defectos corporales, la religión y la familia pueden influir notablemente en la conducta desviada de los sujetos. Todos los grupos humanos están influenciados por su propio mundo circundante, del que no escapan ni las prisiones, donde se mantiene una lucha constante entre la disciplina, los reclusos y la mafia.

También tiene interés la situación económica; la necesidad produce en ocasiones perturbaciones psíquicas que pueden llevar a reacciones imprevisibles, como el delito, ya que el sujeto puede perder el miedo e incluso disminuir el temor a la muerte. La posibilidad de obtener grandes fortunas, por procedimientos ilegales, provoca no pocas veces el delito.

El capítulo primero se ocupa de «las crisis materiales de masas». Las depresiones económicas repercuten en la delincuencia, en especial las grandes inflaciones, como consecuencia del desajuste entre el valor de lo que se posee o se gana y el valor de las cosas, incluso de los artículos de primera necesidad. Se recogen las crisis alemana y austríaca posteriores a las dos grandes guerras. La necesidad de subsistir lleva a muchas personas a cometer hurtos de pequeña importancia de los artículos más necesarios; es de destacar la gran participación de la mujer en estas infracciones. Lo más alarmante es el aumento de los delitos contra la propiedad. Al mejorar la situación económica aumentan los delitos contra las personas y la honestidad.

La depresión tiene también repercusiones criminológicas. El paro masivo repercute en tres direcciones: Como daño biológico, como perturbación psicológica y fracaso social. Es una situación que crea serios problemas al sujeto, tanto personales como con la familia y mundo circundante. El cabeza de familia en situación de paro pierde su posición de supremacía frente a la mujer y los hijos; puede terminar en el delito, pues existe una constante tentación no culposa. En las épocas de depresión disminuyen los delitos de lesiones y contra la honestidad. Sin embargo, aumentan los incendios y los hurtos. También las grandes huelgas tienen su influencia en la criminalidad.

Entre los fenómenos sociológicos en épocas de depresión cabe señalar la disminución de nacimientos de hijos ilegítimos y de divorcios, tal vez justificado por la apatía en las épocas de hambre o porque los hombres se unen en la necesidad.

El problema del paro obrero es un factor que podría tener gran repercusión en la criminalidad española. En los últimos años venimos teniendo un bajo índice de paro, como consecuencia de los cientos de miles de

trabajadores españoles en el extranjero de forma más o menos permanente, más los temporeros —que salen por un breve período de tiempo, en épocas de recolección—. Por otra parte, el turismo nos crea puestos de trabajo. Pero, ¿qué ocurriría si todos los obreros españoles regresaran al país y los temporeros no pudieran salir? Estamos seguros que tendría una gran repercusión en lo económico —no ingresarían divisas—, y en lo criminológico, como consecuencia de la dificultad de encontrar trabajo (1).

Trata el capítulo segundo de «la vida de los pueblos en la crisis». Las conflagraciones crean multitud de problemas sociales, económicos y psicológicos, así como gigantescos movimientos migratorios. La estructura social se rompe y es difícil poder determinar la conducta de los sujetos, pues entre otras cosas, entra en juego la situación de vencedor o vencido. De entre los fenómenos que se aprecian en los períodos de guerra cabe destacar: aumento de la prostitución y de la delincuencia juvenil, como consecuencia, principalmente, del desajuste familiar y social.

Durante el período de guerra la criminalidad se ve afectada. Surgen nuevos organismos estatales, muchos de los cuales se ocupan de aspectos económicos; la tentación ante la facilidad de obtener determinadas sumas de dinero lleva con frecuencia al delito, por lo que suele aumentar los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. En la guerra, la cifra oscura aumenta notablemente, pues, entre otras cosas, los organismos encargados de la lucha contra el delito funcionan con deficiencias. Disminuye la criminalidad de los adultos, como consecuencia de que muchos son buscados para trabajar. También disminuyen los delitos típicos de los hombres jóvenes, pues son reclamados en el campo de batalla. Las dificultades económicas llevan a un aumento de hurtos cometidos por mujeres.

Los más perjudicados por la guerra son los jóvenes. Los problemas familiares y sociales les obligan a una fortaleza temprana, pero carente de la madurez necesaria, tiene su importancia el comenzar a trabajar pronto y su relación con los adultos, así como el disponer de dinero. El hurto es el delito más frecuente. En la mujer se aprecia una amoralidad sexual precoz.

La vida en el ejército disminuye la criminalidad de los jóvenes. En España se aprecia un menor índice de delincuencia en los chicos de veintiuno y veintidós años, como consecuencia de su estancia en filas. Sin embargo, ese índice aumenta, debido a que cada vez es mayor el número de soldados que pueden pasar la tarde y la noche fuera de los cuarteles.

También la postguerra se refleja en la criminalidad, siendo más acentuada en los vencidos, pues la crisis que les produjo la contienda fue más grave. El regreso al hogar no es siempre bien recibido, la adaptación familiar y social algunas veces no es buena. Proliferan los estafadores, aumentan los asesinatos, y tampoco la juventud escapa de la crisis.

Trata Hentig en el capítulo tercero de «La dinámica de las fuerzas colectivas». Cuando los gobernantes y personas de notable influencia cometen injusticias con sus subordinados o la población en general, surge de

(1) Véase nuestro trabajo *Criminalidad y movimientos migratorios*, en «Revista Española de la Opinión Pública», 1969.

parte de éstos determinado odio hacia aquéllos, que en más de una ocasión llegó a la muerte de los tiranos. Los oprimidos a veces se ponen de parte de los delincuentes, simpatizando con ellos. En la relación delito y religión se señala: entre los reclusos es mayor la proporción de los que pertenecen a una comunidad religiosa que en la población general. En Alemania los católicos cometen más delitos que los protestantes y judíos; en Holanda también es mayor la criminalidad de los católicos, y algo similar ocurre con los estudios realizados en Hungría. El suicidio, por el contrario, se da con menos frecuencia en los católicos, debido a proporcionar esta doctrina vínculos más fuertes.

La protección entre las personas se da hasta en las agrupaciones criminales. La unión de varios sujetos para la comisión de un delito puede terminar en una duración no prevista. Algunos grupos suponen protección para los componentes, mientras que hacia fuera son agresivos; ocurre esto especialmente en las bandas juveniles. La disciplina puede ser importante, a veces, el propio jefe, para dar ejemplo va más allá de lo que desearía. Hay delincuentes a quienes no les gusta actuar solos, por lo que buscan compañía. La banda reparte entre sus componentes las ganancias por partes iguales. Si un miembro es capturado también recibe lo que le corresponde para él, su familia o buscar un Abogado que le defienda. Tal vez se haga esto por temor a que les delate y no por principios de ética.

La formación de la banda supone la suma de fuerzas. Esta unión no sólo se da en la criminalidad, sino en otras formas de la vida. Hay grupos sociales que, para mantener su prestigio, hacen todo lo humanamente posible a fin de que no se conozca el delito o el autor en el que se encuentre complicado uno de sus miembros.

Nosotros dividimos la asociación para delinquir en grupos y bandas criminales, atendiendo especialmente a su composición, actividades y forma de evolucionar. La banda necesita un jefe, tiene un período mayor de gestación, es más peligrosa y suele haber mayor compenetración entre sus miembros. En los grupos de chicos de poca edad, el dirigente suele llevarse mayor parte que el resto. En España la banda se da en muy pocos casos, aunque tiende a aumentar, son los grupos los que proliferan (2). En el campo de la criminología se ha venido hablando de bandas criminales, desconociéndose prácticamente el grupo. Esto ha sido un error, y los criminólogos ahora comienzan a descubrir la importancia y frecuencia de los grupos, así como el pequeño número de bandas. Este fenómeno se da en todos los países del mundo.

La vecindad puede tener valor positivo o negativo en la lucha contra el delito, a veces ayuda con pistas nuevas y otras desvirtúan intencionadamente la realidad, para ayudar al autor. Todo depende de la relación entre los vecinos, aunque en las modernas construcciones de grandes bloques esa relación de vecindad es cada vez menos importante. No pocas veces es provocadora de conflictos.

(2) Véanse nuestros trabajos *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970; *Sustracción de vehículos en España*, Madrid, 1970; *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en «Anuario de Derecho penal», 1971.

Los pequeños grupos sociales, con más o menos relación o compenetración entre sus miembros, presentan en ocasiones peculiaridades criminales: abusos deshonestos del maestro con sus alumnas, asesinato o aborto cuando la novia o amante quedó embarazada, hurtos con abuso de confianza, etc.

Se ocupa Hentig en el capítulo cuarto de «los problemas de los grupos familiares». Comienza con la problemática del matrimonio en cuanto supone ayuda o trabas para la vida. También se hace referencia a la soltería. El suicidio se da con más frecuencia por este orden: divorciados, viudos, solteros y casados, sin distinción de sexos. Los problemas de separaciones, divorcios y desavenencias conyugales suelen tener alguna repercusión en el delito. Parece que este se da con más frecuencia en los solteros que entre los casados.

Dentro de nuestra delincuencia hay mayor participación, dentro de las cifras totales, de los solteros. En el año 1968 fueron condenados 18.830 solteros, 14.715 casados y 423 viudos («Estadísticas Judiciales», pág. 51). No hay que olvidar que el matrimonio retira a muchos sujetos del delito —ha de atender a la familia—, por otra parte, de esa elevada cifra de solteros hemos de tener en cuenta que buena parte de ellos son menores de veinticinco años, que normalmente son solteros.

Dentro de la familia ha de tenerse en cuenta la relación entre los padres, de éstos con los hijos y de los hermanos entre sí. Si los padres se llevan mal o terminan en la separación o el divorcio, es una situación que puede reflejarse en la conducta desviada de algunos de los hijos. Parece que en las familias numerosas la delincuencia se da con más frecuencia, debido al mayor número de dificultades que han de afrontar los hijos. También hay un índice de criminalidad en el hijo único. El incesto, que se da en todas las clases sociales, es más frecuente de lo que parece, aunque tiene una gran zona oscura; puede terminar en el chantaje, lesiones o incluso en la muerte. Para que el padre dé muerte al hijo han de concurrir circunstancias muy especiales, siendo muy raro la muerte de un hijo mayor por la madre. La relación con el padrastro o la madrastra suele crear serios problemas, pudiendo terminar en un asesinato. La criminalidad de estos chicos supera la que les correspondería en caso de vivir con sus padres.

En la delincuencia juvenil española la media de las familias a que pertenecen los autores, tienen un número de hijos ligeramente superior a la media nacional. También el hijo único tiene una participación importante (3).

Las relaciones incestuosas entre hermanos se da con relativa frecuencia. El asesinato de un hermano también se da en algún caso. Los hermanos suelen unirse para delinquir, aunque normalmente lo hacen unidos en grupo con otros. Esto se aprecia especialmente en Norteamérica, donde hay familias con gran cantidad de hijos.

También en nuestra delincuencia juvenil tiene cierta importancia la participación de hermanos en el delito, lo normal es que sean dos, es muy difícil encontrar tres; raramente forman pareja criminal (2).

(3) Véase *Delincuencia juvenil en España*, cit.

Los hijos ilegítimos tropiezan con multitud de dificultades en el ambiente social donde se desenvuelven. Con frecuencia son repudiados o se les recuerda su situación, cuando ninguna culpa tienen de ello. Estos problemas sociológicos, junto con la falta del padre y la deficiente situación económica de la madre, que suele desempeñar una profesión humilde, hace de estos chicos que con frecuencia tengan un índice de criminalidad superior al que les correspondería en una familia normal. También la falta de uno de los padres, por orfandad, puede reflejarse en la conducta desviada de los jóvenes.

De un estudio sobre la delincuencia juvenil española, de un total de 4.811 reclusos, comprendidos entre los dieciséis y veinte años, eran ilegítimos 155 de ellos, entre los que solamente había una chica. Sobre 500 jóvenes delincuentes encontramos: En el 24 por 100 de los casos faltaba el padre, en el 10 por 100 la madre, y en el 3 por 100 ambos.

El último capítulo trata de la víctima como un elemento del mundo circundante. Se ocupa aquí Hentig de uno de los temas menos tratados en criminología, la problemática de la victimología. En ocasiones, la propia víctima colabora a la comisión del delito, se pone en situación de peligro; otras veces, su reacción juega un papel importante en el desarrollo de los hechos. Es difícil poder determinar la relación autor-víctima, pues suele ser una situación muy fluctuante. Se recogen algunas consideraciones sobre la motivación del suicidio, así como del asesinato y posterior suicidio de los autores. En el terreno de la zona oscura juega un papel importante la falsa relación entre el número de autores y el de víctimas. Es frecuente que una sola persona haya cometido diversos delitos. Esa zona varía con el tipo de infracciones y personas afectadas.

Hay ciertos lugares y momentos que tienen una realidad criminológica en relación con las víctimas: los puertos, por ejemplo, son buenos lugares para encontrar víctimas, especialmente entre los marineros que llegan después de haber realizado largos viajes. Los domingos y días festivos tienen una sociología especial: se aprecia una disminución en los delitos contra la propiedad como consecuencia de no haber actividad económica; los sábados hay un incremento en el consumo de alcohol y son más frecuentes los homicidios —también los domingos—, que en los demás días de la semana.

La víctima aislada tiene mayor riesgo de ser atacada, entre otras razones, porque tiene menos posibilidad de recibir ayuda. Por el contrario, la proximidad de las personas lleva consigo unamayor frecuencia en la comisión de otros delitos, como pueden ser los hurtos con abuso de confianza y los asesinatos entre familiares. La relación profesión-víctima también refleja un valor. Los cobradores tienen más riesgo de ser atacados que otros ciudadanos, entre las prostitutas se da el mayor porcentaje de personas asesinadas.

La existencia de víctimas con ánimo de lucro facilita la labor de los estafadores. El número de aquéllas es mayor de lo que parece y su codicia les lleva a ser engañados. Dentro de las víctimas hay algunas que no son capaces de reaccionar, sin embargo, otras, presentan una fuerte agresividad y llegado el momento no soportan más, pudiendo, incluso, asesinar a la persona que, de una u otra forma, les oprimen. La sociedad no valora igual a todas:

las víctimas, la religión, vejez, personas inútiles, prostitución, etc., suelen ser objeto de desvalor.

Dentro de las víctimas de resistencia reducida aparece la operativa de los estafadores, desde la estafa de los mendigos y otros, que imploran compasión, por diversos procedimientos, hasta los grandes estafadores. Muchos de estos autores se enmascaran en un ambiente de honradez, especialmente dando donativos para los pobres. La juventud puede ser buena presa, sobre todo en los delitos de corrupción de menores; también los ancianos, se les puede estafar con facilidad, así como explotar sus vicios. La entrega de grandes sumas de dinero por parte de aquéllos a otras personas —generalmente hombres jóvenes—, no siempre constituye estafa, las motivaciones son muy diversas. La cifra oscura es mucho mayor en la ancianidad que en la juventud.

Hay cierta relación entre el alcoholismo y los homicidios, tanto en los autores como en las víctimas, siendo más frecuentes en éstos. En buena parte de los casos la muerte se produce cuando ambos se encuentran bajo los efectos del alcohol. También se aprecia esa mutua relación en el robo con violencia o intimidación en las personas. El sujeto en estado de embriaguez es buena víctima en los delitos contra la propiedad. En suma, el alcoholismo se encuentra entre los factores que proporcionan mayor número de víctimas.

La depresión en los sujetos puede llevarles a buscar su autodestrucción. A veces, en su conducta suicida tienen suerte, realizan actos notables y se convierten en héroes.

Las víctimas, en ocasiones, renuncian a la protección que el Estado les facilita para defenderse de los delincuentes. Esto se da en multitud de situaciones. El sujeto estima que denunciar los hechos le puede aportar más perjuicios que ventajas —como consecuencia de su conducta—, situación que conoce el autor, dando lugar a la proliferación del chantaje y otros delitos. El que realiza negocios sucios, si se le roba, no se atreve a denunciar. Otro tanto ocurre con los homosexuales; tampoco puede denunciar el toxicómano a quien le venden la droga adulterada. Muchas personas estafadas —banqueros, comerciantes, abogados, etc.—, prefieren callar antes de que se conozcan sus errores. Hay personas que cometen un delito como consecuencia de haber sido víctima de otro —la estafa recíproca no es frecuente—.

Termina el volumen preguntándose Hentig sobre la posibilidad de una profilaxis de la víctima, en el sentido de prevención, aunque estima que es muy poco lo que se conoce de la propia víctima.

Este último capítulo dedicado a la victimología, es tal vez el de mayor interés en cuanto a su valor criminológico en el campo internacional. La diversidad de factores que se recogen tienen valor en nuestra delincuencia. No olvidemos que cada país tiene su criminología propia, dentro de éstos, en sus regiones, ciudades, barrios y aun en círculos más reducidos. Sin embargo, hay módulos de vigencia universal, como lo son la gran casuística que se recoge en esta última parte.

VON HENTIG: «El delito». Vol. III, trad. Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe, Madrid, 1972; 592 págs.

Este tercero y último volumen se ocupa de: *Componentes disposicionales en el engranaje del delito*. Se divide en tres libros, más una introducción. En esta expone Hentig una serie de consideraciones sobre las disposiciones congénitas de los sujetos, así como la multitud de imponderables a que se encuentran sometidas, entre las que cabe destacar el mundo circundante. Todo deseo criminal está inserto de alguna forma en el ser humano, y su exteriorización depende de la aparición de ciertos estímulos exteriores. No hay que preocuparse demasiado en el terreno criminológico sobre qué tiene más importancia, si la disposición o el mundo circundante.

Trata el libro primero de las «variantes debidas al sexo, edad, raza». Se recogen unas estadísticas alemanas y norteamericanas, donde se refleja cómo la criminalidad de la mujer es muy inferior a la del hombre. Sin embargo, la problemática de la cifra oscura presenta en la mujer sus peculiaridades, como ocurre con los hurtos en los grandes almacenes. Frente a la ley la mujer tiene determinados privilegios, pues hay preceptos que solamente se le aplican a los hombres, como sucede con la mayoría de los delitos contra la honestidad. Hay delitos que la mujer no puede cometer, en especial los violentos, debido a su menor desarrollo muscular. Las condenas por embriaguez son raras. La menor participación social y profesional es un factor que previene a la mujer de determinadas formas de criminalidad.

La justicia, manejada por hombres, tiene muchas consideraciones a la mujer. Es difícil que se ejecute a una de éstas; no se les considera capaces de cometer determinados delitos. Tampoco la policía las detiene si no encuentra pruebas muy concretas, y los jueces dudan mucho antes de condenarlas; son más frecuentes las absoluciones que en los varones. El exceso de población femenina da lugar a un incremento en los hijos ilegítimos, prostitución e incluso algunos delitos, como los hurtos cometidos para mantener un amante.

Desde el punto de vista biológico parece que la mujer es más fuerte que el hombre y está menos afectada por determinados vicios que hacen más impacto en éstos. En una pequeña proporción, el instinto maternal de protección es objeto de algunos delitos; la mujer lucha y llega a cometer infracciones para resolver las dificultades de sus hijos. Hay estados en la mujer que influyen en sus condiciones físicas y le pueden llevar a una conducta irregular. Estas situaciones suelen aparecer en los períodos de menstruación. También el embarazo puede crear problemas, no hay que olvidar —entre otros—, la gran cantidad de abortos provocados, sobre todo cuando el hijo va a ser ilegítimo, así como los casos de suicidio o el asesinato de la mujer —por parte del amante—, que busca de esa forma eludir los problemas que le acarreará el nacimiento del hijo que no desea. El climaterio puede crear problemas, especialmente por su influencia en el sistema nervioso.

España tiene un índice muy bajo de delincuencia femenina. En el año 1968, por ejemplo, fueron condenados 32.569 varones frente a 1.610 mujeres. Nosotros esperamos que esa diferencia sea menor en el futuro como consecuencia de una emancipación familiar cada vez más temprana y una

mayor participación en la vida social y laboral, donde la influencia del mundo circundante se pone de relieve.

Estima el autor que en el campo de la criminalidad juvenil hay una gran zona oscura, ya que muchas infracciones no se denuncian. Por otra parte, la legislación favorece esta situación: las medidas correccionales no son igual que las penas —no figuran en los registros penales—, ni se tienen en cuenta para futuros delitos. Escapan de las estadísticas gran cantidad de infracciones cometidas por los jóvenes. Otras veces, el pago de una cantidad por parte de los padres pudientes impide que el hecho cometido por el hijo siga su curso normal ante la ley. No pocas veces la excesiva protección familiar es la que arrastra a los jóvenes al delito.

Igual que sucedía con la mujer hay determinada tendencia a proteger al joven. Entran en juego muchos factores, entre ellos, el pensar que un hecho de tal gravedad no pudo ser ejecutado por un muchacho. Sin embargo, ante el investigador, hay que resaltar la gran capacidad de simulación que tienen algunos jóvenes. Estos, al llegar a la mayoría de edad penal, hay delitos que prácticamente no pueden cometer, como, por ejemplo, la estafa, delitos de los funcionarios —a esa edad no pueden serlo—, apropiación indebida o falsificación de documentos, para los que hace falta cierta técnica y habilidad. El hurto suele ser la infracción más frecuente, aunque el empleo de la violencia es corriente. La prostitución y experiencia sexual se da en los delincuentes a edad más temprana que en la población en general.

Dentro de las funciones biológicas como posibles factores influyentes en la conducta desviada de los jóvenes, hay que tener presente: el problema sexual, el mundo circundante de la familia, los amigos, la escuela, etc. No todos los padres son buenos educadores; no faltan familias que son nocivas, siendo en estos casos preferible la familia incompleta. La tendencia a unirse se refleja también en el delito, siendo mayor el número de los que actúan unidos a otro u otros que el de aquellos que lo hacen solos. La banda es frecuente y, en la ciudad, se fortalece. El joven tiene una creencia más profunda que el adulto de que sus hechos quedarán impunes, pues su astucia impedirá el ser detenidos y, en suma, condenados.

Todos los rasgos del joven delincuente se reflejan en la criminalidad juvenil española. Al principio se cometen más hurtos que robos, pero a partir de los dieciséis o diecisiete años, el número de robos comienza a superar al de hurtos. A menor edad hay mayor tendencia a la formación de grupos para delinquir. La delincuencia juvenil es uno de los aspectos más difíciles de la criminalidad, por lo que los criminólogos prefieren estudiar al adulto. Sin embargo, si tenemos en cuenta que la mayor parte de los delincuentes adultos se iniciaron en la juventud, el tema es del mayor interés. Por otra parte, lo anterior nos demuestra que los países que tengan problema de delincuencia juvenil, pocos años después lo tendrán de personas mayores; como hoy la humanidad tiene aquel problema, está claro que el futuro inmediato será un notable aumento de la criminalidad adulta a escala internacional.

La diferencia de edades en los matrimonios tiene, en ocasiones, consecuencias criminológicas. Cuando un hombre mayor se casa con una chica

joven, puede haber un segundo varón, dando origen a conflictos o incluso el asesinato. Cuando es el hombre mucho más joven que la mujer, normalmente no hay otra tercera persona. Sin embargo, el varón puede casarse para heredar, por lo que desea la muerte de la esposa lo antes posible, otras veces, se cometen hurtos en los bienes de la misma. Es frecuente la afición de los rufianes por las mujeres de vida fácil de mayor edad que ellos.

La vejez presenta sus crisis. El dinero tiene un extraordinario valor en la última etapa de la vida, ya que supone una seguridad para poder seguir viviendo; por eso, no ha de sorprender el encontrar a mendigos en el estado más deplorable, incluso agotados de hambre, con gran cantidad de dinero en los bolsillos, que para ellos es más importante incluso que la propia vida.

La mujer se ve menos afectada por esas crisis de la vejez, entre otras cosas, porque sigue un ritmo más ordenado y uniforme dentro de la vida familiar.

De todos modos, las personas de mucha edad cometen menos delitos que los más jóvenes. Su actividad criminal es menor y sus delitos, generalmente, de menos gravedad. Su debilidad física les impide cometer determinados delitos, como el homicidio, por ejemplo, por lo que prefieren buscar la debilidad de sus víctimas, atacando con más frecuencia a las mujeres y niños. El deseo de delinquir no desaparece en el anciano, como lo demuestran los conflictos que surgen en los asilos. El despertar del instinto sexual también puede traer problemas; algunos se enamoran y sufren una gran transformación: los avaros tiran el dinero, los desconfiados se fían de todo, etcétera. Los delitos que llevan a los viejos en la mayor parte de los casos a la prisión son los cometidos contra la honestidad; los más frecuentes son los ejecutados con niños, y las razones de esta conducta no son tan simples como a primera vista parecen. No hay que olvidar, sin embargo, que no en pocas ocasiones son los jóvenes quienes provocan a los ancianos sexualmente.

Entre los actos de impudicia de ancianos con niños la cifra oscura es muy alta, suele haber componendas para que no se denuncien los hechos, o para retirar la denuncia, no faltando en ocasiones el chantaje. Otros delitos son el incesto, escándalo público, actos homosexuales, injurias, acusación falsa, coacciones, etc., y algunos tipos de infracciones contra la propiedad.

Los hurtos cometidos en los grandes almacenes por la mujer que envejece, presenta problemas sin resolver. Parece que ha de tenerse en cuenta el instinto a coleccionar. El concepto de la propiedad, desde el punto de vista moral, no se considera tan protegido en esos locales que pertenecen a accionistas anónimos.

Estos presupuestos de edad y delito, que tienen valor universal, se dan en todos los países. Quizá haya que resaltar en el campo juvenil el período de iniciación que en unos países es más temprana que en otros —generalmente en los de mayor desarrollo económico—. En cuanto al mantenimiento de la criminalidad a edad avanzada también hay sus diferencias; de todas formas hay que tener en cuenta la proporción de vida media. En España esa iniciación ya tiene importancia a los trece o quince años. De todos modos, hay una clara tendencia universal a iniciarse el autor cada vez a edad

más temprana; también entre nosotros (1). El delincuente de determinadas actividades ha de abandonar su forma de actuar o cambiar a otra. Su falta de experiencia en el nuevo sistema le puede llevar a ser detenido con gran facilidad. Otras veces actúan con un joven, a quien enseñan, y con el que reparten el botín conseguido. Este terminará abandonándole.

En el campo de la relación raza-criminalidad, surge un primer problema: la mezcla de las razas y la dificultad de encontrar grupos raciales que vivan en un mismo mundo circundante. Sólo una quinta parte de los negros norteamericanos tienen sangre mezclada, lo que ha de tenerse en cuenta para el estudio de su criminalidad. Esta raza, en sus tres siglos de existencia en Norteamérica, no ha recibido un trato muy humanitario, viéndose constantemente sometida a influjos selectivos. Hay un deseo de venganza en buena parte de los negros contra la tradicional opresión de los blancos.

Las estadísticas dan un índice de criminalidad mucho mayor para el negro que en los blancos. Sin embargo, no hay que olvidar la parcialidad de la justicia en perjuicio de los negros, así como el general menosprecio social, a pesar de que parte de esos negros comienzan a ocupar profesiones liberales en la clase media. También la criminalidad de la mujer negra es mucho mayor que el de la blanca, especialmente en los delitos de violencia. En aquéllas cunde el analfabetismo y han de conformarse con los peores puestos de trabajo, estando postergadas totalmente igual que los hombres. Los indios norteamericanos dan un índice muy alto de criminalidad: en 1960 hubo una detención por cada cinco de ellos. Las infracciones más frecuentes son la embriaguez y pequeños hurtos.

En España también tenemos un grupo étnico que presenta rasgos especiales en la criminalidad. Nos referimos a los «quiquis». Su delincuencia es superior a la media nacional; son más peligrosos, emplean más veces la violencia, existen las familias criminales, etc. Hemos de apuntar que no todos los «quiquis» son delincuentes, la mayoría viven honradamente de su trabajo. En el fondo, hay una violencia subcultural.

El mayor índice de criminalidad en el negro norteamericano se debe al mundo circundante, o mejor, al «fenotipo», teniendo mucho menos valor el «genotipo». Nos demuestra esto el bajo índice de criminalidad del negro en otros países, como Venezuela, por ejemplo (2).

El libro segundo se ocupa de los «factores disposicionales y delito». No hay tipos criminológicos definidos. Esto, en realidad, es un mito. No queda claro la relación que pueda haber entre la conducta humana y el orden de nacimiento dentro de la familia. Parece que en el primogénito se da el delito con más frecuencia que en el resto de los hermanos.

Del estudio de 800 jóvenes delincuentes españoles, el mayor porcentaje fue: 62 eran hijo único, 278 el mayor de los hermanos, en 206 casos el menor, en 159 el segundo y en 95 casos el penúltimo de los hermanos.

(1) Véase nuestra obra *Sustracción de vehículos en España. Estudio de mil grupos delincuentes*, Madrid, 1970.

(2) J. R. MENDOZA TROCONIS, *Curso de Criminología*, Caracas, 1970, página 430.

No está suficientemente probado si los delincuentes tienen estatura y peso superior o inferior a la población normal. Un defecto corporal puede ser motivo de que el sujeto se convierta en delincuente, simplemente porque tiene menos posibilidad de trabajar y, tal vez, en alguna ocasión, tenga que recurrir al delito, especialmente contra la propiedad, para poder subsistir. La lucha por la vida es más difícil para el tarado.

Del estudio de 250 jóvenes delincuentes españoles, encontramos: que el 63 por 100 de los casos tienen estatura superior a la normal. Sin embargo, suelen tener menor peso y perímetro torácico que la población normal. A la mayor estatura no encontramos justificación. El menor peso debe de obedecer a la forma de vida y a que se han tomado en la institución penitenciaria, donde se encontraban reclusos, pues el ingreso, la detención, interrogatorio y el juicio les crea una situación psicológica que les lleva a la pérdida de peso. Todo esto influye en su menor perímetro torácico (3).

También se ocupa Hentig de los defectos en los órganos de los sentidos: ceguera, tartamudez, extrabismo, así como de variantes fisiológicas, del cabello, barba, fealdad, sordera. La criminalidad del ciego, que tiene muy desarrollado el sentido de la propiedad, suele ser reducida; en los sordomudos son raros los delitos contra la propiedad. No presenta peculiaridades de interés el resto de los factores. La perfección tampoco es símbolo de honradez; se cita el caso de una miss Dinamarca que pertenecía a una banda de «gangsters». El zurdo puede ofrecer alguna ventaja en la investigación criminal y el ambidextro dificultades.

El lenguaje del hampa no está a punto de desaparecer, dice Hentig. Se enriquece con vocablos de las nuevas formas de delito, como puede ser el mundo de los estupefacientes. A veces es muy fluido, en la jerga norteamericana se emplean cuarenta y siete palabras distintas para denominar a la policía, en Alemania veinticuatro para expresar el dinero. El delincuente procura no emplear la jerga en público, sólo lo hacen cuando se encuentran entre delincuentes.

Dentro de la criminalidad española se aprecia una disminución de ese lenguaje. La delincuencia juvenil apenas lo conoce (4).

Termina el libro segundo con unas consideraciones sobre el tatuaje. El antebrazo es el lugar más frecuente para los tatuajes, seguido del pecho, espalda, vientre y muslos. Sobre la frecuencia en los delincuentes, las opiniones son diversas, y los porcentajes varían entre el 13,4 y el 34 por 100 o incluso más. Es muy raro en las mujeres.

Nosotros no encontramos ninguna justificación entre el tatuaje y el delito. Del estudio de 300 jóvenes delincuentes, encontramos que solamente cinco de ellos estaban tatuados (5). Como anécdota cabe señalar que los tatuadores españoles son muy malos. Los mejores suelen ser los nórdicos.

Trata el libro tercero de «profesión y tendencia criminal». No es fácil poder sacar conclusiones exactas, no sólo por las profesiones en sí, sino por la dificultad de determinar los sujetos que las componen y la gran fluc-

(3) Véase nuestro trabajo *Tipología del delincuente español*, en «Anuario de Derecho penal», Madrid, 1970, págs. 49 y sigs.

(4 y 5). Véase *Delincuencia juvenil*, cit., págs. 289 y sigs.

tuación de muchas personas de una a otra. De todas formas, hay algunos aspectos criminológicos que se reflejan en determinadas profesiones. Sin embargo, no hay que olvidar la falta de datos sobre muchas de ellas, así como las modificaciones provocadas por los movimientos migratorios y la existencia de profesiones con fuerza suficiente para escapar de la ley. Se consideran diversas profesiones, agrupadas en seis apartados, a saber:

Entre las profesiones que atacan a la vida se recogen a cazadores y carniceros. Estos suelen utilizar el cuchillo en los homicidios, siendo frecuente el descuartizamiento.

Dentro de las profesiones que se ocupan del dinero, este puede ser una provocación al delito. La apropiación indebida es un tipo de infracción poco conocido, tanto en el número de delitos como en la determinación de las cuantías.

En las profesiones que aseguran el orden se pone de relieve la falta de moralidad de algunos policías y detectives privados.

Dentro de las profesiones consistentes en la prestación de servicios, el hurto es importante entre los criados; los cocineros apenas cometen delitos contra la propiedad, infracción que se da entre los camareros, así como en los sepultureros; entre los enfermeros son raros los delitos contra la propiedad y el uso de la violencia.

Entre las profesiones que facilitan la vida, el problema más importante dentro de la administración de justicia, es el cohecho de los jueces, donde la cifra negra es muy alta. En los clérigos se suelen dar infracciones de tipo sexual y los asesinatos que cometen no es raro que estén motivados por el amor ilícito. En los médicos ocupa el primer lugar los abortos, seguidos del tráfico y consumo ilegal de estupefacientes; los delitos contra la propiedad no tienen valor.

Entre los educadores y mediadores en el disfrute del arte se consideran a los profesores y pedagogos, donde tiene interés las infracciones de tipo sexual con los alumnos. Termina el volumen con unas consideraciones sobre los actores.

Conclusión a la obra de Hentig.

En realidad se trata de un extenso trabajo sobre sociología criminal del delito. No puede decirse que el autor siga la línea preferente de la criminología actual, esa línea confusa dedicada a temas de especialización, con falta de criminólogos con visión de conjunto. No se puede reprochar esto a Hentig; él tiene otro método, el suyo propio.

Es Hentig un autor extraordinariamente erudito. Tiene un gran conocimiento de los problemas humanos, problemas que en ocasiones llevan al delito.

No pocas veces recoge pensamientos de un gran valor criminológico, sin darles más importancia, aparecen dentro de párrafos más o menos largos de cualquier página. Se aprecia una preocupación especial para la guerra y su influencia en el delito.

Se recogen diversas estadísticas, principalmente alemanas y estadounidenses, mas algunas otras de países europeos. La obra está escrita en un lenguaje sencillo y se encuentra al alcance de cualquier lector.

La obra está refrendada con multitud de ejemplos de la vida real, que ayudan a conocer el problema del delito y, como el propio autor dice: «los hechos quedan, las teorías pasan». Lo importante para él es la experiencia, que considera fundamental en el estudio de la poco conocida problemática del hombre delincuente. Esa experiencia es la que falta a la mayoría de los criminólogos actuales, y de ahí que la Criminología no termine de encontrar el lugar científico que le corresponde.

Es cierto que lo que recoge Hentig en sus tres volúmenes se podría haber escrito en muchas menos páginas, pero el exceso de erudición y casuística no perjudican la obra, sino todo lo contrario, ya que la hace más amena y permite conocer con mayor profundidad la realidad del delito.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español, Parte General». 2.^a edición, Madrid, 1971; 838 págs.

El pasado año —exactamente doce meses después de su primera aparición—, ha sido publicada la segunda edición de la *Parte General del Derecho penal español*, cuyo autor es el profesor RODRÍGUEZ DEVESA, Catedrático de la disciplina en la Universidad Complutense de Madrid. La puesta al día de tan importante obra recoge las innovaciones —considerables en cantidad y calidad—, introducidas el 4 de agosto de 1970 por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. En un panorama doctrinal, como el patrio, escaso de producción científica en el campo jurídico-penal, debe, pues, saludarse la aparición de esta obra que, tanto por la extensión y detalle con que aborda y estudia la problemática concerniente a la Introducción y a la teoría jurídica del delito, como por la fundamentación doctrinal, dogmática, bibliográfica y, asimismo, jurisprudencial [un total de 845 sentencias de nuestro Tribunal Supremo aparecen consultadas en las páginas del libro] de que hace gala, merece el calificativo de verdadero Tratado de Derecho penal.

Desde el prisma estructural, el Tratado del profesor RODRÍGUEZ DEVESA aparece integrado por tres partes fundamentales e independientes: la primera, relativa a la *Introducción*; la segunda, concerniente a la teoría jurídica del delito y la tercera constreñida al tratamiento de la pena y de las medidas de seguridad. Cada una de ellas merece, por consiguiente, un comentario por separado.

I. La parte primera, dedicada, según se ha dicho, a la *Introducción*, comienza por el estudio del concepto del Derecho penal —en cuanto conjunto de preceptos (Derecho penal objetivo), y en cuanto facultad del Estado para imponer penas y medidas de seguridad (Derecho penal subjetivo). Un concepto que, *relativizado* —según palabras del autor— por la nota de legalidad obligará en cualquier caso al estudio de un determinado Derecho positivo condicionado por las circunstancias de tiempo y lugar. Tras definir el concepto de Derecho penal objetivo como «el conjunto de normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventivas o reparatorias [como son, en el último supuesto, las de reparación de los daños y perjuicios, habida cuenta de que el artículo 1.902 del Código civil español lleva al campo

del Derecho penal la materia relativa a la responsabilidad civil dimanante de delito] que son su consecuencia», el autor no vacila en subrayar la naturaleza de Derecho público interno modernamente asignada a esta singular rama jurídica, rechazando, por otro lado, como ajenas al Derecho penal a las denominadas medidas ante o pre-delictuales, cuya inclusión supondría, por el contrario, un grave riesgo de confusión de nuestro Derecho con el administrativo y, sobre todo, un grave peligro si no ataque, al principio de legalidad informador del moderno Derecho penal clásico-liberal. De otro lado, y ya en un plano puramente científico, frente a todo intento de «absolutizar» el conjunto de saberes que integran nuestra disciplina, opone acertadamente RODRÍGUEZ DEVESA la «naturaleza problemática» del Derecho penal y fija como una cima a alcanzar por sus cultivadores y estudiosos la de darle una base racional desligándolo, de esta forma, de toda suerte de tabúes psicológicos e históricos; en suma, racionalizarlo.

Seguidamente, estudia nuestro autor la problemática relativa a las relaciones del Derecho penal con otras ramas jurídicas, destacando la autonomía de nuestra disciplina, al igual que la inflación de las sanciones de naturaleza administrativa; lo cual no es, en modo alguno, óbice para que niegue la autonomía o carácter sustantivo de los «pretendidos derechos penales» (como, *ad exemplum*, el económico, fiscal, mercantil, etc.).

Al tratar, en otro orden de cosas, del denominado Derecho penal subjetivo, acepta RODRÍGUEZ DEVESA que la problemática concerniente al fundamento del *jus puniendi* cuestiona, asimismo, el fundamento del Derecho penal objetivo, aunque, en cambio, según veremos en la parte dedicada al estudio de la pena, siguiendo a Max Ernst Mayer —para el cual, las teorías del Derecho penal eran, metodológicamente, un *prius* lógico de las teorías de la pena—, rechaza que el problema del fundamento y fines de la pena sea, a la vez, el de su justificación y el de la justificación y fines del Derecho penal mismo.

En lo que respecta al método, destaca nuestro autor la naturaleza no unívoca, sino interdisciplinaria del método conveniente para el estudio del Derecho penal, para el cual es un importante auxiliar el sistema, si bien, constata RODRÍGUEZ DEVESA, no debe olvidarse que el sistema no es el fin de la ciencia, ni debe ser una prisión que inmovilice el progreso científico, habida cuenta de que la importancia concedida por influjo de la filosofía neokantiana al sistema no está en modo alguno justificada, ya que éste debe reducirse a ser un método auxiliar ciertamente valioso como criterio ordenador. Asimismo, subraya la intercorrelación entre objeto y método, de modo que entre las especies de métodos fundamentales para el Derecho penal actual sobresale no solo el conocimiento y aplicación del Derecho vigente, sino también el método comparado, con la reserva, no obstante, de que la importación de soluciones extranjeras no debe reducirse a cuestiones de mera técnica jurídica —cuestión entonces relativamente fácil de practicar—, sino que debe comportar la identidad de la problemática suscitada.

Una novedad digna de destacar es el capítulo dedicado al estudio de las denominadas Ciencias auxiliares del Derecho penal que el autor denomina Enciclopedia de las Ciencias penales y estudia dentro del apartado dedicado

a la Criminología, su objeto, sistema y método, subrayando, de esta suerte, la importancia de las investigaciones criminológicas modernas, sin las cuales, por ejemplo, las que denotan la realidad de la ejecución de las penas de prisión, no puede hacerse «disquisición alguna sobre los fines de la pena...», ni puede comprenderse la existencia de una serie de sustitutivos de las penas: cortas privativas de libertad». Ello no obstante, afirma el autor la dependencia de la Criminología respecto al Derecho penal, habida cuenta de que el concepto de delito es en la actualidad un concepto jurídico que aquella Ciencia ha de aceptar como punto de partida en su ulterior desarrollo; lo que implica, a juicio de RODRÍGUEZ DEVESA, que la Criminología tenga de antemano un campo de actuación delimitado por el Derecho penal, a pesar de que aquélla no tenga por objeto el estudio de las normas jurídico-penales, sino el de los hechos y fenómenos reales que subyacen en esa normativa. Debe también constatarse la importancia que el autor otorga a la Estadística criminal, apartado que, incluido dentro del capítulo destinado al estudio de la Criminología y de las Ciencias auxiliares del Derecho penal, contiene datos de innegable valor político-criminal, como son, por ejemplo, los relativos a la pena de muerte en España durante el decenio 1957-1966; datos, en suma, de primera mano, puesto que han sido evaluados y publicados con anterioridad por el autor en la Revista de Estudios Penitenciarios, 1967, 359 ss.

De otro lado, debe asimismo constatarse como novedad la ausencia en la *Introducción* de la temática relativa a las teorías penales, que el autor trata de modo sucinto en la parte correspondiente al estudio de la pena. Pero, sobre todo, conviene destacar que la concepción exployada por RODRÍGUEZ DEVESA al comienzo de su Tratado en el sentido de que la relativización inherente al concepto del Derecho penal —derivada, en suma, de la nota de legalidad— y que, a su juicio, impone necesariamente la concreción del objeto al estudio de un determinado derecho positivo, en este supuesto el español, se deja sentir fuertemente a todo lo largo de esta primera parte, pero especialmente al tratar de la historia del Derecho penal, que nuestro autor constriñe, consecuente con su tesis inicial, cáusticamente al examen del proceso codificador del Derecho penal español vigente, aunque no sin dedicar antes sendos apartados al «status» de la legislación penal de principios del XIX y, sobre todo, al proceso político y legislativo que enmarca nacimiento y muerte del Código penal de 1822, promulgado el 9 de julio de ese mismo año, pero cuya vigencia —debido a la entrada en nuestra patria de los Cien mil hijos de San Luis, que realmente fueron noventa y un mil, y a la subsiguiente caída del gobierno representativo y constitucional—, si la tuvo fue, tal y como reconoce un ilustre tratadista y especialista en la materia, «breve, imperfecta y desigual».

Tras el estudio de la codificación del Derecho penal vigente, partiendo del Código de 1848, pasando por el de 1870, un Código carlista de 1875, el de la Dictadura de Primo de Rivera (1928), la reforma llevada a cabo en 1932, el texto refundido de 1944, el revisado de 1963 y las reformas posteriores que han actualizado el Código penal vigente (con mención, además, de los distintos anteproyectos o proyectos de Código penal que no lograron fructificar), además de la legislación penal especial, pasa el autor a examinar la problemática de las fuentes, incluyendo entre las inmediatas, no sólo a

la ley, sino también a la analogía, la costumbre y al Derecho internacional; tratando, por otro lado, dentro del prisma de la ley penal intrínsecamente considerada el concurso de leyes, materia que la mayoría de la doctrina suele llevar al final de la teoría jurídica del delito. Sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA sostiene este criterio sistemático, en base a considerar que tal materia pertenece a los problemas concernientes a la interpretación de la ley penal y no a la problemática de la unidad y pluralidad de acciones. En este punto, es, asimismo, novedosa su incardinación del asesinato como *delictum sui generis*, es decir, no como un homicidio agravado o cualificado por la alevosía, la premeditación, etc..., sino, antes bien, como un *aliud* respecto al homicidio. Entre las consecuencias prácticas que ello supone, está la de que entre ambos delitos existe no una relación de especialidad, como sostiene la *communis opinio* —para la cual el homicidio forma el núcleo básico del asesinato, el cual pasa, por tanto, a ser una forma cualificada o agravada de aquél—, sino de subsidiariedad tácita, viniendo consecuentemente en aplicación preferente la norma contenida en el tipo *sui generis* respecto a la norma genérica, ley subsidiaria.

Destaca, asimismo, en el examen de las cuestiones referentes al ámbito temporal y espacial de la ley penal la enorme profusión de datos de derecho positivo que enriquecen, sin duda alguna, el contenido importante de la obra. Observados, por último, los problemas relativos a la extradición, se concluye el apartado dedicado a la ley penal extrínsecamente considerada, para dar paso a las fuentes mediatas del Derecho penal: la jurisprudencia y la doctrina científica.

Un capítulo dedicado al examen del Derecho extranjero —sin duda el más completo realizado hasta la fecha en un Tratado de esta especie en nuestro suelo—, en el que se da una casuística e informativa noticia del Derecho penal y de la producción científica sobre la materia existente en los países europeos, africanos, americanos, asiáticos y pertenecientes a Oceanía, finaliza la *Introducción*.

II. La segunda parte, sin duda muy elaborada, la dedica RODRÍGUEZ DEVESA al estudio de la teoría del delito. En base a una distinción entre el concepto formal y el concepto material del delito, define a éste, desde el último prisma, como «una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena». Une, pues, nuestro autor las notas o elementos de tipicidad y antijuridicidad, considerando, por otro lado, que la punibilidad ha de venir ínsita en la definición jurídica del delito, por cuanto se representa como «la diferencia última entre el ilícito penal y las demás conductas antijurídicas».

Analiza seguidamente la evolución de la teoría jurídica del delito, partiendo del sistema clásico (Listz, Beling), enumerando las variantes o modificaciones introducidas en tal sistema por el concepto neo-clásico del delito, especialmente a través del descubrimiento de los elementos normativos del tipo —descubrimiento que, según el autor, rompe la neta distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad—, de los elementos subjetivos de lo injusto y de la naturaleza normativa de la culpabilidad. La denominada «Escuela de Kiel» y el llamado «Derecho penal de autor» o «Derecho penal de la voluntad»

(*Willensstrafrecht*) marca otra etapa en la evolución de la teoría jurídica del delito, si bien, y a pesar de sus esfuerzos primeros por encontrar un concepto unitario de delito, produjo efectos claramente negativos y contraproducentes, no sólo por no haber alcanzado aquella meta, sino también y sobre todo por el ataque que sus premisas implicaron para la idea de seguridad jurídica.

Por último, este proceso evolutivo culmina con la concepción finalista, doctrina no unitaria del delito y que el autor rechaza decididamente por estimar que «conduce inevitablemente a una concepción *intelectualista*, exclusivamente racionalista, del actuar humano, lo que es inexacto»; ello, aparte de que lleva consigo un vaciado de la culpabilidad, la cual «queda —al incorporarse el dolo al tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos— reducida a un muñón»; de tal suerte que «el desarrollo del finalismo ha conducido a la dogmática alemana a excesos peores que los del más extremo método analítico».

Anclado nuestro autor en la problemática del concepto de delito en nuestro derecho positivo, opta, basándose en criterios históricos y de naturaleza sistemática, por la postura, con arreglo a la cual el término «voluntarias» contenido en la definición legal del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código penal es sinónimo de dolosas —en contra de la tesis dominante—; premisa de la que lógicamente se deriva la afirmación de que, en principio y por regla general, sólo se castigan los delitos dolosos, postura que, a su juicio, matiza mucho mejor el verdadero alcance del concepto legal del delito.

Dentro, en suma, de la teoría jurídica del delito, RODRÍGUEZ DEVESA establece, a la hora de estudiar tan intrincada materia, una bipartición sistemática entre elementos o caracteres esenciales y accidentales del delito. En el primer grupo vienen incluidos, a su vez, lo que él denomina caracteres positivos (es decir, los elementos del delito, a saber: acción, antijuricidad tipificada, culpabilidad y punibilidad) y los caracteres negativos, que hacen alusión a las eximentes o causas de exención de la responsabilidad criminal, esto es, a las causas que excluyen la acción, las causas de justificación, de inculpabilidad, etc..., y aquellas otras causas que el autor incluye bajo la rúbrica excesivamente genérica, a mi juicio, de causas de exclusión de la pena. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad (en sentido atenuatorio o agravatorio) integran el grupo de los elementos accidentales de la infracción penal.

El estudio detallado y enormemente erudito que el autor hace de los elementos del delito requiere comentar cada uno de los apartados a ellos asignados de forma independiente.

Así, el concepto de acción del que arranca el Profesor de la Universidad Complutense de Madrid es un concepto «necesariamente» jurídico, por cuanto el concepto de acción que al Derecho penal interesa «guarda estrecha relación con la ley penal y en ella ha de apoyarse», lo cual no se corresponde, según palabras del propio autor, con la opinión dominante, aunque coincide en la pretensión de construir un concepto de acción sobre una base o estructura ontológica. Examina, a este respecto, la polémica doctrinal, que ha producido verdaderos ríos de tinta, en torno al concepto de la acción, manifestando después de dar detallada cuenta de cada una de las corrientes

en boga (concepto causal, finalista y social de la acción) sus preferencias por el concepto causal, pues, desechado el concepto finalista por la disgregación que produce en el concepto del delito, «la imprecisión del concepto social es tan notoria que me parece no vale la pena insistir sobre ella». El concepto que propugna de acción —«acaecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana»— tiene la ventaja de cubrir «todas las posibles hipótesis que ofrece la ley».

Examina seguidamente RODRÍGUEZ DEVESA los delitos de acción y los de omisión, negando en los de omisión pura o simple la existencia de un coeficiente psíquico volitivo en el momento en que debería haberse realizado la acción que el ordenamiento jurídico-penal espera realice el sujeto en cuestión. La problemática referente a los sujetos de la acción permite al autor entrar a considerar el arduo y poco elaborado en nuestro Derecho tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, problema que, a su juicio, se reduce «a poner coto a determinadas actividades de entes corporativos», lo cual pertenece al Derecho penal, no siendo en modo alguno necesario para ello exceder las fronteras de la responsabilidad individual. Otro supuesto que, según RODRÍGUEZ DEVESA, es distinto del planteado, es el relativo a la responsabilidad del que actúa en nombre de otro; problema que planteado recientemente en la doctrina jurídico-penal alemana y consagrado en la fórmula legal del actual párrafo 50 a del *StGB* por medio del concepto «*Handeln für einen anderen*», posee en el ámbito jurídico penal inglés una antigüedad que data ya de un siglo, ya que el referido principio no es otro que el de la denominada responsabilidad vicarial, subsidiaria o delegada, es decir «*The Responsibility for the Acts of Another*», como derivado de la «*vicarious responsibility*» y opuesto, en definitiva, al principio de la denominada responsabilidad criminal directa de las corporaciones (*personally corporate responsibility*) (1). Ello no obstante, tan interesante temática no ha atraído profundamente la atención de la literatura jurídico-penal hispana.

Definidas y delimitadas conceptualmente la tipicidad y la antijuridicidad, solo la conducta típicamente antijurídica puede ser constitutiva de delito. En la base a esta premisa, RODRÍGUEZ DEVESA entra de lleno en el examen de la antijuridicidad y de las teorías producidas en torno a su naturaleza —que él sustenta de carácter fundamentalmente objetivo—, dedicando especial atención al inicio, desarrollo y consagración de los denominados elementos subjetivos de lo injusto. Ello no obstante, para el nacimiento de la acción delictiva es menester que la conducta antijurídica esté tipificada, esto es, que realice la conducta descrita en el tipo legal. Una exhaustiva y detallada observación de los diferentes estadios por los que ha pasado la teoría del tipo, desde la inicial postura de Beling (que concibe al tipo como algo valorativamente neutral, puramente descriptivo) a la adoptada por el autor alemán en 1930, momento en que el tipo aparece ya coloreado de valoraciones, pasando por la introducción y difusión de tales doctrinas en nuestra patria y culminando en el examen de las distintas acepciones del tipo, forma parte.

(1) Véase mi extenso comentario con anotaciones bibliográficas al libro de Leigh, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, en *ADPCP.*, XXV, 1 (1972), págs. 181-199.

del capítulo dedicado a la antijuridicidad tipificada. Destaca el autor ante todo el valor de la tipicidad como postulado jurídico-penal y constitucional, en cuanto precipitado lógico derivado del principio de legalidad, para, acto seguido, pasar a estudiar la estructura y elementos del tipo; extremo este último en el que dedica gran atención a la teoría de los elementos negativos del tipo que parece compartir, tras poner en claro los argumentos a favor y en contra.

El estudio del paso de la antijuridicidad formal a la antijuridicidad material y de los denominados delitos de peligro concluye este importante apartado elaborado por RODRÍGUEZ DEVESA con singular maestría y no menor detalle y honradez científicos.

La culpabilidad, su presupuesto y formas —destacando que, en nuestro Código, la forma básica es el dolo—, son temas que integran un capítulo que muestra, una vez más, que el autor opta por la concepción tradicionalmente asignada a la culpabilidad en la teoría del delito, al afirmarse su naturaleza predominantemente subjetiva.

En otro orden de cosas, el autor examina la parte correspondiente a los denominados caracteres negativos del delito, básicamente estructurada en causas de exclusión de la acción, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la pena.

El autor comienza, pues, por el estudio de la fuerza irresistible como causa de exclusión de la acción, precisamente en este apartado y no en el dedicado con anterioridad a la acción como elemento del delito, ni tampoco al tratar de la imputabilidad o de la capacidad de acción. Propugna, a este respecto, la relevancia, como causas de exclusión del primer elemento del delito, de los movimientos reflejos, estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, narcosis, etc...).

En los capítulos dedicados, por otra parte, al estudio en particular de las causas de justificación ha de consignarse, asimismo, la amplitud que RODRÍGUEZ DEVESA da a los problemas planteados por el que actúa en cumplimiento de un deber, en el ejercicio legítimo de un derecho o de un oficio o cargo, destacando especialmente el tratamiento otorgado al tratamiento médico, sobre todo con referencia a los problemas que en tales supuestos plantean el consentimiento y las especies diversas de tratamiento médico (curativo, no curativo, con fines experimentales, etc...). Insuperablemente estudiado aparece el tema de la obediencia debida, que el autor incluye entre las causas de justificación y que aborda tanto desde el punto de vista del Derecho penal común como desde el militar, al igual que desde el punto de vista del Derecho comparado. La problemática de la fuerza vinculante u obligatoria de los mandatos antijurídicos obligatorios es abordada con acierto y exhaustividad, centrándola nuestro autor en el derecho positivo. El problema central de la obediencia debida es, según su criterio, el de que la cuestión de si hay mandatos antijurídicos obligatorios sólo podrá ser resuelta confrontando el propio derecho positivo, por cuanto es un problema diverso por completo al de si deben existir órdenes contrarias al derecho y obligatorias. Tras examinar el problema en la doctrina y en la jurisprudencia, RODRÍGUEZ DEVESA estudia el sistema del Código penal, planteándose, en primer término, si el inferior que obedece un mandato de esta clase incurre

o no en el delito de desobediencia. Del examen del artículo 369 deduce que el mandato que no infrinja clara, manifiesta y terminantemente una ley debe ser obedecido, so pena de incurrir en el delito de desobediencia. Y, dado que el deber no nace de la infracción de la norma legal, sino del hecho de que ésta infracción sea o no clara, manifiesta y terminante, cabe, a su juicio, la posibilidad de que existan mandatos antijurídicos obligatorios, es decir, mandatos en los cuales la infracción de la ley no es notoria. De modo que, aun en los casos dudosos, el subordinado viene obligado a la obediencia, aunque el mandato sea (objetivamente) antijurídico.

La problemática de las causas de justificación concluye, en suma, con sendos y amplios capítulos, con interesantes sugerencias, dedicados a los problemas que plantean el estado de necesidad y la legítima defensa.

En lo que respecta a las causas de exclusión de la culpabilidad, el autor distingue entre causas de inimputabilidad y causas de exculpación. Comienza el estudio de las primeras por la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la menor edad de dieciséis años y la sordomudez, optando en lo que hace referencia a la enajenación por el método psiquiátrico-psicológico o mixto, unido a un criterio de mayor flexibilidad legal respecto al internamiento que deberá imponerse únicamente cuando esté indicado por razón de la dolencia.

Dentro del apartado correspondiente a las causas de exculpación, recibe especial consideración la problemática del error, sistemáticamente tratada entre los caracteres negativos del delito y dentro de la culpabilidad —frente a algunas corrientes que, como las derivadas de la doctrina finalista de la acción, tratan del tema dentro del tipo—, por cuanto, sin perjuicio de la diversidad de efectos que el error genera, puede, y este es el principal, dar lugar a la exclusión de la culpabilidad. Tras dar una definición del error, examina RODRÍGUEZ DEVESA sus clases, efectos y algún caso de error debido a la falta de correlación o congruencia entre el delito cometido y el que realmente se pretendía cometer (art. 1.º, párrafo 3.º). Una interpretación correcta de la eximente de caso fortuito lleva al autor a sostener que es totalmente desacertada la conclusión de que cuando se causa un mal con ocasión de realizar un acto ilícito nunca podrá apreciarse caso fortuito, debiendo, por el contrario, estimarse siempre que ha sido causado culposamente. Por último, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, no exigibilidad de otra conducta y encubrimiento entre parientes son otras causas de exculpación estudiadas con suficiente detenimiento.

El apartado dedicado al examen de los caracteres negativos del delito concluye con el estudio de las denominadas —siguiendo la nomenclatura y sistemáticas adoptadas por la dogmática alemana— causas de exclusión de la pena, que el autor distingue entre causas de naturaleza personal de exclusión de la pena, causas de extinción de la responsabilidad criminal y ausencia de las condiciones objetivas de procedibilidad. Su tratamiento sistemáticamente aparte lo justifica RODRÍGUEZ DEVESA en base a considerar que en todos estos casos se está en presencia de supuestos en los que realmente se ha cometido una acción típicamente antijurídica y culpable, además de punible, pero la pena a ella asignada por la ley no se hace efectiva total o parcialmente a causa de la existencia de un obstáculo legal.

En tal dirección, comienza nuestro autor por el estudio de las causas personales de exclusión de la pena, es decir, las inmunidades (del Jefe del Estado, diplomáticas, parlamentarias, clericales), y justifica su tratamiento en este lugar y no en la problemática relativa a la ley penal, es decir, a la hora de tratar la esfera de vigencia personal de las leyes penales, por cuanto «el principio de igualdad ante la ley penal no admite excepciones», postulado harto deseable, pero que no corresponde a la realidad, ya que de ser cierto equivaldría a que el tratamiento jurídico-penal de un procurador en Cortes, un Jefe del Estado nacional o extranjero, fuese idéntico al deparado a cualquier ciudadano normal, cuando en realidad esto no es, ni mucho menos, así. La desigualdad o, mejor, las excepciones impuestas a las leyes en ciertos casos concretos no son otra cosa que excepciones al principio de igualdad de la ley y, por tanto, excepciones al ámbito de vigencia, basada en la soberanía o *jus majestaticum*, de la ley penal. El ejemplo más claro lo proporciona, a este respecto, la historia inglesa, donde, sentado el principio constitucional o público de que el rey no puede delinquir («*The king can do no wrong*»), se hacía, pues, necesario declarar el trono vacante para, de esta suerte, rebajar al personaje regio a la calidad de un ciudadano normal, someterlo a proceso y, generalmente, ajusticiarlo.

Es sumamente meritorio el esfuerzo desplegado por el autor al plantear nuevos y ricos problemas en tan áspero tema como el de las inmunidades diplomáticas que, a mi juicio, debería venir sistemáticamente encuadrado en un capítulo de Derecho penal internacional, cuya ausencia se hace sentir en los tratados de Derecho penal. Ello no obstante, la impropiedad de la rúbrica empleada por la dogmática alemana de «causas personales de exclusión de la pena» se pone, una vez más, de manifiesto en esta problemática, donde muchas de las excepciones se deben no a la calidad personal, sino al cargo. De ahí que, por ejemplo, sea un principio inconcuso en la *common law* inglesa la viabilidad del procesamiento de un rey destronado o de un Jefe de Estado destituido y exiliado en Inglaterra. Algo similar podría decirse respecto a las inmunidades de carácter parlamentario, en las que el muro frente a la ley lo constituye el cargo. Por otro lado, lo dicho acerca de la referida rúbrica de «causas de exclusión de la pena» debe asimismo valer para demostrar su impropiedad en relación con el cumplimiento de la condena (supuesto éste en que la pena no se ha excluido, sino más bien cumplido), y, *ad exemplum*, para los casos de amnistía en que, amén de concederse el perdón *in genere*, es decir, sin referencia a calidades personales individuales, el momento procesal en que suele concederse aquél suele, por regla general, ser anterior al de recaída de la sentencia firme condenatoria, por lo que no ha llegado a imponerse pena alguna. En lo que respecta al perdón del ofendido, cuya problemática trata sugerentemente el Profesor RODRÍGUEZ DEVESA, sus efectos son también muy diversos según el momento en que sea otorgado por el agraviado. Así, si se concede una vez impuesta la pena, aquel supondrá desde luego la extinción de la responsabilidad criminal, pero no si se otorga en el momento de iniciarse el proceso, situación en la que la cuestión de la responsabilidad penal queda todavía por dilucidar y, por consiguiente, aquél no puede excluir pena alguna. Pero, además, considero que, según ha admitido recientemente el T. S., al absolver

de un delito de amancebamiento por estimar que el tiempo transcurrido desde que la víctima tuvo conocimiento del hecho y el momento de interponer la querrela criminal sin que, en el *interim*, aquélla hubiese actuado en el sentido pretendido, equivale a un *perdón presunto o tácito*, en tal supuesto se erige al perdón del ofendido en una verdadera causa de exclusión de la antijuridicidad, por cuanto excluye no la pena, sino el delito.

Por último, tras el detenido estudio de los elementos accidentales del delito, es decir, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, concluye el Profesor de Madrid la parte referente a la teoría jurídica del delito con el examen exhaustivo y casuístico de las formas de aparición del delito, y, de lo relativo al concurso de delitos y, en suma, de las clases de codelincuencia o participación.

III. «Las consecuencias jurídicas del delito» es la rúbrica que engloba todo lo relativo a la pena, a las medidas de seguridad, a la responsabilidad civil derivada de delito y, finalmente, a las costas procesales.

Definida la pena como privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente a aquel que ha cometido un delito, el autor examina la problemática del fundamento y fines de la pena, distinguiendo dos planos: estáticamente, la pena es una consecuencia primaria del delito y en tal sentido puede afirmarse que es retribución por el delito cometido; y dinámicamente, la pena posee idénticos fines que la ley penal, pudiendo en tal sentido afirmarse que persigue una finalidad de prevención general.

Seguidamente y después de un examen somero de las teorías penales, son estudiadas las clases legales de penas con arreglo a la escala general del Código penal español, comenzando el autor su estudio por separado y dedicando especial atención a la pena de muerte, privativas y restrictivas de libertad, limitativas de derechos, pecuniarias y a la reprobación. El planteamiento asumido por el autor al tratar la pena de muerte —declarada anticonstitucional por el *Supreme Court* de U. S. A. en fecha reciente (2)— no puede sino calificarse de afortunado, por sus acertadas premisas y no menos moderadas conclusiones. Así, partiendo de que el tema de los argumentos

(2) En uso de las atribuciones que posee como órgano de control de la constitucionalidad de la normativa estatutaria y de la *common law*, el *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica ha declarado el 28 de junio de 1972 anticonstitucional a la pena capital, por considerar que: «*la imposición y ejecución de la pena de muerte (en estos casos) constituye un castigo cruel y desusado, violando la octava y decimocuarta Enmiendas*». El dictum emitido por el denominado *Burger-Court* —en alusión al nombre de su nuevo Presidente— fue de cinco votos contra cuatro, debiendo destacarse el hecho de que los cinco votos que optaron por la declaración de anticonstitucionalidad eran miembros del antiguo *Warren-Court*. Los casos debatidos fueron tres: *William Henry Furman v. Georgia*; *Lucious Jackson Jr. v. Georgia* y *Elmer Branch v. Texas*. El tenor de la 8.^a Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América reza como sigue: «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*». La cláusula «*Nor cruel and unusual punishments inflicted*» de la octava Enmienda se declara aplicable a todos los Estados de la Unión a través de la cláusula del proceso debido con arreglo a la ley (*Due*

a favor y en contra, al igual que el de su legitimidad, no deben ser planteados en términos absolutos, examina el autor nuestra legislación penal común y especial a través de un largo período histórico para concluir adoptando una postura personal: «en circunstancias normales, soy partidario de su abolición», en base a consideraciones de dignidad humana, por la ausencia de conocimientos exactos sobre la relación que guarda con el delito y, en fin, porque en circunstancias de normalidad no puede tolerarse la aplicación masiva de la pena capital, aparte de lo enormemente poderoso y decisivo que debe ser el error judicial.

Al abordar el problema de las penas cortas de prisión, estudia como sustitutos más característicos de aquellas: la condena condicional y el perdón judicial —cuya naturaleza como sustitutivo es muy discutible—, tratando de la libertad condicional en lo relativo a la fase de la ejecución de las penas privativas de libertad; dedicando, asimismo, especial y detenido tratamiento a las reglas de aplicación de la pena previstas en el arcaico sistema de nuestro Código. El cuadro legal de las medidas de seguridad impuesto por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 es sistematizado y examinado con rigor, rechazando el autor cualquier intento de admisibilidad en el Derecho penal de las medidas pre-delictuales y dejando, en suma, con ingenio y razones más que suficientes, muy mal parada a la referida normativa.

Por último, sendos capítulos concernientes a la responsabilidad civil dimanante del delito y a las medidas reparatorias impuestas en base a la misma, como también a las costas procesales, concluyen el Tratado, cuya sistemática, erudición, replanteamiento de nuevos problemas sobre temas que parecían ya agotados y sobre cuestiones no tratadas o, a lo sumo, simplemente glosadas, al igual que el enorme aparato bibliográfico que contiene —de una utilidad innegable para el estudioso del Derecho penal— y el esfuerzo realizado por el autor para dar a su obra una metódica y orientación esencialmente pedagógicas, son todos ellos méritos innegables que avalan la bondad del mismo y le erigen en un instrumento de estudio y consulta imprescindible no sólo para el alumno que pasa por nuestras aulas, sino también para los profesionales y estudiosos del Derecho penal.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN.

Process Clause) contenida en la Enmienda 14.^a, según se ha declarado por el Tribunal Supremo en los casos *Robinson v. California*, 370 U. S. (1962), 660 ss.; *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. (1963), 335 ss., 342 y *Powell v. Texas*, 392 U. S. (1968), 514 ss. La sentencia de 28 de junio de 1972 que, en virtud de la regla judicial «*stare decisis*», impide la imposición de la pena capital por cualquier tribunal inferior al Tribunal Supremo, en tanto éste no cambie esa doctrina, no ha supuesto, en contra de lo que pudiera parecer, derogación alguna de estatutos o normas legales en vigor, ni la «abolición» de leyes que fijan la pena capital.

RODRIGUEZ FLORES, María Inmaculada: «El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)». Universidad de Salamanca, 1971; 280 págs.

Los estudios históricos de Derecho penal han sido tradicionalmente descuidados en nuestro país; a la escasez de monografías especializadas se une el hecho de que la parte histórica es habitualmente la menos cuidada en los tratados y manuales de la asignatura, con muy pocas excepciones. Por ello, los penalistas españoles han recibido con tanto aplauso aportaciones de los historiadores del Derecho como las de los profesores Orlandis y Tomás Valiente, entre otros pocos más. Ahora debe sumarse a ese reducido elenco el libro de la profesora Rodríguez Flores, que, bajo la dirección de Tomás Valiente, constituyó su tesis doctoral.

Las fechas entre las que se estudia el tema del perdón real no han sido elegidas al azar. La investigación toma como punto de partida el reinado de Alfonso X por ser «el monarca castellano con el que aparecen los primeros síntomas de lo que después sería el Estado en el sentido moderno del término», y finaliza con el siglo XVIII, a las puertas del Estado constitucional. Durante todo ese período los poderes del Monarca gozan de una intensa solidez, y asistimos a la consagración del absolutismo real, para el que resulta indiscutible la facultad de atar y desatar. Entre los siglos XIII al XVIII el poder de perdonar las penas impuestas por los tribunales se defiende y practica en el marco de unas coordenadas prácticamente inmutables, razón por la que el presente estudio no es evolutivo, sino sistemático. Las fuentes principales han sido la legislación real y la de Cortes, las crónicas, la literatura jurídica y los documentos procesales de la época.

La obra se divide en tres grandes capítulos: Caracteres generales, procedimiento y requisitos, eficacia del perdón.

a) *Caracteres generales.* El perdón es «el acto emanado del poder real como atributo del mismo y su plasmación es un acto penal por el que el reo beneficiado se ve libre de la pena que debiera merecer por su delito». Son notas integrantes del concepto: todo perdón presupone delito, es un atributo exclusivo del Poder, es un acto de gracia voluntario y discrecional, y el interesado no puede exigir su concesión. Tiene a veces un claro sentido moral (acto de justicia, de equidad, de misericordia), pero en ocasiones prevalece en su otorgamiento un criterio político (conservar la paz, evitar males mayores). Reviste, *lato sensu*, el carácter de privilegio, al consistir en «la exención del cumplimiento de una ley, como concesión graciosa», y precisamente de una ley penal.

El lenguaje es generoso en términos alusivos a esta institución: remisión, indulto, perdón, condonación, gracia, restitución, abolición, indulgencia, conmutación, mitigación, composición, *placet*, amnistía, habilitación. La profesora Rodríguez Flores penetra en el sentido específico y en los matices diferenciales de cada una de esas figuras respecto de las demás. Esto nos lleva al tema de la clasificación de los perdones. Por el número de beneficiarios, cabe distinguir los generales y los particulares, comprendiendo entre los primeros los universales, los colectivos y los de Viernes Santo, que en realidad eran «la acumulación ocasional en esa fecha de cierto número de

perdones generalmente particulares». Por su alcance, pueden ser perdones totales (indultos *sensu stricto*), y parciales: mitigación de la pena, conmutación por otra o perdón de una de las varias penas impuestas. Finalmente, tenemos perdones simples y perdones condicionales, pudiendo ser la condición el pago de un precio (perdones «al sacar») o el cumplimiento de otra actividad (ir a la guerra, entregar a otro bandido, etc.).

En cuanto a su fundamentación, «el perdón ha sido siempre considerado como atributo exclusivo del trono regio». Ideológicamente, la facultad de perdonar se emparenta con el principio romano «quod principi placuit legis habet vigorem», la idea del Rey-legislador, el origen divino del poder y la soberanía. Con todo, la voluntad soberana no se admitía doctrinalmente sin limitaciones, y de aquí que, si bien discrecional, el perdón haya de fundarse en cada caso en un motivo concreto, aunque éste sea algo tan vago como el «bien público», interpretado además libremente por el mismo Príncipe. En suma, se trata de una limitación meramente teórica, que sólo salva formalmente la cuestión de principio.

b) *Tramitación y requisitos para conceder el perdón.* El perdón podía concederse espontáneamente por el Soberano, pero lo normal era la petición de parte o de otra persona en su nombre, y escrita más que verbal. La legislación establece varios tipos de limitaciones más precisas que el vago principio doctrinal antes aludido; no se pueden perdonar los delitos más graves, como la traición y alevosía, crímenes de lesa majestad, el robo y cualquier otro delito castigado con pena de galeras, la reiteración, etc. Además, se exigía como requisito previo el perdón del ofendido (indispensable en los indultos particulares), reflejado en escritura pública, y también que el perdón no redundara en perjuicio de terceros. El Rey debía tratar el tema en Consejo, y el perdón constaba en un documento formal que llevaba cierto número de firmas y el sello real. Los aranceles eran más bien muy elevados. Pero en todo ello (requisitos previos y concurrentes), podía dispensar el monarca, por lo cual la regla definitiva es que su voluntad era la norma reguladora de cada perdón. La competencia regia no excluía la de otras personalidades, también con facultad de perdonar, e incluso «los jueces pueden prometer perdón para saber la verdad sobre determinado delito».

c) *Efectos del perdón.* «El efecto principal del perdón es eximir de la pena que debía recibir por su delito el reo agraciado», aunque, como ya sabemos, tal eficacia podía limitarse a la liberación de parte de la pena, de una de varias penas, o a la conmutación de un castigo por otro más ligero. El perdón podía restringirse en el momento de la ejecución, e incluso cabía que los jueces ejecutores lo dieran por nulo si en el acto de concesión se habían silenciado alguno de los condicionamientos legales. Por otra parte, el carácter omnímodamente graciable del perdón se refleja también en el hecho de que podía ser revocado sin posibilidad de reclamación. Aparte de que hay asimismo perdones temporales, susceptibles, claro es, de confirmación.

La doctrina atribuía al perdón «tener fuerza y valor de sentencia liberatoria, equiparándose a la excepción de cosa juzgada», pero la profesora

Rodríguez Flores indica dos diferencias: 1) En el cuadro del amplio arbitrio judicial, propio de la época, cabía la posibilidad de imponer una pena arbitraria al reo liberado por el perdón de pena ordinaria corporal. 2) La sentencia absolutoria presupone la inocencia del acusado, en tanto que el perdón representa una confirmación de su culpabilidad. De aquí que el indulto irrogara infamia, aunque también era hacedero que el perdón real expresamente devolviera al perdonado su *status* anterior, tanto en el aspecto de reintegración de la fama (de derecho) y cargos que desempeñaba, como en el aspecto de restitución de sus bienes, lo que no dejaba de plantear delicados problemas jurídicos cuando esos bienes habían sido enajenados por el Fisco, los funcionarios o el denunciador recompensado. De todas formas, y como ya se dijo, la voluntad real era soberana para decidir en cada caso los efectos del perdón.

Nos encontramos ante uno de esos trabajos que suscitan una engañosa sensación de sencillez, motivada quizá por la maduración de su contenido y la amenidad en la exposición, pero esa impresión sería inexacta. Este es un trabajo de primera mano, puesto que prácticamente todo estaba por hacer. La falta de elaboraciones modernas sobre el tema, unida a la abundante consulta de fuentes, demuestra que la labor de la autora ha sido intensa, y que la sistematización ofrecida al lector es el fruto de muchas horas de actividad seria. Un excelente estudio, en suma, que, unido a los pocos anteriores ya citados, ha de crear escuela —esperamos—, para los futuros investigadores de Historia del Derecho penal.

FRANCISCO BUENO ARÚS

SCHIAVANO, G.: «La tutela penale dello stato di filiazione» (La tutela penal del estado de filiación). *Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova*. XLVII. Padova, 1971; 160 págs.

Esta interesante monografía estudia un tema poco trabajado entre los penalistas españoles. Se trata del estado civil como objeto de la tutela jurídica penal. El Código penal italiano, en el título XI de libro II, rubricado con la expresión «Dei delitti contro la famiglia», dedica un capítulo (el III), a los delitos contra el estado de familia. Equivale, en líneas generales, al capítulo I del título XI del libro II de nuestro Código penal relativo a los delitos contra el estado civil de las personas.

El trabajo, dividido en tres grandes capítulos, comienza precisando el concepto civil de *status* y su alcance, cosa para el autor indispensable por entender, con razón, que el Derecho penal no utiliza la expresión *estado civil* de forma distinta a como se entiende en Derecho privado. Tras destacar que el estado civil debe su supervivencia a la tradición romanística y al hecho sociológico de la posición del individuo en el seno del grupo social (Estado y familia), dibuja los rasgos esenciales del concepto de estado civil: posición del individuo en relación a una comunidad organizada de la que es miembro, de la que se deriva una cualidad jurídica del sujeto

que indica sintéticamente un conjunto de derechos. La existencia del estado civil depende de la concurrencia de dos factores. De un lado, un hecho natural, por ejemplo, el nacimiento, y del otro, una valoración jurídica representada por la regulación y protección de la situación jurídica del sujeto. De la diferencia sustancial entre la *situación jurídica* que constituye el *status* y la *relación jurídica* que la genera, se derivan importantes consecuencias. La relación jurídica entre padre e hijo se extingue con la muerte de una de las partes y los derechos a ella inherentes están referidos al otro sujeto de la relación, mientras que el estado civil de hijo legítimo genera una posición autónoma con derechos absolutos valederos *erga omnes* (por ejemplo, el derecho al nombre). Esta autonomía del estado civil determina una protección jurídica del mismo (las acciones de estado), distinta a la de la relación jurídica que le sirvió de base. De ahí que no se pueda hablar de estado civil de socio o de trabajador, ya que la situación del sujeto, posible objeto de tutela, no supera los términos de la propia relación jurídica. El estado civil tiene una tutela jurídica específica que no tienen otras situaciones del individuo, desde las acciones de estado hasta la eficacia especial del título de estado (1) y de la posesión de estado (2).

Del Derecho positivo italiano deduce el autor que los únicos estados reconocidos son el de ciudadanía y el de familia (3).

Tras estas necesarias observaciones iusprivatistas, enfoca el tema desde el lado que afecta a la regulación jurídico penal de los delitos contra el estado de familia. Cuando el Código penal habla de estado civil está utilizando un concepto civil. Se deduce no sólo de la regulación de los delitos contra el estado de familia, sino también del reenvío que el artículo 19 del Código de procedimiento penal hace al juez civil para las cuestiones referentes al estado civil de las personas (4). Dedicó el autor una parte extensa de su monografía al estudio del bien jurídico protegido en los delitos contra el estado de familia. Destaca en primer lugar que no existe un estado de familia como tal, sino sólo determinados estados personales dentro de la familia. Tal afirmación se fundamenta, entre otras, en la razón de que no existe un concepto legal de familia. El ámbito de miembros que forman la

(1) Equivaldría al título de legitimación de nuestro Derecho. Su especial eficacia consiste en que la partida del Registro civil (título de legitimación), basta para probar el estado civil, sin necesidad de acudir a verificar la existencia del hecho en el que tiene su origen, por ejemplo, el nacimiento (título de adquisición). Cfr. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, II, *Derecho de la persona*. Parte primera, *La persona y su estado civil* (Madrid, 1952), pág. 80.

(2) En nuestro Derecho, admite el artículo 135, número 2, del Código civil, utilizar como prueba la filiación natural «la posesión continua del estado de hijo natural».

(3) Nuestra doctrina admite mayor número de casos de estado civil. Vid. por todos, Francisco de A. SANCHO REBULLIDA, en «NEJ», VIII (Barcelona, 1956), voz *Estado civil*, págs. 888 y sigs.; y Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil*, II-I, cit., págs. 74 y sigs.

(4) Disposición similar se encuentra en el artículo 5 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sobre su auténtico sentido y alcance, vid. Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, I (Barcelona, 1947), págs. 232 y sigs.

familia, aunque normalmente se circunscribe a los herederos forzosos, varía según la cuestión de que se trate (impedimentos matrimoniales, derechos sucesorios, arrendamiento de viviendas, etc.). El único criterio que sirve para delimitar de algún modo un concepto de familia en sentido estricto y diferenciarlo de otros grupos de vinculación familiar, es el de la existencia de un interés único colectivo y prevalente que presupone intereses individuales no homogéneos. En defensa de tal interés colectivo operan los institutos de la patria potestad y la autoridad marital con el doble carácter de deberes-poderes, hasta el punto de que su violación permite a los tribunales desposeer al titular para mayor defensa de aquel interés colectivo.

El bien jurídico protegido en los delitos contra el estado de familia es el estado de filiación (5). Sin embargo, no todos los estados civiles de filiación reconocidos por el Derecho privado son objeto de tutela penal, sino sólo los de hijo legítimo y natural reconocido (6).

Estudia por último las cuatro figuras delictivas del Código penal italiano: suposición de estado (art. 566), supresión (art. 566), alteración (art. 567) y ocultación (art. 568), destacando los problemas del sujeto activo, concurso

(5) Pese a que nuestra dictrina igualmente suele circunscribir el bien jurídico protegido por los artículos 468 y 470 al estado de filiación, quizá quepa en nuestro Código mayor amplitud. En efecto, al contrario que en los delitos del Código penal italiano que siempre se refieren a un nacimiento, un recién nacido o un hijo, nuestro artículo 470 no tiene por qué circunscribirse sólo a relaciones de familia cuando se refiere a la usurpación del estado civil de otro. La sentencia de 23 de febrero de 1935 se refiere a una «suplantación de personalidad».

(6) Para Schiavano la situación de hijo adulterino o incestuoso no constituye estado de filiación (pág. 85), porque no son vínculos reconocibles y sólo se deriva de ellos el derecho a una asignación vitalicia en vía sucesoria. La cuestión no está sin embargo clara, al menos en nuestro Derecho. En primer lugar, porque se admite en nuestro Derecho el reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales. A. MARTÍNEZ-RADÍO, *Notas acerca de la filiación ilegítima no natural*, en «Revista de Derecho privado», abril 1957, páginas 373 y sigs., fundamenta la posibilidad del reconocimiento en que no perjudica al hijo y lo admite el artículo 140, número 2, del Código civil. En contra, M. ALBALADEJO GARCÍA, *El reconocimiento de la filiación natural* (Barcelona, 1954), pág. 141. De otro lado, pese a la escasez de derechos de los hijos ilegítimos no naturales, nuestra doctrina civil, quizá por acentuar en el concepto de estado civil la capacidad de obrar del sujeto en mayor medida que el conjunto de derechos que implica, admite el estado civil de hijo ilegítimo no natural. En este sentido, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil*, II-I, cit., pág. 76 y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Estado civil*, cit., página 889. La doctrina penal, por su lado, no excluye la filiación ilegítima no natural en los delitos contra el estado civil de las personas. Vid. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, II, vol. 2 (Barcelona, 1967), pág. 661 y RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.ª ed. (Madrid, 1971), página 228. Pese a todo, la cuestión de si la situación de hijo ilegítimo no natural es o no estado civil, y por tanto, si puede ser o no titular del bien jurídico protegido en los delitos contra el estado civil de las personas, no está clara. El propio De Castro entiende el estado civil de los hijos ilegítimos no naturales «más en sentido negativo que positivo», advirtiendo poco después que «el parentesco en general hace nacer múltiples derechos y deberes..., pero sólo constituye estado civil en el círculo de la familia estricta (herederos forzosos)», *Derecho civil*, II-I, cit., págs. 76-77.

con falsedades y abandono de niños, la naturaleza del delito (de lesión, instantáneo pero con efectos permanentes en cuanto el autor no puede hacer cesar el estado antijurídico del hecho, sólo removible por la actividad administrativa o judicial, pág. 132), la tentativa, la cuestión prejudicial y los problemas de error.

Esta monografía tiene el mérito de haber estudiado frontalmente uno de los conceptos más vagos y controvertidos del Derecho civil, el *status*, con la finalidad de establecer una base sólida de interpretación de las figuras delictivas que tutelan el estado civil. Su interés para nosotros se destaca principalmente por la ausencia en nuestra literatura penal de trabajos específicos sobre el tema.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

SODERMAN, H., y O'CONNELL, J. J.: «Métodos modernos de investigación policíaca». Trad. Fernández Ortiz. México, 1969; 671 págs.

Se divide la obra en treinta capítulos. Los tres primeros están dedicados a cuestiones generales sobre el trabajo de la policía y su organización, recogiendo algunas consideraciones sobre la evolución histórica de ésta. Se marcan unas directrices generales sobre la forma de realizarse los interrogatorios a los presuntos culpables, así como los datos que pueden facilitar los testigos, señalando en cada caso las dificultades con que tropieza. Estos pueden inducir a error, unas veces de forma voluntaria, otras por defecto de apreciación y otras por taras o pérdidas de facultades. Se dedica especial interés, en el interrogatorio de presuntos culpables, al detector de mentiras.

Los dos capítulos siguientes se ocupan de distintos procedimientos para la localización de los delincuentes, así como su identificación. Se emplean diversos elementos, unos de carácter general y otros específicos, de entre los que cabe destacar la fotografía y huellas dactilares. En el capítulo sexto se recoge la forma de poder identificar a personas desaparecidas, ya sea por muerte fortuita o natural, ya aparezcan con el cuerpo intacto, en fase de descomposición, mutilados, etc.

Los capítulos siete a diecisiete están dedicados a la investigación criminal en el lugar del delito. Se establece el procedimiento que se debe seguir desde la iniciación de la inspección ocular hasta el final de la misma. Se detalla la forma de intervenir en las situaciones más frecuentes como en las huellas de los pies y manos, manchas de sangre o esperma, etc.

A partir del capítulo dieciocho la obra está dedicada a investigaciones concretas sobre delitos de mayor gravedad como los homicidios, asaltos, incendios, etc.

Se ocupan los autores de los laboratorios criminológicos, determinando el personal especializado que necesitan, material y trabajo que se puede realizar en la lucha contra la criminalidad. También se dedica un capítulo a los problemas y formas de actuar de la policía uniformada, especialmente en las alteraciones de orden público. Termina la obra con una serie de consideraciones, medios y forma de proteger determinadas instalaciones con-

tra sabotajes, especialmente a fábricas, así como los diversos tipos de sa-
boteadores.

El libro, que es una obra sobre criminalística, es de gran interés para todos los que se ocupan de la lucha contra el delito, en especial jueces, fiscales y policía judicial. Por supuesto que la obra no resuelve el problema de la lucha contra la criminalidad y, salvo algún pequeño detalle, no descubre cosas nuevas en este campo, pero hace una exposición completa de estas cuestiones. No hemos de olvidar que la lucha contra el crimen es extraordinariamente difícil, sobre todo en la identificación de los delincuentes (1). Lo cierto es que la criminalidad aumenta y su realidad, cada vez más grave, parece que puede llegar a provocar un retroceso en el desarrollo industrial. Así se pronuncia la ONU recientemente, tras una serie de conclusiones al informe emitido por 132 países, estimándose que para el año 2000 es probable que la delincuencia haya incrementado en seis veces su volumen actual.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

STRATENWERTH, Günter: «Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat» (Derecho penal, Parte General, I. El delito). Academia Iuris. Lehrbücher der Rechtswissenschaft. Carl Heymann KG, Köln, Berlín, Bonn, München, 1971; 338 págs.

El profesor ordinario de la Universidad del Cantón suizo de Basilea G. STRATENWERTH ha publicado la «primera parte» de su Tratado de Derecho penal, constreñida, según declara el autor en el Prólogo de la misma, a «una exposición de la Parte General del Derecho penal de la República Federal Alemana y limitada a las reglas de la imputación jurídico-penal». Ello no obstante, tal limitación en el objeto no implica, a su juicio, que «la teoría de las sanciones jurídico-penales... sea de menor importancia» que la de las reglas relativas a la imputación jurídico-penal, sino más bien todo lo contrario: precisamente porque la teoría de la pena presenta un peso específico propio y exige en lo que hace referencia a las lecciones de cátedra un tratamiento autónomo, queda reservada para un tomo especial.

La sistemática que, en suma, presenta esta «primera parte» del Tratado de STRATENWERTH, aparece dividida en dos apartados básicos: en primer término, las cuestiones relativas a los fundamentos y naturaleza del Derecho penal —propiamente constitutiva de la *Introducción*—, y, en segundo, la materia propia de la teoría jurídica del delito.

I. Pues bien, al tratar de los principios básicos del Derecho penal, comienza el autor por el estudio de la pena, denunciando, a este respecto, como muy problemática la concepción que de la misma sustentan la teoría

(1) Véase nuestro trabajo *Notas sobre criminalística. Investigación criminal y tratamiento*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», julio-septiembre, 1971.

y la *praxis* como «expiación por el hecho culpable», habida cuenta de que, si a los aspectos religiosos e ideológicos se añaden los derivados de una posición determinista en lo que hace referencia a la necesaria conexión entre pena y culpabilidad, el sentido y finalidad expiatorios de la pena resultan de hecho muy discutibles. Y es que, si evidentemente la culpabilidad exige expiación, a la pena debería asignársele, en consecuencia, la tarea de determinar, cuando ello fuese posible, la necesidad y la medida (el *quantum*) de expiación que debe representar para el culpable. Pero, si tal posibilidad no existe —y, en este punto, STRATENWERTH participa sin ambages del espíritu y de los postulados de una postura claramente determinista—, la teoría de la expiación corre entonces el peligro de ensalzar o, incluso, de transfigurar ideológicamente la dura realidad de la pena. Por el contrario, una simple mirada al campo de ejecución de la pena basta para que, de inmediato, se nos represente la enorme dificultad, por no decir imposibilidad, que existe en creer o esperar que del mero hecho de enclaustrar al reo dentro de los muros de una prisión surgirá en él un auto-reconocimiento de su culpabilidad. Por consiguiente, situar el concepto de pena en el marco de la idea de expiación, es un teorema que en modo alguno se corresponde, en opinión de nuestro autor, con esa realidad viva y compleja que es el hombre.

De otro lado, después de constatar la incuestionabilidad del carácter retributivo de la pena desde el punto de vista práctico —extremo éste que el autor fundamenta históricamente— reafirma, sin embargo, lo enormemente problemática que resulta la exigencia de retribución. En tal sentido, el concepto «retribución» comporta, en cualquier caso, la imposición de un mal que debe representar, al menos *in abstracto*, una compensación por la culpabilidad del autor. Ahora bien, tal y como se ha demostrado, la constatación de la culpabilidad individual es una tarea insoluble; por lo que, si bien es cierto que la retribución se nos aparece desde el prisma práctico como algo absolutamente necesario para la conformación de la pena estatal con vistas a la conservación del orden jurídico, no lo es menos, en cambio, que tal concepto carece de un sentido profundo, habida cuenta de que tanto la propia realidad de la pena como la ejecución de la misma niegan a la sanción penal el carácter retributivo. En consecuencia, tampoco son de esperar de la ejecución de las penas privativas de libertad enseñanzas positivas que puedan derivar de la idea de retribución, ya que los efectos que se deducen de la agravación de las penas, del cumplimiento de las de prisión, etcétera, pueden resumirse perfectamente en esa serie de dificultades reales que se originan al penado en orden a emprender de nuevo su vida normal en sociedad; dificultades que desembocan, en suma, con bastante frecuencia en una imposibilidad material de reinserción social del condenado.

De ahí, pues, que todos estos obstáculos que impiden afirmar el carácter retributivo y expiatorio de la pena deben, a juicio de STRATENWERTH, conducir a un replanteamiento de la problemática inherente a la concepción de la misma, en el sentido de sustituir las concepciones precedentes por una solución radicalmente diversa, de modo que las ideas de culpabilidad y de expiación no sirvan ya, como lo han hecho hasta ahora, de punto de partida de la pena, sino, por el contrario, el punto de arranque venga constituido por unos fines más útiles y más racionalmente concebidos y descritos.

Por otra parte, el dilema que representa la relatividad inherente al principio de culpabilidad (en su alcance de *nulla poena sine culpa*), viene acuñado, según nuestro autor, por la realidad cotidiana de la justicia penal. De ahí, pues, que la relación que haya de establecerse entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral habrá de hacerse tan sólo a un nivel puramente analógico, nunca en un plano de absoluta identidad, por cuanto la distinción entre ambos conceptos de culpabilidad debe ser tajante. Ello no obstante, y, pese a estar en completo acuerdo con esta aserción de STRATENWERTH, no acertamos a comprender cómo el autor refiere más adelante el juicio de culpabilidad a un plano de valoraciones ético-sociales, como tampoco el porqué de su afirmación de que la característica esencial de la pena radica en que ésta consiste en una «reprobación ético-social» hacia el delincuente, a no ser que se trate pura y simplemente del empleo de una terminología vacía de todo contenido.

Acto seguido, estudia nuestro autor la problemática concerniente a las medidas de seguridad, concretamente, la relativa a su justificación y naturaleza. A la luz del Derecho positivo alemán vigente, esencialmente modificado en este punto por la 2.^a Ley de Reforma penal de 1969, señala Stratenwerth el carácter pura y netamente preventivo de las medidas de seguridad, las cuales no comportan un «reproche ético-social», dirigidas como lo están a cubrir necesidades a las que no basta la pena. La idea de no reservar tales medidas al Derecho administrativo y de incorporarlas, en cambio, a las leyes estrictamente penales ha sido desarrollada por vez primera, en opinión del profesor de Basilea, durante el siglo XVIII, concretamente por el penalista germano Ernst Ferdinand KLEIN y por el Derecho territorial general prusiano de 1794. Sin embargo, tal afirmación parece, a mi juicio, muy discutible, tanto en lo que respecta al fondo del problema [habida cuenta de que, a pesar de la alusión concreta que hace KLEIN a los «medios o medidas de seguridad» (*Sicherheitsmittel oder Sicherheitsmaßregel*)] (1),

(1) En este sentido, KLEIN hace uso indistintamente de los dos vocablos, si bien debemos señalar el modernismo ínsito en el término «medida de seguridad», teniendo en cuenta la posterior difusión que ha alcanzado, por cuanto los tratadistas germanos de fines del siglo XVIII y principios del XIX suelen recurrir al empleo del vocablo «medio de seguridad» para referirlo a la caución y a sus distintas clases, según veremos más adelante.

Pues bien, habla KLEIN de *Sicherheitsmaßregel* en *Ueberschreitet der Richer die Gränzen seiner Gewalt, wenn er gegen den, welchen er einstweilen freyspricht, oder auch mit einer Strafe belegt, auf Sicherheitsmaßregeln erkannt?*, en «Archiv des Criminalrechts», I, 2 (1798), págs. 34-36, esp. 35, donde tras afirmar que las «penas extraordinarias» impuestas en caso de una prueba incompleta o insuficiente se recomiendan, porque ellas aseguran la existencia de la comunidad contra personas peligrosas, destaca que en la determinación de la duración de las «medidas de seguridad» el juez debe atender no a la gravedad del delito cometido con anterioridad, sino al peligro real. Siguen a KLEIN en el empleo del vocablo «medidas de seguridad»: MARTIN [*Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Rechts mit besonderer Rücksicht auf das im Jahre 1813 publicirte Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*, 2.^a ed., Heidelberg, 1829, págs. 49, nota 7, y 183-184, lugar en el que subraya la existencia, junto al derecho y deber del Estado de imponer al autor del delito la pena pública, todavía de otro derecho del Estado a imponer en base al mismo delito medidas de seguridad contra el autor para

éstos se concretan para él en una serie de instituciones que, como la caución y sus distintas especies (2), venían configuradas en el Derecho común como

el futuro, remitiéndose en la nota 4 a las previsionses del artículo 176 de la *Constitutio Criminalis Carolina*] y ABEGG [*Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustad a. d. Orla, 1836, págs. 178 y 179].

Por el contrario, el término *Sicherheitsmittel* —a cuyo empleo recurre, asimismo, FEUERBACH [*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland peinlichen Rechts*, 14.^a ed., Giessen, 1847, págs. 800 y 801, §§ 529-533, relativos a los *Sicherungsmittel*]—, es utilizado también por KLEIN en otros estudios sobre el tema [*Verträgt sich der Unterschied zwischen Freiheitsverlust zur Strafe und zur künftigen Sicherheit des Staats, mit der Meinung, daß der Zweck der Strafe die Verhütung künftiger Verbrechen sei?*], en «Archiv des Criminalrechts», I, 2 (1798), págs. 41-43; el mismo: *Darf ein Verbrecher, welcher zur Strafe schon auf eine gewisse Zeit seiner Freiheit beraubt worden, nach ausgestandener Strafe, annoch zur Sicherheit des gemeinen Wesens gefangen gehalten werden?*, *Ibidem*, I, 2 (1798), págs. 37-38; el mismo: *Bemerkungen über den rechtmäßigen Gebrauch der Sicherheitsmittel gegen J. A. Bergk*, *Ibidem*, I, 2 (1798), págs. 88-94; el mismo: *Ueber Strafen, als bloße Sicherheitsmittel des Staats; zur Antwort auf des Herrn Director Klein's Aufforderung, von J. A. Bergk. Nebst einigen vorläufigen Bemerkungen von E. F. Klein*, en «Archiv des Criminalrechts», II, 3 (1800), págs. 144-160], así como también por: Von QUISTORP [*Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts, Erster Theil*, 6.^a ed., Deutschland, 1796, pág. 91], FEUERBACH [loc. cit.], HEFFTER [*Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, 3.^a ed., Halle, 1846, págs. 130 y 131]; J. A. BERGK y, finalmente, Ernst Ludewig EISENHART [*Gekrönte Preisschrift über die Frage: In wie fern läßt sich eine außerordentliche Strafe, welche nicht als bloßer Sicherheitsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen? und wenn dieses nicht möglich ist, welches Mittel kann man an deren Stelle setzen, nur auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen lästige oder hartnäckige Verbrecher und auf der anderen die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkür des Richters zu schützen?*], en «Archiv des Criminalrechts», III, 1 (1800), págs. 65-118; *Ibidem*, III, 2 (1800), págs. 1-62].

(2) La caución, institución del Derecho común que, andando el tiempo, ha servido de base a la forma más avanzada de *Friedensbürgschaft*, cumplía fines de prevención general y especial, de modo parecido al practicado por la institución típicamente inglesa de la «*recognizance*», todavía vigente. Su fundamento y alcance es nítidamente explicado por HEFFTER (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, Halle, 3.^a ed., 1846, págs. 130 y sigs.), cuando afirma que «aunque la seguridad contra un delincuente condenado para el futuro yace ya en la tendencia inherente a la pena legal, es indiscutible que, por un delito en sí mismo considerado o bajo los requisitos de ciertas particularidades del delincuente, pueden justificarse ciertas medidas en evitación de delitos futuros. Su aplicación —prosigue— es siempre dependiente de una prueba judicial. En el Derecho común pertenece a ellas la imposición de la *Urphede* y otras cauciones».

Pues bien, la *Urphede* (*urvéhe*, *urvehéde*, *urféht*, *unfáhde*, *urfehde*, *orfaida* o *urpheda*), en cuanto implicaba la renuncia al ejercicio de la venganza, era, según destaca ROSSHIRT «un singular medio jurídico fundado en el carácter del pueblo y en sus costumbres», por el que el delincuente tenía que prometer bajo juramento hacer una determinada acción o abstenerse de hacerla, particularmente lo último, como, *ad exemplum*, no regresar al territorio del que había sido desterrado, no reincidir en una infracción, no beber alcohol, etc. Cfr. STOKAR, *Verbrechen und Strafen in Schaffhausen vom Mittelalter bis in die Neuzeit*, en «R. P. S.», 5 (1892), esp. 328 y sigs.,

una pena extraordinaria [(*außerordentliche Strafe* = *poena extraordinaria*)] (3); institutos, en suma, que la enorme mayoría de los tratadistas ger-

esp. 379. En cualquier caso, *Urphede* venía a significar la deposición de la *fehde*, es decir, el fin de la *inimicitia* (*Aufhören der Fehde*) por medio de un juramento de paz. Cfr. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgechichte*, I, págs. 22 y 226.

De esta suerte, la infracción o ruptura de las clases diversas de *Urfehde* (*de non ulciscendo* y *de non redeundo*) integraba una figura consuetudinaria de delito, cuyos elementos eran: que una determinada persona haya prometido bajo juramento el renunciar a la venganza a causa de un proceso criminal contra ella incoado o por la pena recaída en el mismo; que, de forma dolosa y con intención de vengarse, pretenda la comisión de alguna acción dirigida a lesionar en su persona o bienes a los individuos que hayan causado su proceso o, en fin, le hayan condenado. La pena correspondiente a tal ruptura de la *Urfehde* (*Urfehdebruch*) era la amputación de los dedos de que se había servido para prestar el juramento; de forma tal que el *crimen fractae urphedae* implica —según destaca MARTIN (*Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Rechts...*, Heidelberg, 1829, págs. 602 y sigs., nota 1)—, una perturbación de la seguridad jurídica y lleva consigo, además, la infracción de la confianza inherente a una caución (*Caution* = *Urfhede*). Digamos, finalmente, que la desaparición de la institución aludida se debe a la dilución de sus elementos dentro del núcleo de otros delitos, como, por ejemplo, el perjurio. Cfr. ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, págs. 597-599; TEMME, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1876, pág. 236; LAUTERBURG, *Die Eidesdelikte, historisch-kritische Studie mit besonderer Beziehung auf das Strafrecht der Schweiz*, Bern, 1836.

(3) Que el problema aparece inextricablemente ligado a la denominada «*poena extraordinaria*», lo demuestra el hecho inequívoco de que la doctrina de la época considera a tales medios de seguridad —de naturaleza esencialmente preventiva—, como especies de la pena extraordinaria. Así, por ejemplo, al tratar del problema concreto de las medidas de seguridad, KLEIN [*Ueberschreitet der Richter die Gränzen seiner Gewalt...*, en «*Archiv des Criminalrechts*», I, 2 (1798), pág. 34], afirma que «las penas extraordinarias impuestas en casos de prueba incompleta o insuficiente se recomiendan, por cuanto ellas aseguran la existencia de la comunidad contra personas peligrosas; por lo que, considero a la pena extraordinaria como una medida de seguridad». (El mismo, *Anmerkungen zu der vorstehenden Preißschrift des Herrn. Prof. Eisenhart*, Ibídem, III, 1 (1800), págs. 111 y sigs.). El problema es, pues, tratado por KLEIN al estudiar los supuestos de aplicación de la denominada pena extraordinaria, opuesta, según él, no sólo a la pena legalmente determinada, sino también a la *pena legalmente arbitraria*. Si bien es cierto que algunos escritores, como QUISTORP (*Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, 1.ª Parte, § 72), suelen estimar perfectamente equiparables *poena ordinaria* y *poena legitima*, de un lado, y *poena extraordinaria* y *poena arbitraria*, de otro —en este sentido, expresa QUISTORP, refiriéndose a la pena extraordinaria: *poena quae legibus non est determinata*—; lo cual no es, tal y como había señalado ya en 1758 KOCH (*Institutionis juris criminalis*, 1.ª ed., § 74 b), que definía a aquella sanción como *poena quae extra ordinem imponitur*, ni mucho menos correcto, como subraya más modernamente GEIB (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, II. System: Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1862, págs. 401 y 402), puesto que solía imponerse, de acuerdo con la *communis opinio* de los escritores antiguos [así, ya en CARPZOV, según constata WÄCHTER (*Lehrbuch des Römisch-Teuschen Strafrechts*, 1.ª Parte, Stuttgart, 1825, págs. 208 y sigs.)], en los supuestos de prueba incompleta o defectuosa y viene comprendida por algunos bajo el nombre «encubierto o disimulado» de medidas de seguridad, las cuales pueden consistir en privación de libertad, incluso de por vida, destierro y no siempre, en opinión de un sector doctrinal, deben ser impuestas por el

manos de finales del siglo XVIII y principios del XIX designan indistintamente a través de los términos «medios o medidas de seguridad», sin que, ello no obstante, tales vocablos posean el contenido y significado técnico-jurídico actuales (4)], como en lo relativo a la opinión del propio KLEIN, por lo demás

juez ordinario (1). Cfr., al respecto, SIEMENS, Georg., *Ueber die ordentliche Strafe und ihre Abweichungen so wie über richterliche Willkür. Mit besonderer Beziehung auf das preussische Kriminalgesetzbuch*, Berlín, 1840 (reimpresión Frankfurt, 1970), págs. 18 y sigs., y 89 y sigs.

Pues bien, para que pueda tener lugar la pena extraordinaria es preciso que falte alguna de las condiciones que se estiman necesarias para la aplicación de la pena determinada legalmente (*poena forensis*); condiciones que pueden sintetizarse en: a) que el delito haya sido consumado y no se haya quedado en mero grado de tentativa; b) que haya sido, además, cometido dolosamente (*vorsätzlich = doloso*) y c) que el dolo malo (*böse Vorsatz*) pueda imputarse como una decisión libre al sujeto. Cfr., en el sentido anteriormente aludido: BEZIN [*Versuch einer Beantwortung der im Archiv des Criminalrechts B. I St. 2. S. 152. stehenden Preißaufgabe*, en «Archiv des Criminalrechts», III, 3 (1800), págs. 50-75], BERGK [*Preißschrift über dieselbe Preisaufgabe von Herrn J. A. Bergk in Leipzig*, Ibidem, III, 3 (1800), págs. 76-136] y, por último, Carl Salomo ZACHARIÄ [*In wie fern läßt eine außerordentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen? und wenn dieses nicht möglich ist, welches Mittel kann man an deren Stelle setzen, um auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern die ohne Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkür des Richters zu schützen?*, Ibidem, III, 4 (1801), págs. 1-59], el cual opina (págs. 27 y sigs.), que una pena extraordinaria puede ser considerada como una clase de caución (*Sicherheits-Leistung = cautio civitati praestita*). Vide *supra*, nota 2.

Ello no implica, sin embargo, confundir el supuesto en que la pena extraordinaria se aplica como una sanción penal propiamente dicha y aquel en que tal especie de penalidad recibe aplicación como un medio o medida de seguridad. Pues, a este respecto, conviene distinguir el diverso fundamento, sentido y finalidad perseguidos por tales medios de seguridad según se apliquen como pena propiamente dicha o, por el contrario, como medidas de seguridad [así, EISENHART, en «Archiv des Criminalrechts», III, 2 (1800), págs. 25 y sigs.; BERGK, Ibidem, III, 3 (1800), págs. 76 y sigs.; KLEIN, E. F. y KLEINSCHROD, Gallus Aloys, *Preißaufgabe*, Ibidem, I, 2 (1798), págs. 152 y sigs., esp. 155]. En tal sentido —declara EISENHART—, cuando se propugna la aplicación a un sospechoso, no de una pena extraordinaria en cuanto tal, sino de un medio de seguridad, es menester determinar cuáles son las diferencias que existen entre ambos. Y es que al fin perseguido por las medidas de seguridad no pertenece, en suma, el que al sospechoso se le imponga un mal con arreglo a sentido, sino, antes bien, el evitar el peligro que yace en la persona del autor para la seguridad de la comunidad, evitando futuros delitos (págs. 25 y 26).

En síntesis, el medio o instrumento empleado es el mismo; lo único que varía es su significado, al ser aquel utilizado para una finalidad diversa; de forma que, tal y como apunta WÄCHTER (*Lehrbuch...*, pág. 210), «no puede admitirse en ningún caso que, a menudo, la *praxis* reconozca en tales supuestos sólo una pena extraordinaria, según pretendían los antiguos». Véase, asimismo, sobre la distinción entre la pena extraordinaria como sanción penal propia y como medida de seguridad: KLEIN, *Anmerkungen zu der vorstehenden Preißschrift...*, en «Archiv des Criminalrechts», III, 2 (1800), págs. 64-72, esp. 67 y sigs.; GEIB, *Lehrbuch...*, II, pág. 402.

(4) Como advierte BEZIN [*Versuch einer Beantwortung der im Archiv des Criminalrechts B. I St. 2. S. 152. stehenden Preißaufgabe*, en «Archiv des Criminalrechts», III, 3 (1800), págs. 50-75], a medida que en la mayoría de

harto insegura y fluctuante (5). Lo cual no equivale, empero, a privar a toda una pléyade de autores germanos —KLEIN, KLEINSCHROD, FEUERBACH, ROSSHIRT, EISENHART, BERGK, MÜLLER, ZACHARIÄ, BEZIN, WÄCHTER, MARTIN, ABEGG

los estados europeos se ha ido aboliendo la tortura, la pena de azótes, la marca del fuego, el destierro, etc., la administración de justicia ha buscado otros medios adecuados sustitutivos de aquellos para la investigación de la verdad, proponiéndose así las medidas de seguridad, que, según hemos podido comprobar, consistían en dar un nuevo significado y alcance a las *poenae extraordinariae*.

Sentada, por consiguiente, la absoluta necesidad de estos nuevos «medios de seguridad», sin ser muy claro el concepto que los autores suelen ofrecer de tales institutos, lo que sí resulta, por el contrario, muy nítida es la diferenciación doctrinal que entre pena y medida se establece, no sin polémica, en torno al pretendido Derecho de seguridad por parte del Estado. En este sentido, frente a la negación que BERGK mantiene acerca de un Derecho de seguridad propio del Estado y fuera de la esfera del Derecho penal —en la traducción que el referido autor hizo del libro de Beccaria al alemán (páginas 269 y sigs.)—, KLEIN opone la existencia del referido Derecho de seguridad del Estado [*Bemerkungen über den rechtmäßigen Gebrauch der Sicherheitsmittel gegen J. A. Bergk*, en «Archiv des Criminalrechts», II, 2 (1799), págs. 88-94, esp. 89, 90 y 91], en base precisamente al derecho de prevención, en el cual se funda tanto la pena como la medida, por lo que el llamado derecho de prevención debe ser claramente distinguido según se le considere en un sentido amplio o en un sentido estricto [anclado en su teoría de la «intimidación psicológica», no comparte esta tesis FEUERBACH, el cual fundamenta la pena como «un medio de seguridad» (*Über die Strafe als Sicherungsmittel vor Künftigen Beleidigungen des Verbrechers, Nebst einer näheren Prüfung der Kleinischen Strafrechtstheorie* (1800), reimpresión Darmstadt, 1970, esp. 112 y sigs. 121 y sigs.)]. Amplio *sensu*, el derecho de prevención se manifiesta en una doble forma: En primer término, porque evita por completo el mal con que se conmina (el delito) antes de que éste tenga lugar. En segundo, porque con o sin amenaza precedente, se impone al infractor un mal cuyo temor puede disuadirle a él y a otros de emprender semejantes intentos. Por consiguiente, si se toman en consideración las dos actuaciones de la autoridad estatal: la amenaza o conminación general de la pena y la ejecución concreta de esta última, puede afirmarse —expresa KLEIN [*Verträgt sich der Unterschied zwischen Freiheitsverlust zu Strafe...*, en «Archiv», I, 2 (1798), págs. 41-43, esp. 42]—, que «la legalidad de la ley penal se funda en el derecho de prevención y la ejecución del mismo se basa en el deber del juez de aplicar la ley». Frente a la precedente opinión generalizada de que el Derecho de seguridad del Estado habría de distinguirse netamente del Derecho penal, y de que una pena rara vez habría de utilizarse como medio de seguridad, salvo en casos excepcionales, se afirma ahora por KLEINSCHROD [*Rechtfertigung der Abichtlichen Kritik der bürgerlichen Strafgerichtsbarkeit gegen die ihr entgegengesetzten Bemerkungen des Herrn. Hofr. und Prof. Kleinschrod in Würzburg; nebst einigen Gegenbemerkungen des Letztern*, Ibidem, II, 2 (1799), págs. 1-44, esp. 25, nota 1], que «no creo que el Derecho a la seguridad sea distinto del Derecho penal, sino que —éste es un tipo de aquél, pues hay diversas clases de medios de seguridad y una clase son las penas—, las penas son también una clase de medios de seguridad». Ahora bien, prosigue el referido autor, «sin embargo, las penas son distintas de aquellos medios de seguridad que no son penas. Todas las penas son medios de seguridad, pero no todos los medios de seguridad son penas» (pág. 25, nota 1).

La *communis opinio* coincide, pues, en afirmar la diversa entidad de la pena y de la medida de seguridad; pues «la limitación de la libertad que se sufre como pena es una cosa completamente distinta de aquella otra que se

y HEFFTER—, del mérito innegable de pretender dar una nueva configuración doctrinal y, por ende, más legalista —tratándose, por cierto, de institutos

sufre como medio de seguridad. En el primer caso, la privación de la libertad es un mal, cuyo temor debe contrarrestar la tentación al delito; y ella debe imponerse aunque de la libertad del delincuente no pueda esperarse un nuevo mal. En consecuencia, él no puede ser liberado bajo caución de la prisión impuesta como pena». «Otra cosa sucede en el segundo caso. La privación de la libertad que ahora recae, se refiere al peligro futuro y desaparece, por tanto, al mismo tiempo que éste... No existe, pues, fundamento por el que a la privación temporal de libertad determinada como pena no pueda seguir otra que tenga únicamente como fin la seguridad futura del Estado». Cfr. KLEIN, E. F., *Darf ein Verbrecher...*, en «Archiv des Criminalrechts», I, 2 (1798), págs. 37-38, esp. 38.

Basadas, por consiguientes, pena y medida de seguridad en el derecho de prevención, «la privación de la libertad no debe ser para el delincuente —tratándose de una medida de seguridad— una pena, ni debe aquél ser considerado como un delincuente normal...», constata KLEIN [*Bemerkungen...*, *Ibidem*, II, 2 (1799), págs. 88-94, esp. 89, 90], pues, «según mi teoría, prosigue el mismo autor, los medios de seguridad han de distinguirse de las penas, no sólo en la intención, sino también en el efecto, porque éstas se consideran según la peligrosidad de la infracción legal ya acaecida, mientras que los primeros se determinan según el peligro que ha de esperarse en el futuro por parte del delincuente». Cfr. *Ueber Strafen, als bloße Sicherheitsmittel des Staats; zur Antwort auf des Herrn. Director Klein's Aufforderung, von J. A. Bergk. Nebst einigen vorläufigen Bemerkungen von E. F. Klein*, *Ibidem*, II, 3 (1800), págs. 144-160, esp. 156.

En idénticas coordenadas incide EISENHART [*Gekrönte Preißschrift...*, *Ibidem*, III, 1 (1800), págs. 65-118; III, 2 (1800), págs. 1-63, esp. 26 y sigs.], al destacar que «no pertenece al fin de las medidas de seguridad el que al sospechoso se le imponga un mal con sentido, sino el evitar el peligro que yace en la persona del sospechoso para la seguridad comunitaria evitando futuros delitos». Distinción que, finalmente, aparece asimismo en la aguda diferenciación que KLEIN establece entre los conceptos de *peligrosidad objetiva y subjetiva*, habida cuenta de la absoluta necesidad en distinguir con exactitud el sentido con que se utilizan esos términos. Así, cuando se toma en consideración al sujeto de la acción y se le declara peligroso, esta peligrosidad debe yacer en la acción, si se trata de imponerle la pena; pero cuando la peligrosidad yace en su astucia, pobreza o indigencia, etc., tal peligrosidad debe considerarse al efecto de determinar las medidas de seguridad, pero no de la pena propiamente dicha. Cfr. KLEIN, E. F., *Vom dem Unterschiede der subjectiven und objectiven Gefährlichkeit des Verbrechens und des Verbrechers*, *Ibidem*, II, 4 (1800), págs. 149-159.

Por último, la problemática consustancial a las modernas medidas de seguridad (presupuestos de aplicación, duración del internamiento, etc.), aparece ya tratada en la época a la que ahora hacemos referencia. En tal dirección, EISENHART, por todos, enuncia la absoluta necesidad de determinar con exactitud las condiciones bajo las cuales puede tener lugar un medio de seguridad contra un sospechoso, las cuales son: concreción del *corpus delicti*; que se trate de un delito de peligro contra la seguridad de la existencia de la comunidad; y que el sospechoso se represente, a causa de la investigación judicial, como persona que entrañe peligro de repetición de delitos. Cfr. EISENHART, Ernst Ludwig, *Gekrönte Preißschrift...*, *Ibidem*, III, 2 (1800), págs. 34 y sigs. En torno al problema de si tales medidas pueden imponerse a un sospechoso, véase GESTERDING, *Von Strafe und Sicherheitsmassregeln bei bloßem Verdacht*, en «Neues Archiv des Criminalrechts», XVII (1824), págs. 581-595.

(5) La rotunda afirmación que el profesor STRATENWERTH hace en el sentido de que a Ernst Ferdinand KLEIN se debe el mérito de reivindicar las

típicamente judiciales—, a la vez que un nuevo desarrollo, a instituciones que, pese a servir una finalidad idéntica a la que desde antiguo habían cumplido —como *medios de seguridad*—, no desaparecieron, de este modo, en medio del arrollador movimiento legalista informador, sobre todo, de la primera mitad del siglo XIX. Mas de ahí a afirmar que cuando, por ejemplo, KLEIN y KLEINSCHROD hablan de las medidas de seguridad lo hacen dando a estos «medios» idéntico significado y alcance que, por ejemplo, el Anteproyecto de Código penal suizo de Carl Stooss (1893), va un abismo insondable; si bien debe quedar en claro que la problemática estrictamente jurídico-penal que tales instituciones suscitaron a nivel doctrinal en aquel momento y lugar es, ciertamente, muy similar, por no decir casi idéntica, a la que actualmente plantean el fundamento y justificación de las medidas de seguridad.

medidas de seguridad para el ámbito del Derecho penal y su exclusión consiguiente de la esfera propia del Derecho administrativo, no parece, empero, suscribirla WÄCHTER, el cual sostiene en su *Lehrbuch...*, pág. 209, que «según la opinión de algunos, *no siempre* deben (las medidas de seguridad) ser impuestas por el juez ordinario», y cita, en tal sentido, a KLEIN, en su edición de los *Grundsätze* de Von QUISTORP, t. I, pág. 120; al igual que tampoco parece abonarla el estudio de KLEIN publicado en «Archiv des Criminalrechts», III, 2 (1800), págs. 64 y sigs. Así pues, esta contradicción merece, a mi juicio, ser aclarada.

Ciertamente, KLEIN [*Ueberschreitet der Richter die Grenzen seiner Gewalt...*, en «Archiv des Criminalrechts», I, 2 (1798), págs. 34-36, esp. 35 y 36], sostiene inicialmente que la imposición de las medidas de seguridad debe competir al juez penal, «pues —expresa literalmente— sería muy peligroso para la libertad ciudadana conceder tal facultad o derecho al señor del territorio o a la autoridad policial». Ello no obstante, nuestro autor deja abierta una puerta a la confusión, cuando en el mismo lugar expresa que «puede parecer de ahí que el juez en la determinación de las medidas de seguridad ataca a los servidores de la policía en su oficio...; de donde se plantea la posibilidad de si a menudo será necesario que el juez determine los límites externos de la autoridad territorial o de la policía» (Ibídem, pág. 36). Posteriormente, KLEIN apunta en otro trabajo [*Anmerkungen zu der vorstehenden Preißschrift des Hrn. Prof. Eisenhart*, Ibídem, III, 2 (1800), págs. 64-72, esp. 67 y 68]: «No se me oculta, sin embargo, el peligro que necesariamente tiene que existir cuando la facultad de adoptar medidas de seguridad se entrega al arbitrio de la autoridad policial», en contra de la opinión de muchos autores que sostienen la competencia en tal materia de esta última. Pues, si bien es cierto que la policía suele actuar respetando el Derecho, lo hace también con arreglo a otra máxima, por cuanto considera antes el bien del Estado que la legalidad pura; mientras que, por el contrario, aquellos que suelen estar en contacto más próximo con la administración de justicia suelen respetar más los derechos del individuo, aparte de la preeminente y favorabilísima posición que el juez ocupa —al estar ya en antecedentes del caso durante el curso del proceso—, en orden a determinar la necesidad de la adopción en el caso concreto de medidas de seguridad. Postura que KLEIN reafirma pero confunde a la vez, al constatar expresamente: «según mi teoría, es *también* al juez a quien compete esta facultad, porque yo presupongo que las medidas de seguridad consideradas necesarias deben privar al ciudadano de su libertad solamente cuando es cierto que él, por su propia culpa, ha impulsado al Estado a dar este paso» (pág. 68).

Ello no obstante, la claridad de la posición dualista mantenida por KLEIN resulta sobre todo de su contestación al estudio de EISENHART, oponiéndose

Pues bien, tras declarar que el tema del fundamento y justificación de las medidas de seguridad que exceden la esfera de la culpabilidad prejuzga de por sí la cuestión de la naturaleza de tales instituciones, estima STRATENWERTH insuficiente la idea de prevención especial para legitimar un ataque tan profundo en la libertad del delincuente como, de hecho, lo es el internamiento; de idéntico modo que tampoco pueden tales medidas responder a necesidades de prevención general, por cuanto el mero peligro de la reincidencia no puede en ningún caso servir como base para estatuir «un ejemplo en el autor». Se necesita, en suma, otra justificación que sobrepase las necesidades puramente preventivas cuando estemos ante medidas que exceden el marco de la culpabilidad jurídico-penal; y una justificación de esa índole ha de buscarse, sobre todo —en opinión del autor—, en la idea de que la libertad externa del autor debe venir limitada en la medida en que él acuse una carencia de libertad interna, espiritual (WELZEL). En este sentido,

a la postura mantenida por éste en el sentido de que basta para la imposición de tal medida que el acusado haya sido arrestado, mientras el autor arriba mencionado sostiene la necesidad de una culpabilidad, pues «aunque podría argüirse que, desde el momento en que el sospechoso es arrestado pierde ya su libertad y que el Estado podría entonces retener su persona..., nadie debe ser puesto en una situación tal sin culpabilidad» [KLEIN, *Anmerkungen...*, *Ibidem*, pág. 69].

En síntesis, como el propio EISENHART observa [*Gekrönte Preißchrift über die Frage...*, *Ibidem*, III, 1 (1800), págs. 65-118; III, 2 (1800), pág. 63, esp. 30-32], «según la naturaleza de las cosas, la facultad de imponerlas compete a la autoridad policial, como admite el propio Klein. Pero, tratándose de imponerlas a un sospechoso, tal facultad pertenece al juez penal, según la naturaleza de las cosas, pues este derecho de la policía ha de unirse con el de la autoridad criminal». Así, pues, la opinión de KLEIN varía según el supuesto de que se trate; no obsta, en suma a la viabilidad de la competencia a la autoridad policial en esta materia, si bien suscita sus reservas de forma tan coherente que incluso EISENHART (*Gekrönte Preißchrift über die Frage...*, *Ibidem*, pág. 30), le sitúa, a efectos sistemáticos, entre los autores que «afirman que esta facultad compete al juez penal, ya que el juez conoce de la acusación en la prisión preventiva y, en caso de no imponerse tales medidas, sería el juez el que habría de optar por la absolución, si la existencia de la comunidad estuviese fuera de peligro».

Por último, la compatibilidad de la autoridad penal y policial aparece compartida por KLEINSCHROD, LEYSER, STRUBEN, FEUERBACH (*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, Erfurt, 1799, págs. 334 y sigs., nota), HEFFTER (*Lehrbuch...*, págs. 130-131) y, particularmente, MARTIN (*Lehrbuch...*, págs. 631-632), el cual distingue expresamente entre medidas policiales y penales.

En contra, KONOPAK, con referencia al artículo 179 de la *Constitutio Criminalis Carolina*, sustenta una opinión diversa en sentido monista, al afirmar en base a la preceptiva mencionada, que no existiendo prueba cierta o completa [*indicia ad probationem indubitata et luce clariora*] acerca de la acción ilegal constitutiva de delito, no es en modo alguno preciso entregar en tal caso el inculpaado a la autoridad policial, a la cual no compete decidir si y qué medida de seguridad debe aplicársele en tal circunstancia, sino que el tribunal penal puede y debe declarar la disposición requerida al efecto. Cfr. KONOPAK, *Ueber den Künstlichen Beweis in peinlichen Straffällen*, en «*Neues Archiv des Criminalrechts*», III (1819), págs. 494-502, esp. 500 y 501. Cfr. ampliamente acerca de tan interesante problema: ELDER, P. L., *Dissertatio de sententia in eum, qui criminis non nisi suspectus sit, ferenda*, Heidelberg, 1820, § 4, pág. 15.

el fundamento habría de verse en el hecho de que la incapacidad de adoptar un comportamiento o formas de conducta responsables es precisamente lo que determina la admisión de las medidas de seguridad o de reforma en cuanto medio de protección de la comunidad. Mas, a juicio del profesor de Basilea, una argumentación de esta índole presenta siempre un valor limitado, al venir pensada única y exclusivamente para los inimputables y semi-imputables. En todos los casos restantes, sin embargo, tal argumento supondría la inadmisión de medidas de esa naturaleza. Con lo cual se pone, pues, de relieve la insuficiencia insita en la referida opinión, particularmente en los supuestos de pronóstico de reincidencia, en los cuales la vida penal anterior del delincuente muestra, en todo caso, que el autor no ha sabido hacer un uso correcto de su libertad, pero de ningún modo que se trate de un *incapaz*. De suerte que en lo que a su capacidad de acción respecta, únicamente es posible emitir un juicio de probabilidad, pero la referencia a su libertad interna no nos conduce a aceptar con seguridad absoluta que en el futuro habrá de esperarse de él la comisión de nuevos delitos.

De ahí, pues, que las medidas de seguridad jurídico-penales que exceden el ámbito de la culpabilidad únicamente pueden venir basadas desde el prisma del *interés común preponderante* en la evitación de futuros delitos. Por consiguiente, en presencia de un autor completamente responsable no existe, a juicio de Strateswerth, otra justificación posible; aunque, a decir verdad, con ello no se ha sancionado, ni mucho menos, toda necesidad de prevención, ni toda suerte de medidas, puesto que el interés en evitar el delito no integra una variable segura, fija, sino que, antes bien, depende en cualquier caso tanto de la gravedad de los delitos como del grado de probabilidad con que ellos se cometan.

En síntesis, sólo cuando el interés común en el caso individual y en referencia al ataque a la libertad concreta revista una entidad importancia mayor que el interés individual lesionado en potencia, puede afirmarse la admisibilidad de las medidas de seguridad, tal y como declara el § 2, II, del Proyecto Alternativo del Código penal. Por tanto, la debatida cuestión de las relaciones entre penas y medidas de seguridad se concreta en que ambas han de venir motivadas por exigencias político-criminales, si bien precisan todavía de otra justificación: mientras la pena, en cuanto implica una reprobación ético-social, presupone siempre la existencia de la culpabilidad, las medidas de seguridad y de reforma exigen, por el contrario, la presencia de un *interés común preponderante*.

De otro lado, la decisión que se adopte en torno al fundamento y justificación de las medidas prejuzga de por sí, al mismo tiempo, el problema de si se trata de medios de coacción de naturaleza puramente administrativa, pero asignados al juez penal únicamente en consideración a la finalidad por ellos perseguida y a la idea de seguridad jurídica, o de si, además, tales medidas cumplen tareas de carácter específicamente penal. Que no implican un juicio moral o ético-social negativo —como es el caso de la pena— lo demuestra, según STRATENWERTH, el hecho de que la misión de prevenir el delito no es en modo alguno monopolio del Derecho penal, sino una tarea que ha de cumplirse juntamente con las medidas de prevención y de policía preventiva. De ahí que las medidas de seguridad sean actos administrativos.

Y el hecho de que el juez de lo penal haya de pronunciarse sobre ellas es algo que obedece al papel que desempeña y representa el juez independiente dentro de un sistema político; cumpliéndose, asimismo, con ello una exigencia propia del alto nivel de seguridad jurídica latente en el Estado de Derecho. Sin embargo, con arreglo al Derecho alemán vigente, las medidas de seguridad presuponen siempre que el afectado haya cometido un hecho conminado con una pena, por lo que la mera proclividad al delito que no aparezca insita en un hecho delictivo no basta por sí sola para la imposición de tales medidas, a pesar de que tal predisposición haya sido ya constatada durante el correspondiente proceso penal; extremo este último que, reconoce nuestro autor, podría hablar en contra del carácter administrativo de la medida. En consecuencia, si las medidas quedan, al igual que la pena, vinculadas inexorablemente a un delito, coincide, en definitiva, el fundamento de todas las sanciones penales. Si bien es, empero, en los particulares presupuestos de la culpabilidad, de un lado, y en la necesidad de prevención preponderante, de otro, por donde la pena y medida toman caminos distintos.

Por último, la *Introducción* concluye con sendos apartados en los que, en primer término, se examina la problemática inherente a la función desempeñada por el Derecho penal, cuya esfera de actuación viene determinada no sólo por la finalidad de evitar el delito —tarea ésta que, a juicio de STRATENWERTH, no es exclusiva de nuestra disciplina («... ist die Verbrechensverhütung kein Reservat des Strafrechts») —, sino también y sobre todo, porque únicamente al Derecho penal se le concede el medio coactivo de la pena, cuya característica esencial estriba en «la reprobación ético-social de la conducta penalizada»; de donde se deriva el que nuestra disciplina ha de proteger solamente normas jurídicas que se correspondan con una norma ético-social, de tal modo que «en sentido penal sólo puede ser delito lo que ya la ética social condena decididamente».

Sin embargo, tal y como hemos apuntado con anterioridad, la generalización con que el elemento ético o moral aparece inserto en el concepto, primero de sanción penal y, luego, en el concepto filosófico-jurídico que el autor esboza del delito —en tanto conducta desaprobada por las normas ético-sociales—, no parece acorde en forma alguna con la posición pseudo-determinista que el propio STRATENWERTH mantiene en el inicio de la *Introducción*. Ello, aparte de que el dar a la pena una coloración moral es algo que, a mi juicio, resulta hartamente peligroso, a la vez que no se corresponde —al menos, no como regla general—, con la propia realidad, habida cuenta de la disparidad de juicios y creencias morales existentes en la plural comunidad moderna, por un lado, y, por otro, la propia historia política de los pueblos y la moderna realidad de la administración de justicia ponen de relieve que la pena no tiene por qué ser una desaprobación con arreglo a pautas ético-sociales, como tampoco —y así sucede muy a menudo— tiene por qué serlo el delito. El recurrir, pues, con tanta frecuencia como hace la doctrina penal alemana a una moral social o colectiva compacta como punto de referencia para verificar valoraciones estrictamente jurídicas, particularmente en un campo tan extremadamente delicado como es el penal, es algo que, en mi opinión, está en franca contradicción con el Estado liberal, además de no corresponder a «la naturaleza de las cosas»...

Que el delito sea, en cualquier caso, un mal social que haya de extirparse en aras de la propia conservación de la comunidad es algo que está fuera de toda duda, y que, en absoluto, precisa de referencias o justificaciones morales, las cuales, según ponen de relieve las especulaciones filosóficas de un jurista conservador, como el norteamericano FULLER (6), y de otro neo-positivista, como el eminente iusfilósofo inglés H. L. A. HART (7), conducirían a un conflicto insoluble entre juicios morales contradictorios y, en suma, a la tesis de la culpabilidad en la cabeza de todos. *Confundir la moralidad de la ley* —en su plano de operabilidad— con la *moral social*, es algo que casi siempre no responde a la realidad. Numerosos ejemplos dan fe de esta constatación. Piénsese que la norma social actual de nuestro país no sólo autoriza sino que plasma en regla usual de conducta el empleo de anticonceptivos, como las prostaglandinas, y, sin embargo, nuestro Código penal castiga la expendición de tales productos, así como su empleo. ¿Puede en tal supuesto afirmarse la identidad entre la moral social y moralidad de la ley? Sinceramente creemos que no. Lo que no impide, empero, que, en otras hipótesis legales, el legislador se haya vinculado al confeccionar el precepto a las estructuras particulares de la moral social. Pero el ejemplo más plástico salta a la vista, cuando se contemplan situaciones conflictivas entre la moral individual y la moral social supuestamente incorporada a las normas jurídicas que integran un ordenamiento. Así, al objetor de conciencia que se niegue —por fidelidad a los principios informadores de su moral individual— a prestar el servicio de armas, exigido como un deber social, podrá reprochársele su conducta desde el prisma de la moral social —mejor, desde el punto de vista de las exigencias sociales plasmadas en la norma jurídica imperativa—, pero nunca, en cambio, con arreglo a las pautas de valoración de su moral particular. A *sensu contrario*, si el objetor de conciencia se aviene finalmente a prestar el servicio militar, su comportamiento externo se acomodará entonces a la moral social, pero, en cambio, transgredirá *moralmente* los principios que informan su ética individual.

Finalmente, tras estudiar las relaciones del Derecho penal con otras disciplinas, entra el autor en el examen de las fuentes y del ámbito de vigencia de la ley penal, lugar donde STRATENWERTH acude como origen del principio de legalidad a textos romanos de Cicerón, adhiriéndose de este modo a una opinión doctrinal minoritaria compartida, entre otros, por autores como el norteamericano Jerome HALL, en sus *General Principles of Criminal Law*, 2.^a

(6) FULLER, LON L., *Morals and the Criminal Law*, en «J. Crim. L. C. & P. S.», 32 (1942), pág. 624; el mismo, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London, 2.^a ed., 1969, págs. 33 y sigs., 180 y sigs., 200 y sigs.

(7) HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford Clarendon Press, 1961, págs. 181 y sigs., 199 y sigs.; El mismo, *Postscript: Responsibility and Retribution*, en *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968, págs. 211 y sigs., esp. 222 y sigs. Un análisis sintético-crítico de las posturas (conservadora, de FULLER y (neo-positivista, pero moderada) de HART puede verse en KING, B. E., *The Concept, the Idea, and the Morality of Law. An Essay in Jurisprudence*, en «The Cambridge Law Journal», 1966, págs. 106 y sigs.

edición, Indianápolis, 1960, página 29, nota 10, si bien remitiéndose el último a textos no meramente filosóficos o doctrinales, sino legales.

II. La segunda parte del Tratado de STRATENWERTH viene dedicada exclusivamente al estudio de la teoría jurídica del delito —es decir, al examen de las reglas de imputación jurídico-penal—, lugar donde, siguiendo las secuelas sistemáticas derivadas de la doctrina finalista, opta por tratar separadamente, habida cuenta de la diversa estructura jurídico-penal que para el finalismo presentan, los delitos dolosos y culposos, los de acción y los de omisión, no sin dedicar antes sendos capítulos al concepto de la acción, del tipo, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y, en suma, de los restantes presupuestos de la punibilidad.

Así, en lo que respecta al concepto de la acción humana relevante para el Derecho penal, destaca el autor las dos dimensiones que tal elemento básico encierra: de un lado, en cuanto afecta a la estructura ontológica del comportamiento humano mismo, punto éste en el que parece existir unanimidad doctrinal; y, de otro, en lo que hace referencia a la ordenación sistemática del concepto de acción dentro de la teoría jurídica del delito, donde, por cierto, el discípulo de Hans WELZEL reconoce la existencia de una grave polémica a nivel doctrinal, pudiendo, en este sentido, suscribirse, a mi juicio, sin ningún reparo las palabras de WIETHÖLTER, cuando expresa que a causa de la absoluta falta de claridad que campea en las definiciones que se esgrimen sobre la acción, «el estado de opinión es tan complejo, por no decir confuso, que es difícil para el que está fuera no perderse en esta torre de Babel idiomática» (8).

Tras examinar el concepto causal o naturalístico de acción (LISZT, BELLING, RADBRUCH), rechazado en la actualidad por la teoría dominante en Alemania Federal, el discípulo de WELZEL entra en el estudio detallado del concepto de acción final, que comparte decididamente, pero no sin alguna reserva en cuanto a aceptarlo como un concepto general («*Oberbegriff*»), comprensivo de todo tipo de conducta humana. Aunque, a decir verdad, reconoce que, tratándose de conductas que deben ser relevantes desde el prisma jurídico-penal, ha de existir cuando menos la posibilidad de que ellas estén influidas por el actuar final, de modo que, cuando falte esta posibilidad, carecerá de sentido entonces dirigir contra ellas un reproche ético-social. Es, pues, en este extremo donde, a juicio de STRATENWERTH, subyace el punto cardinal del concepto finalista de la acción.

Empleando *ad pedem litterae* la definición que del concepto de acción final expresara en 1964 el austríaco PLATZGUMMER —coincidente en lo esencial con la del fundador de la doctrina finalista, Hans WELZEL—, rechaza STRATENWERTH las críticas que a la teoría finalista dirigieran MEZGER y LEFFERENZ en el sentido de que implica una construcción excesivamente racionalista y, por ende, ajena por completo a la realidad. Críticas que, según nuestro autor, únicamente podrían aceptarse si en la descripción de la finalidad se sitúa como base la falsa alternativa entre la conciencia actual

(8) WIETHÖLTER, Rudolf: *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, Karlsruhe, 1960, pág. 2.

y el saber potencial, en el sentido de que no basta el saber potencial, sino que, en cualquier caso, deberá existir siempre una conciencia actual. Así, frente a tal alternativa existe una tercera posibilidad apuntada precisamente por PLATZGUMMER: la existencia de una especie de conciencia o conocimiento *ad latere* (*co-consciencia*), que existe siempre como un conocimiento añadido permanente que no siempre está de forma continuada ante los propios ojos del que actúa, pero sí permanece a su disposición en toda experiencia inmediata presente. Es decir, para que pueda afirmarse la existencia del dolo no es preciso, por ejemplo, tener conciencia de ciertos elementos del tipo, sino que basta una *co-consciencia* (*Mitbewußtsein*). Lo co-consciente es algo que, como tal, no es consciente, ni atendido explícitamente, pero acompaña al sujeto y está a su disposición, de forma que, cuando éste experimenta vivencias inmediatas no necesita para conocer, responder, etc., esfuerzos memorísticos, sino que, antes bien, surge de inmediato el contenido de lo co-consciente, esto es, la *co-consciencia*, sin necesidad de reflexionar ni del fenómeno psicológico del recuerdo. Por ejemplo, el autor que seduce a una muchacha de quince años no estará pensando *continuamente* en la edad de ésta, por cuanto tal edad —cuando ya es conocida de antemano por el autor—, tiene que ser para él algo natural, obligado, en suma, algo que se da por supuesto. También el que hurta una maleta en una estación del ferrocarril, quizá, a causa de su excitación, no se represente en ese preciso momento que lleva a cabo su actuación en una estación y que un hurto así ejecutado es especialmente reprobable. Pero ello no impide que pueda decirse que él ha abarcado con el dolo la circunstancia de hallarse en una estación. De modo idéntico, el funcionario que malversa puede no pensar, en el momento de realizar la acción delictiva, en esa especial cualidad personal que recae sobre su persona, pero no por ello podrá alegar que ha actuado sin dolo respecto a su cualidad de funcionario. Y es que, en opinión de PLATZGUMMER, las exigencias que la concepción dominante requiere para el dolo son exageradas, ya que «si quisiera hacerse depender realmente la admisión del dolo de que el autor piense cada vez en todas las circunstancias fácticas del tipo delictivo, muchísimos hechos tendrían que ser excluidos de los delitos dolosos. En cambio, la co-consciencia como fenómeno y vivencia psicológica abre la puerta a una posición intermedia entre aquéllas dos (la que exige conciencia actual y la que requiere conciencia potencial) (9). Ello no obstante, a pesar de tan sugerente alternativa, el excesivo psicologismo de la fórmula no puede ser ocultado.

Seguidamente, examina el autor las formas básicas del hecho delictivo (acción y omisión), caracterizando este último supuesto cuando se

(9) La sugerente tesis de PLATZGUMMER (expuesta en *Die Bewußtsein des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Wien, 1964, págs. 91 y sigs., esp. 83 y sigs.), aparece por vez primera, somera, pero magníficamente expuesta por el profesor GIMBERNAT ORDEIG, *¿Cuándo se conoce la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código penal?*, en «Revista de Derecho de la Circulación», núm. 1, 1969, págs. 1 y sigs., esp. 14 y 15 lugar donde traslada el vocablo germánico *Mitbewußtsein* al castellano *co-consciencia*.

trata de una determinada acción, de un acto concreto, cuya omisión por parte del autor, vinculado por un deber precedente, produce el delito. Asimismo, al tratar de la distinción entre los delitos dolosos y los culposos desde el prisma de la acción final, reconoce STRATENWERTH que, en el último caso contemplado, el nexo causal entre la acción y el resultado no viene cubierto por la estructura final de la acción, sino que, por el contrario, se limita a ser un puro nexo causal: aunque, al fin y a la postre, apunta que en los delitos de acción cometidos culposamente, la finalidad desempeña un doble papel: como *finalidad potencial* (en la valoración jurídica, es decir, en la formulación del deber objetivo de cuidado en el caso concreto), y como *finalidad real* (en el objeto de la valoración, a saber, en la acción aceptada respectivamente).

En síntesis, después de admitir que, desde el aspecto puramente ontológico de la acción, parece existir unanimidad en la doctrina acerca del reconocimiento de la estructura final del actuar humano, opone, sin embargo, que queda todavía en tela de juicio si y en qué forma el concepto de acción específicamente jurídico ha de incluir esa finalidad. Así, una parte de la doctrina ve la función del concepto de acción jurídico-penal en comprender todo tipo de conducta humana relevante para el Derecho penal, y ello sólo es posible cuando tal concepto abarca un *minimum* común a todas las formas de comportamiento que se cuestionen. En este sentido, «el concepto de acción final no puede —señala STRATENWERTH— cumplir esta función», porque obliga a la distinción previa de varias formas de delito, de suerte que no puede fundamentar un concepto unitario de delito, extremo que ya había puesto de relieve la crítica que ENGISCH dirigiera en 1944 a la doctrina de WELZEL (10). Ahí radica precisamente el que la teoría causal haya seguido reclutando adeptos, por prestarse mejor para fundamentar un concepto de acción genérico, unitario. En esa dirección, utilizan este punto de partida los autores que han optado por un concepto social de acción (SCHMIDT, ENGISCH, MAIHOFER), lo cual les permite incluir en un concepto o tipo genérico de acción tanto a los delitos dolosos como a los culposos. Ello no obstante, no debe olvidarse que, al final, tales intentos, excesivamente preocupados por caracterizar de un modo común y uniforme las generalidades de todo comportamiento relevante jurídico-penalmente, se han visto obligados a renunciar a caracterizar *in concreto* las diversas relaciones entre la acción y el resultado en las distintas formas de delito, punto crítico en el que STRATENWERTH acierta plenamente.

Acto seguido y antes de entrar en el examen del tipo de los delitos dolosos y del de los delitos culposos, estudia el discípulo de Welzel el concepto general del tipo, que, históricamente, reconduce al concepto de *corpus delicti* empleado por los post-glosadores, citando a FARINACIUS como el primero que ha hecho uso del término (11), y sin que, durante el siglo XVIII y casi

(10) ENGISCH, Karl, *Der finale Handlungsbegriff*, en *Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Kohlrausch*, Berlín, 1944, págs. 141-179, especialmente 153 y sigs.

(11) La remisión a Prosper Farinacius († 1618) como el primer autor que ha empleado la expresión «*corpus delicti*» para aludir a la forma de aparición externa del delito, se ha convertido en un lugar común en la doctrina penal alemana del siglo XIX, desde que Heinrich LUDEN (en sus *Abhandlungen*

todo el XIX, haya significado tal concepto (*Thatbestand*) otra cosa que el conjunto o generalidad de los elementos del delito, aunque deban reconocerse, ciertamente, algunas diferencias doctrinales, por cuanto algunos autores ponen el acento en el aspecto objetivo, mientras que otros lo hacen

aus dem Strafrecht, t. II. Über den Thatbestand des Verbrechen nach gemeinen deutschen Rechte, Göttingen, 1840, pág. 40, nota 1), así lo señalara por vez primera. Es, pues, frecuente encontrar en los tratadistas germanos de fines del siglo XVIII y primer tercio del XIX la referencia a FARINACIUS, *Praxis et theoricæ criminalis opera omnia*, 1581, qu. 1, n. 6: »*Primum inquisitionem requisitum est probatio corporis delicti...*»; y qu. 2, n. 1 ss.: »*Inquisitionem non posse contra aliquem formari, nisi constet de corpore delicti, dixi supra...*». En tal sentido, véanse, *ad exemplum*, GEIB, *Lehrbuch...*, II, pág. 193; SCHAPER, *Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechen*, en *Holtendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts*, II. *Die allgemeinen Lehren*, Berlín, 1871, págs. 87 y sigs., esp. 109.

Ciertamente la influencia de los juristas italianos es innegable en este punto, pero tal influjo no trasciende del aspecto meramente gramatical, tal y como hace notar agudamente BIRNBAUM; lo cual puede constatarse, por ejemplo, en FEUERBACH (*Lehrbuch...*, 14.^a ed., Giessen, 1847), que, al hablar del «*Thatbestand des Verbrechen*», aclara dicha expresión incluyendo entre paréntesis el vocablo latinizado «*corpus delicti*»; y también, en HEFFTER (*Lehrbuch...*, 3.^a ed., Halle, 1846, págs. 59 y sigs.), el cual expresa literalmente: «Todo delito forma en su realidad un tipo propio (*corpus delicti*), es decir, un conjunto de fenómenos, a los que es aplicable una sanción jurídico-penal». Sin embargo, la remisión a los juristas italianos ha de aceptarse con mucha reserva, por cuanto lo mismo Bossius († 1546) que Clarus (1525-1575) y Farinacius, utilizan un concepto de *corpus delicti* muy romanístico y de significado casi exclusivamente procesal, referido a la *existentia, veritas seu certitudo delicti*; significado que perdura todavía en algunos autores alemanes del siglo XVIII como Meister.

Mas lo cierto es que, según señala agudamente BIRNBAUM, los antiguos escritores italianos del medievo no han hablado en absoluto del tipo ni de la necesidad de su comprobación como condición previa para la apertura de la investigación criminal contra un determinado individuo. Al menos, no aparece en ellos la palabra *corpus delicti*, sino que, antes bien, hablan de *constare debet de delicto* (así, después, Bossius, Clarus, Farinacius), no sólo *ante torturam*, sino también *antequam formetur inquisitio specialis* e, incluso, *ante capturam et ante accusationem*. La alusión que tales escritores hacen al tipo del delito afecta más a erigirlo en condición previa para la prosecución de determinados pasos judiciales que a la prueba de que un delito haya sido cometido. Cfr. BIRNBAUM, *Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand in criminalrechtlichem unrr criminalprozessualischem Sinne*, «Archiv des Criminalrechts», *Neue Folge*, 1845, págs. 493 y sigs., esp. 511 y sigs. El estudio de BIRNBAUM es desde el punto de vista histórico uno de los más completos que se hayan realizado sobre la materia.

La transformación que tales vocablos experimentan en la doctrina germánica puede apreciarse en CARPZOV (*Practica rerum crim.*, Part. I, qu. 16, n. 1 y 7), el cual habla de que a la hora de imponer el juez la pena del parricidio debe *certus esse de delicto*, de modo que no puede castigar, *nisi plene et liquide constet de corpore delicti*. En este sentido, dice Birnbaum, el concepto que del tipo emplea CARPZOV es similar o idéntico al de *corps de délit* utilizado por los franceses: «*Le véritable corps de délit c'est le délit même*». Cfr. BIRNBAUM, *Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand...*, «Archiv des Criminalrechts», N. F., 1845, págs. 515, 516 y sigs.

En síntesis, el concepto de *corpus delicti* empleado por los postglosadores y por la doctrina germánica del Derecho común es algo distinto del concepto de *Thatbestand*, término que, por vez primera, aparece en KLEIN, *Grundsätze*

en el subjetivo del delito, a la hora de dar una definición del tipo (12). Subraya asimismo cómo ha sido VON BELING el que ha asignado al tipo el relevante papel que hoy desempeña en la teoría jurídica del delito, lo que no ha impedido que en una evolución posterior tal elemento haya sido objeto de pronunciamientos dogmáticos que le han asignado contenidos sustancialmente diversos.

des peinlichen Rechts, 1794, § 68, pero acompañado, asimismo, de la expresión *corpus delicti* y referido más a la prueba procesal de la existencia del delito, es decir, al concepto procesal penal del tipo. Por consiguiente, la expresión *corpus* no posee un significado mucho más restringido que el término germánico «*Thatbestand*» (como pretende MARTIN, *Lehrbuch...*, 1829, pág. 62, nota 7), por cuanto el contenido de la primera viene a ser equivalente en la doctrina al de la expresión alemana. Véase la nota siguiente.

(12) La impronta procesal que subyace en el concepto de tipo aún durante el primer tercio del siglo XIX motivó la aguda afirmación de KÖSTLIN (*System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1845, página 364) en el sentido de que «la causa fundamental del error que domina todavía en la teoría del tipo yace en la confusión, expuesta por la antigua historia de los dogmas, pero inconcebiblemente propagada en parte todavía hoy, del concepto tan simple jurídico-penal del tipo de delito con una creación suplantada procesal-penal de este concepto...».

Las posturas doctrinales de la dogmática penal alemana podrían sintetizarse en un sentido evolutivo en los momentos siguientes:

a) En los escritores antiguos (CARPZOV, KRESS, PAALZOW), se comprende bajo tal concepto (*corpus delicti*) la certeza del delito = *substantia et veritas delicti commissi*.

b) Este significado procesal que configura al tipo como «el conjunto de aquellos elementos que se refieren exclusivamente al lado externo (objetivo) del delito y, por tanto, a su existencia como tal» se incrementa con la mezcla de un concepto penal. Ahora (BÖHMER, *Meditatio ad C. C. C.*, art. 6, § 10), el tipo es tanto el objeto sobre el que se realiza el delito como los instrumentos con los que ha sido cometido, las huellas, pruebas, etc.

c) Posteriormente, a través de las investigaciones de KLEIN (*Grundsätze*, § 68) y KEINSCHROD, *Etwas über die Lehre vom Corpus delicti im Allgemeinen*, en «*Archiv des Criminalrechts*», III, 1 (1800), págs. 38-48), no basta con afirmar la certeza de que ha sido cometido un delito, sino que, además, es menester destacar la distinción entre *corpus delicti objetivo* (circunstancias que determinan el concepto de un delito, lo que pertenece a la esencia del delito) y *corpus delicti subjetivo* (circunstancias a través de las cuales se conforma la ilegalidad misma, el *dolus* o *culpa* del delincuente, según Kleinschrod). Sólo, pues, la unión de los dos aspectos puede, en opinión de KLEINSCHROD, dar lugar al concepto de tipo del delito.

Esta tercera etapa se perfecciona con los estudios de STÜBEL (*Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben, und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewisheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tötung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, Wittenberg, 1805, § 1 y sigs., § 19 y sigs.), de forma tal que se atisba un concepto jurídico-penal del tipo como «conjunto de todos los elementos o presupuestos legales que —sin consideración a su prueba procesal— han de comportar en sí una acción u omisión para que sea considerada como delito» (GEIB, *Lehrbuch...*, II, pág. 195). Así, para KLEIN «al tipo del delito pertenecían dos clases distintas: 1) El resultado en cuya producción consiste el delito. 2) La acción voluntaria por la que se ha producido ese resultado. El mero resultado sólo puede fundamentar el tipo en tanto en cuanto se explica como derivado de una acción humana libre» (KLEIN, *Grundsätze*, § 68). Para STÜBEL, en cambio, el tipo es algo más: «el

La tipicidad significa solamente que el comportamiento contradice la prohibición o el mandato sancionados penalmente, sin entrar todavía a dilucidar si y, en caso afirmativo, en qué forma debe hacerse al autor el reproche de haber actuado culpablemente; posee, por tanto, una función indiciaria de la antijuridicidad.

Destaca, pues, STRATENWERTH los diversos conceptos o acepciones del tipo: de un lado, un concepto amplio (tipo *lato sensu*), con arreglo al cual el tipo viene a ser el conjunto de todos los elementos, presupuestos o requisitos materiales específicos de la punibilidad (en contraposición a las condiciones objetivas de procedibilidad de cuya admisibilidad depende tan sólo el proceso); es decir, en el mismo entran a formar parte las características del tipo de lo injusto, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de las condiciones objetivas de punibilidad. En este sentido, la función que cumple el tipo, en cuanto descripción legal de los elementos del delito, es una función de garantía (*tipo de garantía*). De otro lado, al aparecer la tipicidad como un precipitado lógico del principio de legalidad, ello exige que el tipo se configure por la descripción legal de los presupuestos concretos de la punibilidad, esto es, mediante aquellas características que prestan a cada delito su cuño particular y caracterizan su típico contenido de lo injusto en comparación con otros delitos (tipo *stricto sensu*), por lo

conjunto de todos los presupuestos fácticos a los que debe seguir la pena determinada en una ley criminal, si bien estos presupuestos no están contenidos en la imputabilidad». En suma, el aspecto objetivo (*imputatio facti*) y el subjetivo (*imputatio juris*), aparecen perfectamente delimitados. Ello no obstante, no basta con definir tal concepto como «el conjunto de los elementos esenciales del delito» (JAGEMANN, 1845), ya que si bien la doctrina, a partir de KLEIN, está de acuerdo en que para la imposición de la pena se requiere la existencia de ese conjunto de elementos, difiere, en cambio, a la hora de determinar cuáles son precisamente tales elementos; de donde se deriva la escasa claridad conceptual que existe sobre el problema (MAREZOLL, *Das gemeine deutsche Criminalrecht*, Leipzig, 1841, pág. 46 y sigs.). En tal sentido, la opinión sustentada al respecto por Feuerbach es de lo más aclaratorio.

FEUERBACH estudió el tipo del delito (*Thatbestand des Verbrechens = Corpus delicti*), al tratar en su *Lehrbuch* (14.^a ed., 1847, §§ 80, 81 y sigs.) del «fundamento objetivo de la punibilidad absoluta», la cual depende de la existencia del tipo de un delito, que consiste «en el conjunto de los elementos de una acción o hecho específicos que están contenidos en el concepto legal de una determinada clase de acción antijurídica». Ahora bien, si la punibilidad absoluta depende de la existencia del tipo, lo que él denomina fundamentos de la punibilidad absoluta no son equivalentes por completo al tipo, sino que, bajo éste, comprende tan solo una parte de tales fundamentos, los cuales se caracterizan en parte como subjetivos y en parte como objetivos. De ahí, la distinción entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo. Así la teoría del tipo viene situada en nuestro autor bajo el punto de vista de los «fundamentos objetivos de la punibilidad, mientras que la teoría de la imputación lo está bajo el prisma de los subjetivos. Hasta aquí la bipartición parece clara. Pero, más adelante el propio Feuerbach aduce que, además de «ciertos elementos de la acción externa y las circunstancias concatenadas con el resultado ilegal», pertenecen también al tipo (objetivo) a menudo «ciertos *elementos subjetivos*, internos del delincuente, en los que subyacen los fundamentos de la acción antijurídica, como una cierta intención o una clase específica de determinación de la voluntad (*animus*

que el *tipo de lo injusto* viene ahora encarnado en la figura concreta de delito de la Parte especial.

Ello no obstante, más que tratarse de dos conceptos del tipo materialmente diversos, estamos ante dos grados de diverso valor (distinción formal), ya que la sistemática del delito exige, por una parte, un concepto de tipo más estricto o restringido (*tipo de lo injusto*) que el de garantía, pero, por otra, requiere, asimismo, un concepto más amplio, abierto, que abarque a los elementos no descritos. Seguidamente, entra nuestro autor en el examen de las distintas acepciones doctrinales que sobre tal concepto se han pronunciado: la que podríamos denominar propia del sistema clásico, donde la tipicidad posee un grado especial de valor, y cuyo resultado es la integración del delito por tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; y la denominada teoría de los elementos negativos del tipo, con arreglo a la cual se maneja un nuevo concepto de tipo, más extenso que el tipo en sentido estricto, pero más restringido que el tipo en sentido amplio: el concepto de *tipo de lo injusto global*, con exclusión de las condiciones objetivas de punibilidad y de los elementos de la culpabilidad, debe asociar a todos los elementos que fundamentan y excluyen lo injusto, de los cuales depende, tanto en sentido positivo como negativo, la cualidad de injusto de la conducta. Según la referida teoría de los elementos negativos, los requisitos o presupuestos de las causas de justificación se consideran como «*elementos negativos del tipo*», porque su inexistencia posee para la valoración de lo injusto la misma importancia o significado que la existencia de los elementos positivos del tipo, que fundamentan lo injusto. Consiguientemente, todo comportamiento amparado por una causa de justificación estaría permitido y no sería en modo alguno típico en el sentido del tipo de lo injusto

iucris faciendi en el hurto, etc.). De esta forma —dice BIRNBAUM— FEUERBACH se contradice, puesto que antes distingue entre fundamentos objetivos y subjetivos de la punibilidad como equivalentes a las «*rationes illegalitatis externae e internae*», refiriendo las primeras a la aparición externa del delito, mientras que las segundas al fundamento psicológico del mismo. Cfr. BIRNBAUM, *Beitrag zum Begriff von Thatbestand...*, en «Archiv», loc. cit., pág. 499.

Finalmente, si se tiene en cuenta la evolución que experimenta tal concepto y que difiere esencialmente según los autores (КИТКА, J., *Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes der Verbrechen*, Wien, 1831, págs. 4-10), veremos que, con la nueva sistemática que al delito impone la escuela hegeliana (ABEGG, KÖSTLIN, HÄLSCHNER y BERNER), el tipo pasa a fundir tanto el momento objetivo como el subjetivo, ya que, dice Köstlin, el delito es una acción imputable a título de culpa a una persona con capacidad de imputación y punible por el derecho positivo (*System*, I, pág. 367). Proceso de simplificación y fusión que culmina en BERNER (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 18.^a ed., 1898, págs. 69 y 70), el cual define el tipo como «el conjunto de los elementos del delito... Tipo y concepto del delito son esencialmente idénticos», aunque metodológicamente establece una distinción entre ambos términos: si se comprenden conjuntamente los elementos de un delito (síntesis), se habla de concepto; si se señalan tales elementos separadamente, se habla de tipo. Por tanto, «la expresión *Corpus delicti* no debe aplicarse, como se ha hecho hasta ahora, al tipo. Pues bajo el tipo se incluyen no sólo los elementos objetivos del delito, sino también los subjetivos. *Corpus delicti* se adapta solamente, en cambio, a los primeros» (pág. 70).

global. Si bien, ha de notarse que, sistemáticamente, la teoría jurídica del delito quedaría reducida a una construcción binaria: *tipo de lo injusto global y culpabilidad*.

Accentúa, por otro lado, el discípulo de WELZEL la influencia que el concepto de acción ha supuesto en el de tipo. En tal sentido, para la doctrina finalista de la acción, la realización de la voluntad del autor pertenece ya a los momentos que determinan lo injusto de la conducta, mientras que para la teoría causal o social de la acción, no. De ahí, pues, que se discuta la colocación sistemática del dolo, al que los finalistas consideran ya como presupuesto de la tipicidad (en cuanto voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo), mientras que, por el contrario, los causalistas o partidarios del concepto clásico de delito lo adhieren a la culpabilidad. La asignación del dolo a uno u otro elemento del delito reviste, en suma, verdadera importancia a la hora de delimitar lo injusto jurídico-penalmente relevante.

Por consiguiente, para la teoría causal o naturalística, el tipo objetivo viene colmado única y exclusivamente por circunstancias de hecho objetivas, razón por la que, en opinión de STRATENWERTH, el tipo subjetivo apenas desempeña un papel de consideración, si se prescinde, claro está, del requisito de que el sujeto haya actuado voluntariamente. A idéntico resultado conduce también la doctrina social, cuyo punto de partida es el concepto causal de acción. Y es que, reitera el profesor de Basilea, al pretender encontrar un concepto de acción global para todas las formas de comportamiento humano, difícilmente podrá tal concepto cumplir la función de establecer los elementos específicos de lo injusto de los delitos dolosos de acción. De ahí se deriva, por tanto, la conveniencia de buscar un concepto para el cual baste un *minimum* de características comunes a esas formas plurales de conducta; y ese concepto es el finalista. La consecuencia inmediatamente derivada de ello es que «la descripción del lado externo del actuar prohibido tendrá que complementarse por medio de la descripción de su lado interno...», es decir, por la voluntad de realización del tipo, que acuña precisamente la acción. Al lado del *tipo objetivo* aparece, pues, un *tipo subjetivo*. El dolo pertenece, en suma, al tipo subjetivo de los delitos dolosos; principio que, a juicio de nuestro autor, se confirma cuando se constata cómo para caracterizar lo injusto penal no puede prescindirse del aspecto interno o subjetivo (así, en los delitos de simple actividad, en los que el carácter injusto de la acción depende siempre de momentos subjetivos). Extremo que encuentra, por otro lado, confirmación en la teoría de los llamados elementos subjetivos de lo injusto, creación de la dogmática tradicional, que venía a considerarlos, en oposición a los elementos objetivos, como partículas o fragmentos de la voluntad de realización del tipo; en síntesis, como «*fragmentos del tipo subjetivo*», tal y como los comprende la doctrina finalista.

Mas, es precisamente en este punto donde, a mi juicio, surge una nueva dificultad que debe afrontar la teoría final: la de delimitar claramente los elementos subjetivos de lo injusto del dolo, el cual pertenece también al tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos. En tal sentido, el finalismo se refiere a aquellos como «elementos subjetivos especiales del tipo», de modo que,

mientras el dolo se define formalmente como referido únicamente a las circunstancias objetivas del tipo, los elementos subjetivos de lo injusto no tienen, empero, nada parecido o equivalente en el tipo objetivo. Si bien STRATENWERTH se ve obligado a admitir, a este respecto, que tales elementos pueden consistir en la voluntad de realización de un hecho determinado, aunque entonces esto caería fuera del tipo objetivo, pues se trataría, en definitiva, de relaciones internas con naturaleza compleja y de difícil definición. Incluso admite nuestro autor que tales elementos pueden estar constituidos tanto por intenciones, «que en su estructura material están muy cerca del dolo y que son necesarias en muchos tipos penales», como por motivos o móviles e, incluso, por determinadas disposiciones anímicas del sujeto (*Gesinnungsmerkmale*), supuestos estos últimos a los que el autor opone algún reparo, por cuanto se trata de tipos en los que el legislador no ha descrito la conducta propiamente punible, sino que, en lugar de ésta, ha encerrado en el tipo el predicado de valor ético-social que le merece, lo cual representa para el juez una grave tarea, amén de un riesgo inconcuso para la idea de la seguridad jurídica. Ha de tratarse, por tanto, de una disposición anímica que venga en todo caso manifestada o exteriorizada a través de un hecho concreto.

Finalmente, el papel reservado a la culpabilidad en la teoría del delito queda muy reducido, por cuanto afecta tan solo a la constatación de la imputabilidad y al juicio de reprochabilidad, produciéndose, de esta forma, un notable vaciado en el contenido de aquel elemento del delito. Aunque, en este punto concreto, debe destacarse meritoriamente el hecho de que STRATENWERTH no aluda para nada en la culpabilidad al sentimiento defectuoso o a la disposición anímica defectuosa por parte del sujeto, habida cuenta de los riesgos de inseguridad jurídica que ello implicaría. Razón por la cual, nuestro autor refiere tales características espirituales a los «elementos subjetivos especiales del tipo», lo cual implica, en todo caso, la necesidad de que se exterioricen a través de un acto.

Ello no obstante, y aparte de las objeciones ya expuestas, discutibles desde luego, merece considerarse de nuevo la aproximación que la doctrina final de la acción —que, como se ha notado reiteradamente, es una doctrina de la antijuridicidad—, representa hacia la concepción bipartita. Así, unidas, tal y como proponían los postulados de los hegelianos (13), la *imputatio facti*

(13) KÖSTLIN, *System...*, I, págs. 220 y sigs. Todavía más explícito es BERNER (*Lehrbuch...*, 18.^a ed., 1898, págs. 116-117), para quien «una tal unión viva de la voluntad con el hecho se llama acción. Ella comprende el elemento subjetivo y el objetivo, con inclusión del resultado... En el concepto de la acción está contenido el concepto de imputación»: De esa unión de voluntad y hecho se habla primeramente, según BERNER, en 1843 (por los hegelianos), y tal unión no sólo incluye el nexa externo o causal, sino también las relaciones o nexos internos, como los momentos de la culpabilidad. La distinción dicotómica entre *imputatio facti* e *imputatio juris* es, por consiguiente, rechazada completamente por los hegelianos, para los cuales «ambos juicios, el que versa sobre el hecho y el que versa sobre el valor del hecho se funden en uno solo». Cfr. LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Leipzig, 1927, reimpresión «Scientia Aalen», 1970, págs. 60 y sigs.

y la *imputatio iuris*, no sólo aparece desdibujado el elemento acción, sino que, además, el concepto de lo injusto necesariamente ha de verse matizado por un subjetivismo innegable. De modo que si, con arreglo al esquema general de la referida doctrina, el tipo de lo injusto aparece desdoblado en un tipo objetivo y en un tipo subjetivo, y en este último vienen comprendidas alguna de las formas de la culpabilidad, como, por ejemplo, el dolo, de naturaleza esencialmente subjetiva, no cabe duda que la apariencia, por no decir identidad, entre el tipo subjetivo y la culpabilidad resulta innegable, con lo cual estaríamos ante una concepción dicotómica perfecta.

Pero, incluso en lo que respecta al concepto ontológico de acción que manejan, de estructura final, habría que oponer algunas reservas, como reconoce el propio STRATENWERTH. Y es que, en la construcción doctrinal del finalismo se aprecia, sin duda, una elaboración excesivamente racionalista. Pues con un concepto de acción tan metodológicamente abstracto, por muy acentuada que aparezca su dirección teleológica, no se logra, ni mucho menos, un concepto unitario de acción que, racionalmente, pueda englobar a las diversas formas del comportamiento humano. Ya que, si bien es cierto que se reconoce así la existencia de la «acción racional con arreglo a fines» —en expresión del sociólogo Max WEBER (14)—, que supone orientar la acción por el fin, los medios y las consecuencias implicadas en ella y sopesar racionalmente los medios con los fines (el *proceso mental de retroceso* a que alude WELZEL), los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines entre sí, sin embargo, no puede negarse que queda fuera o, cuando menos, puede quedar fuera «la actuación racional con arreglo a valores», determinada por la creencia consciente en el valor propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea, puramente en méritos de ese valor, en cuyo caso la acción es racional con arreglo a los fines únicamente en los medios, hasta tal punto de que, si se la compara desde el prisma de la acción final, la actuación racional con arreglo a valores es siempre irracional, acentuándose, además, tal carácter a medida que el valor que la mueve se eleve a la significación de absoluto, siendo la reflexión sobre las consecuencias de la acción tanto menor cuanto mayor es la atención concedida al *valor propio* del acto en su carácter absoluto. Y, en todo caso, no debe olvidarse que no siempre la acción viene orientada finalmente o con arreglo a valores, ya que se trata aquí, en definitiva, de meros tipos conceptuales a los que la acción real —mucho más rica y compleja que cualquier construcción de laboratorio—, se aproximará o alejará más o menos.

Pese a todo, la enorme claridad y medida con que el autor resume su postura doctrinal, admitiendo, en suma, el vaciado que se verifica en la culpabilidad, y rechazando cualquier matización subjetivista que ponga en peligro la idea de seguridad jurídica, unidos, por otra parte, a una insuperable labor de síntesis, a una exposición excelente de la evolución general de la

(14) WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, t. I, 2.^a ed. española, 1964 (reimpresión, 1969), traducida por Medina Echevarría, Roura Parella, García Máynez, Imaz y Ferrater Mora, México, F. C. E., págs. 18-21.

teoría jurídica del delito y a una acertada selección bibliográfica, son todos: ellos factores que convierten al Tratado del profesor STRATENWERTH en un modelo en su género.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN.

FRANCIA

Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé

Año 1971. N.º 3

MERLE, R.: «La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970»; págs. 567 y sigs.

El autor pone de relieve cómo los esfuerzos legislativos han estado encaminados, desde la promulgación del Código de instrucción criminal, a resolver una contradicción fundamental del proceso de represión: por lógica del procedimiento, el inculpado goza de una presunción de inocencia, mientras que por necesidades prácticas de la instrucción se le priva de libertad antes de ser condenado. La Ley de 1970 ha intentado disipar este equívoco: la libertad en el curso de la instrucción ya no es calificada de *provisional*, es simple y pura libertad —siendo esta la situación general en que se encontrará el inculpado, salvo escasas excepciones—; la detención, en los supuestos autorizados por la ley, no es *preventiva*, sino *provisional*; entre la libertad y la detención se ha introducido una situación intermedia restrictiva de libertad: *el control judicial*.

CHAVANNE, A.: «La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970»; págs. 605 y sigs.

La Ley, en los artículos 22 y 23, ha tipificado una serie de conductas tendentes a la protección de la vida privada, que han venido a engrosar el contenido de los artículos 368 a 372 del Código penal. No se nos dice en ella qué ha de entenderse por *vida privada*. Chavanne, después de rechazar que el término «vida privada» pueda tener el mismo contenido que en el artículo 35 de la Ley de Libertad de Prensa de 29 de julio de 1881 —por responder a diversas finalidades—, propone como criterio delimitador el de *intimidad*: «pertenece evidentemente a la vida íntima —añade—, lo que se refiere a la vida familiar, a la vida conyugal y a la vida «extra-conyugal» o sentimental. Fuera de estos casos, todo es cuestión de interpretación».

Las conductas penadas son:

1. *Captación de palabra o imagen de una persona* (art. 368): Tanto la escucha como la captación han de realizarse con la ayuda de un aparato cualquiera; han de suponer un atentado a la intimidad de la persona —ex-

cluyéndose, a juicio del autor, las escuchas o las fotografías de carácter industrial— y tener efecto en lugar privado.

2. *Conservación, divulgación y utilización de la palabra o imagen de una persona* (art. 369): Las palabras o las imágenes han de haber sido captadas en las condiciones expresadas en el artículo anterior. Finalmente, se pune el *montaje*, que ha de ser clandestino, siendo preciso, además de la manipulación de documentos sonoros o de imágenes, el darlos a la publicidad.

La sección doctrinal de este número —consagrado al estudio de los principales aspectos de la Ley de 17 de julio de 1970, encaminada a reforzar las garantías de los derechos individuales de los ciudadanos—, contiene otros dos trabajos: *Des dispositions de la loi n.º 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d'acquittement en raison de la détention provisoire subie* y *Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives au régime des peines*; de Charles Bryon y Xavier Nicot, respectivamente.

Año 1971. N.º 4

MONZEIN, P.: «*La responsabilité pénale du médecin*»; págs. 861 y sigs.

El presente trabajo es un *rapport* presentado por el autor a las Séptimas Jornadas Jurídicas Franco-Italianas (París-Périgueux, 21-24 de mayo de 1971), organizadas por la Sociedad de Legislación Comparada y el Centro Nacional de Prevención.

El proceso de «desacralización» de la medicina, así como los grandes progresos que esta ciencia ha experimentado, sobre todo en el devenir del siglo XX, exponen al médico, que, olvidando actitudes pasadas, ha de asumir riesgos cada vez más audaces, a caer bajo el peso de la excesiva severidad de una regulación no demasiado acorde a las nuevas necesidades, como continuamente se pone de relieve si nos adentramos en el campo de la experimentación médica, trasplantes de órganos y aplicación de nuevas técnicas.

Es preciso, en razón de la confusión que existe a menudo, distinguir entre la experimentación propiamente dicha sobre un sujeto sano y la aplicación de una nueva técnica médica a un enfermo: la primera se hace únicamente por intereses científicos; la segunda tiene, primordialmente, fines curativos, aun cuando el médico que las pone en práctica se esfuerce, además, en abrir nuevos campos para el futuro.

Todo ello exige, en interés de la profesión médica y del paciente, una regulación que contenga las condiciones imprescindibles de que ha de partir toda actuación médica, y que, en opinión de Monzein, pudieran ser: En los supuestos de experimentación el sujeto debe prestar su consentimiento libremente, debiendo ser informado detalladamente del proceso y de sus riesgos, lo cual no es preciso en los casos de aplicación de nuevas técnicas a

enfermos, pues las reacciones psicosomáticas de éstos ante una información demasiado precisa haría, muchas veces, ilusorios estos intentos; en ningún caso se emprenderá experimentaciones en hombres, si el resultado puede ser obtenido por cualquier otro método o si las técnicas a utilizar no han sido perfectamente puestas a punto sobre animales. De todas formas, no hay que perder de vista —concluye el autor—, que si la medicina se apoya cada día más en la ciencia, no por ello ha dejado de ser un arte, y como tal, consiste en la aplicación de unos conocimientos a la búsqueda de un fin que ha veces les sobrepasa.

DA COSTA, Jr., P. J.: "L'application de la peine dans le nouveau Code pénal brésilien"; págs. 919 y sigs.

Se trata de una conferencia pronunciada el 8 de enero de 1971 en la Sección de Ciencia Criminal del Instituto de Derecho Comparado de París.

El nuevo Código brasileño de 1970 (en vigor desde el primero de enero de 1972), basado esencialmente en el Proyecto de Nelson Hungría, mantiene el doble sistema de penas de privación de libertad: La reclusión con un máximo de treinta años, y la detención, con diez años de maximum, habiendo perdido, según Da Costa, el sentido puramente retributivo que tenía el Código anterior. El poder discrecional del juez para la aplicación de la pena ha aumentado: le está permitido la conversión de la reclusión por la detención —a condición de que el reo sea primario y haya reparado completamente el perjuicio—, la detención por la pena pecuniaria —la detención no ha de ser superior a seis meses— e, incluso, cuando se trate de semirresponsables, la pena en medida de seguridad. Ha sido implantado el sistema de «días-multa», con una extensión desde un día-multa a un máximo de trescientos. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años de reclusión, podrán ser cumplidas, en su totalidad, en prisión abierta, siendo el carácter del condenado, y no la naturaleza del delito, lo que debe tenerse en cuenta.

El nuevo Código mantiene la reincidencia como causa de agravación de la pena, pero ha abandonado la vieja distinción entre reincidencia genérica y específica. No será apreciada si, entre el momento en que se ha cumplido o extinguido la pena y la comisión del delito siguiente, han transcurrido cinco años. Los crímenes puramente políticos y militares no se tendrán en cuenta a efectos de la reincidencia. También tiene en cuenta la nueva regulación la criminalidad habitual y por tendencia. La habitualidad podrá ser apreciada, aun cuando no haya sufrido ninguna condena anterior, si el agente ha cometido cinco delitos de la misma naturaleza en el transcurso de cinco años. Es considerado delincuente por tendencia el que comete un homicidio consumado o intentado, o lesiones corporales graves, y que por sus motivos, medios o modos de ejecución, revele una vileza y perversión extraordinarias.

Se ha abandonado el criterio de aplicación del doble sistema (penas y medidas) a los semirresponsables: éstos podrán, si es necesario, ser internados en hospitales judiciales de enajenados, donde permanecerán hasta su curación. A las medidas de seguridad reconocidas anteriormente se han añadido otras de carácter personal no privativas de libertad: Prohibición del ejercicio de una determinada profesión y la privación del permiso de conducir.

El número contiene también: *La responsabilité pénale du médecin*, de A. Crespi, y *Quelques aspects de la prostitution*, de T. C. N. Gibbens.

AMBROSIO MADRIGAL GARCÍA

INTERPOL

Revista Internacional de Policía Criminal

N.º 258, mayo 1972

WALKER, T. B.: «La prevención de la delincuencia en el Reino Unido».

La prevención de la criminalidad en el Reino Unido es uno de los cometidos de la misión policial, recibiendo, por tal motivo, la correspondiente preparación. El primer cuerpo de policía británico se creó en el año 1829, y de los nueve principios mantenidos por los «Comisioners» —que debían ser observados por los funcionarios— cabe destacar: 1.º «La prevención de los delitos y desórdenes...». 7.º «Mantener relaciones permanentes con el público...».

Es a partir del año 1940 cuando la misión preventiva de la policía recibe un nuevo impulso. Son muchos los cursos de especialización que desde entonces se vienen celebrando. Todos están orientados a poner trabas al delincuente para que no pueda cometer delitos. Se cuida especialmente el trato de la policía con la población, pues la colaboración de los ciudadanos es muy importante en estas tareas.

La prevención del delito es un tema del que últimamente se ocupa la Criminología, aunque sin resultados satisfactorios. No cabe duda que es mucho más importante evitar el delito que dejar que se cometa y perseguir luego al autor. El sistema inglés resulta interesante, tanto en su misión, como en el acercamiento entre la policía y sociedad.

N.º 259, junio-julio 1972

«Detección de estupefacientes en los líquidos biológicos».

Ante las dificultades frecuentes de no poder determinar con absoluta certeza si un sujeto ha tomado o no sustancias estupefacientes, lo que puede llevar consigo la condena de inocentes, en los laboratorios de la po-

licía iraní se ha ensayado un sistema nuevo, que parece ofrecer muchas garantías. El método se basa en el «cloroplatinato», con el que se consigue una reacción positiva no sólo para la morfina, sino para todos sus derivados: heroína, codeína, dionina, así como para otras sustancias. Por otra parte, al poder extraerse esos productos de la orina de los sospechosos, el sistema, a la vez que eficaz, es inocuo. En el artículo se expone, de forma detallada, el procedimiento a seguir.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

ITALIA

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Año 1971. Fascículo 1-2

BETTIOL, G.: «Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore»; págs. 3 y siguientes.

En el presente estudio es posible entrever una nueva orientación del pensamiento del autor, con base en la investigación alemana de las características del ánimo, en orden a una concepción ético-personal de la culpabilidad y de la pena. Para Bettiol el contraste entre Derecho penal de hecho y Derecho penal de autor, reflejó en su día una ruptura con los límites del Estado de Derecho sobre la función penal. La acentuación del momento voluntativo propia del Derecho penal de autor, ha proporcionado, sin embargo, la base para una visión más perfecta de los problemas que la inherente a un «opaco objetivismo», sobre el que ha venido apoyándose la intelección conceptual y causalista de las cuestiones penales. No debe creerse, previene Bettiol, que la dogmática voluntarista contribuyera a proporcionar impulso alguno a una concepción penal de signo indeterminista, cosa que cabe también poner a cargo, en buena medida, del finalismo welzeliano.

El objetivismo propio del pensamiento tradicional y el movimiento del Derecho penal de autor desatendieron, en todo caso, algunos momentos característicos de ciertas figuras delictivas alusivos a la exigencia de una actitud anímica determinada del autor, momentos que hacen posible una profundización y precisión de algunas categorías tradicionales fundamentales. Obrar con «crueldad» o «desprecio», por motivos «abyectos», «vejar», «ultrajar», constituyen notas peculiares de algunas figuras delictivas ante las que no puede transitarse con indiferencia. Ha sido principalmente Schmidhäuser, en su célebre monografía del año 1958, quien ha puesto en evidencia estos momentos personales del delito, posibilitando la elaboración de un Derecho penal del ánimo o de la actitud interior, que ha adquirido carta de naturaleza en la ciencia junto a un Derecho penal de resultado, a otro de la voluntad, a otro sintomático, y así sucesivamente.

Punto determinante o decisivo del Derecho penal del ánimo es un dato de conciencia. La orientación sólo puede ser entendida a la vista del influjo desplegado en Alemania por la filosofía de la existencia, en la que constituye un motivo fundamental de la especulación la actitud espiritual de la persona respecto a los problemas de la existencia humana y del ser en el mundo. El ser del hombre se decide en la autoconciencia de un imperativo que puede ser seguido o transgredido y aceptando responsablemente las consecuencias de la acción realizada y del grado de culpabilidad. Esta es, por otra parte, una realidad que halla expresión en un reproche, variable en intensidad de una persona a otra, según una o la otra acción, de acuerdo con los motivos y los fines. Entiende Bettiol que el mérito histórico del existencialismo está en haber sabido individualizar y personalizar el juicio de reproche relevante penalmente, eludiendo esquemas y fórmulas utilizadas precedentemente con amplitud por los partidarios del clasicismo y del positivismo. A su juicio, solamente la dirección neoclásica ha sabido liberarse de un sistema generalizador o nivelador, en tanto que ha logrado hacer suyo aquel aspecto de dicha concepción filosófica que ve en la persona humana el «antisistema», que al menos pone a la persona humana en el centro del sistema y que hace gravitar el sistema sobre ella, a fin de potenciar su personalidad.

La *Gesinnung*, la actitud interior, es, ante todo, un dato de conciencia que implica una libertad de orientación y de elección. El *Gesinnungsstrafrecht*, al margen de sus raíces filosóficas, ha visto posibilitado su despliegue con la mutación política de los últimos años en Alemania, en Italia y en otros países europeos. Nadie niega las relaciones existentes entre Derecho penal y política. Esta, además de ofrecer criterios para decidir entre orientaciones de fondo diversas, influye en la dogmática en lo concerniente en la formación conceptual y el contenido de los conceptos. En este sentido, cabe preguntar sobre el significado de la declaración de la Constitución italiana relativa a que «la responsabilidad penal es personal». Evidentemente, no se trata con esta declaración únicamente de excluir la responsabilidad por un acto ajeno o la responsabilidad objetiva, sino, por el contrario, de un postulado constitucional de más vasto alcance, que afecta a todo el Derecho penal, y principalmente, a aquellas concepciones positivistas, e incluso clásicas, que concebían al hombre como mero fragmento de naturaleza, no como una conciencia actuante, como una realidad cuya sustancia fundamental se encuentra en la «eticidad». Es, según Bettiol, a aquel «centro personal de responsabilidad» específicamente humano, al que debe hacerse mención para evidenciar el anacronismo y el carácter de las definiciones meramente descriptivas del dolo, de la culpa, etc., propias de los códigos del pasado y presente siglo, definiciones formuladas bajo el influjo de una filosofía liberal esquemática, que terminaba por rehusar la eticidad como dato esencial de la personalidad. Si el Derecho penal —afirma Bettiol en un pasaje digno de resaltarse—, ha de poseer un significado, este ha de radicar en la acentuación creciente de su carácter ético, hallarse orientado por la moralidad de la persona humana, manifestada en sus actitudes de conciencia y la selección de las motivaciones de su obrar.

Declara Bettiol que cuando en el año 1945 era redactado su *Diritto penale*, no estaba el tiempo maduro todavía para un Derecho penal del ánimo, pues la repulsa hacia un Derecho penal de autor, tan vinculado a la tragedia europea, impulsaba a destacar enérgicamente el momento objetivo de la figura de delito, es decir, el bien jurídico, y, consecuentemente, el carácter teleológico del Derecho y de la dogmática. Mas, en todo caso, el momento subjetivo-personal estaba ya presente al subrayarse la idea de que, sin una firme acentuación de la *personalidad moral* del sujeto, el derecho punitivo terminaba por constituirse en un mero instrumento de profilaxis social.

El cuadro descrito encuentra confirmación —advierte Bettiol—, en la obra científica de Jescheck, donde el concepto de culpabilidad se construye, más que sobre el acto de voluntad, sobre la base de la *Gesinnung*, o actitud espiritual respecto al acto, en la que se refleja el momento ético característico de la elección voluntaria. Entre el Derecho penal de autor y el Derecho penal del ánimo, de la actitud interior espiritual, existe neta oposición. No es el segundo un subproducto que derive de una visión naturalista del individuo, sino que halla, por ejemplo, expresión en el pensamiento de Lange de que el Derecho penal sitúa en primer plano la noción de responsabilidad por la decisión consciente del delito. También la pena está actualmente impregnada de un sentido ético-social como desaprobación de la persona responsable.

Preciso es, además, distinguir el Derecho penal del ánimo del mero Derecho penal del sentimiento (*Gefühlsstrafrecht*), del que también se habla con frecuencia en la actualidad. Mientras que el primero designa una dirección político-jurídica traducida en racionales fórmulas legislativas, el Derecho penal del sentimiento evoca las tendencias irracionalistas que culminaron en los años del totalitarismo político, cuando la construcción conceptual era entendida como un límite rechazable a las intervenciones posibles en nombre de la razón de Estado.

La síntesis precedente es suficientemente indicativa del «giro» que representa esta contribución del profesor de Padova en el conjunto de su obra científica. El profesor italiano previene frente al peligro de posibles equívocos en el sentido de que en un Derecho penal del ánimo no resulta desatendido ni subestimado el dato o elemento objetivo, puesto que no se trata de sustituir la consideración objetiva por un oscuro o impreciso subjetivismo. El Derecho penal del ánimo no trata de sancionar la intención, la opinión o la libre emisión del pensamiento. Ni es un Derecho penal subjetivo en la dirección de la voluntad o la peligrosidad del reo, ni un Derecho penal producto de un autoritarismo político, sino una realidad que se afirma mediante el renacimiento de una filosofía personalista, filosofía sobre la que reposa la concepción política democrática de la Europa actual. Una dirección jurídico-penal de este carácter cierra el paso a toda orientación positivista, pues no se trata de establecer o ponderar la peligrosidad del reo, sino de fundamentar la culpabilidad y su grado respecto a una acción antijurídica, o más precisamente, de valorar el reflejo de este acto antijurídico en el espíritu del autor, en su conciencia, como dato previo a su voluntad.

Si desde el plano metodológico se transita al jurídico positivo, habrá que reconocer —dice Bettiol—, que el Código penal italiano es más rico que el alemán en la determinación de características del ánimo. Numerosas indicaciones están ejemplificadas en las referencias a los «motivos abyectos o fútiles», a los «móviles de particular valor moral o social», e incluso a la «causa honoris». Pero donde especialmente puede poseer mayor valor la orientación es en la elucidación del contenido de la referencia del artículo 133 del código Rocco a la «capacidad para delinquir», concepto que ha sido uno de los motivos dominantes de las contraposiciones entre Grispiigni y Petrocelli en décadas atrás.

Se comprenderá que la extensa síntesis precedente es obligada tanto por la importancia científica de la obra de Bettiol —cuyas posiciones metodológicas han ejercido en los penalistas españoles indudable influencia—, como por el recelo y objeciones que suscita un *Gesinnungsstrafrecht*. Es cierto que el profesor de Padova limita las posibilidades de tal orientación al ámbito de la culpabilidad, a fin de que el reproche posea un profundo sentido personal, y al ámbito de la pena, para conseguir su mejor fundamentación ético-retributiva. En varios pasajes del estudio, según hemos procurado indicar, Bettiol declara la necesidad de dejar a salvo el principio del acto y el contenido objetivo de la antijuridicidad, como ataque a bienes jurídicos. Pero todo esto no impide al lector evocar las objeciones dirigidas a un Derecho penal del ánimo desde la perspectiva del Estado de Derecho. Hellmuth Mayer veía en las disposiciones que contienen características del ánimo un empobrecimiento del principio del acto. El propio Jescheck, cuya autoridad es invocada por Bettiol en el pasaje antes aludido, advierte de que contra la utilización de tales características se hallan consideraciones pertenecientes al área del Estado de Derecho. Como afirma este autor, los elementos del ánimo contradicen el postulado de la concreción de los tipos, postulado que en ciertos países está necesitado de una permanente reafirmación; permiten, por otro lado, un amplio margen a las valoraciones personales del Juez, que hace peligrar la homogeneidad de la aplicación del Derecho. En Alemania parece haber sido superado el punto más alto de utilización de estas características, observándose mayor contención en la legislación más reciente. Por nuestra parte, vemos en el estudio comentado un intento de oponer una actitud de índole ética a las corrientes de opinión materialistas o positivistas contra las que la obra de Bettiol se ha venido enfrentando en las últimas décadas, pero simultáneamente, el peligro de que el límite entre consideración moral y jurídica se vuelva borroso o impreciso, lo que en ningún caso podría ser valorado como un progreso.

CARACCIOLI, I.: «Il momento di rilevanza dell'imputabilità negli ordinamenti italiano e tedesco con riguardo ai reati istantanei»; págs. 135 y siguientes.

En la vasta literatura existente sobre la imputabilidad, no ha sido objeto de profundización suficiente, a juicio de Caraccioli, la cuestión del momento

en que el autor ha de ser imputable. La investigación suele limitarse a afirmar que el sujeto ha de poseer capacidad de entender y querer en el momento de ejecución del delito, siendo irrelevante su presencia anterior o posterior. De esta forma queda sin aclarar el significado exacto de la fórmula legal italiana, contenida en el artículo 85 del Código, alusiva a la necesidad de que el sujeto sea imputable en el «momento en que ha cometido el delito». Caraccioli destaca ulteriormente la irrelevancia del tiempo de la consumación a estos fines. Dando, pues, por supuesto que momento de imputabilidad es el de la conducta, no el del resultado o el de la verificación del acontecimiento constitutivo de una condición de punibilidad, el problema contemplado se plantea, por otra parte, de forma distinta en los delitos instantáneos y en los permanentes. El estudio se contrae a los primeros, y dentro de ellos, a los plurisubsistentes —para traducir literalmente un término italiano que no ha encontrado acogida decidida en la literatura española—, es decir, a aquellos delitos cuya forma de ejecución —no su configuración típica—, está caracterizada por la presencia de una pluralidad de actos, susceptibles de ser jurídicamente considerados como una acción.

El tratamiento de estos problemas es efectuado por el autor a la luz del Derecho comparado. La dogmática alemana suele examinar, previa la consideración de los elementos necesarios al dolo, un conjunto de fenómenos en los que resultan derogadas las reglas generales, como el *dolus generalis*, la *aberratio ictus* o el *error in persona vel objecto*, así como la cuestión de la imputabilidad sobrevenida en el curso de la ejecución. El autor procede a analizar cada una de estas cuestiones —es particularmente interesante el examen del *dolus generalis*, apartado en que se tiene en cuenta la literatura germánica clásica y las aportaciones recientes—, la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán y a proponer las soluciones correspondientes al Derecho italiano vigente.

El presente fascículo, además de diversas contribuciones procesales, contiene otros artículos de Derecho penal. A. Neppi Modona escribe sobre *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità* (págs. 184 y sigs.). Trabajo importante por ofrecer una imagen del problema de las condiciones objetivas de punibilidad en la literatura italiana, que ha mostrado hacia él gran atención a lo largo de la evolución en este país de la teoría del delito. G. Bognetti trata de *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 C. p., ultimo comma* (págs. 18 y sigs.), donde estudia los problemas que suscita la sentencia de la Corte Constitucional italiana declarativa de que el artículo 414 del Código penal no sanciona la apología que es simple manifestación de la libertad de pensamiento, sino aquella que por sus modalidades constituye una conducta apta para provocar la violación de las leyes penales. P. Pittaro se ocupa, por último, de *Osservazioni sulla potestà legislativa penale delle regioni in relazione al principio di legalità* (págs. 297 y sigs.).

Ofrece este número también diversos comentarios a sentencias penales.

LA SCUOLA POSITIVA

Año 1971. Fascículo 2

SANTORO, A.: «In margine al Congresso Internazionale di Criminologia in Kyoto»; págs. 173 y sigs.

Previo manifestarse escéptico respecto a los frutos de Congresos en que participa un elevado número de personas, representantes en buena parte de los Gobiernos, glosa Santoro diversos aspectos de los temas discutidos en el II Congreso Internacional sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente que, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, tuvo lugar en Kyoto durante el mes de agosto de 1970. Adoleció el mismo, a juicio del autor, de falta de dimensión práctica, y augura que en el próximo Congreso de las Naciones Unidas se efectúe un planteamiento más concreto e incisivo que sirva para estimular a los Gobiernos de los diversos países a la elaboración de una legislación que tenga en cuenta verdaderamente los criterios científicos.

VEVERKA, M.: «Il calcolatore automatico nella prognosi criminologica»; páginas 171 y sigs.

El trabajo parte de la premisa de que la actividad criminal es el resultado de dos grupos de factores, que se condicionan recíprocamente: factores internos o endógenos, que se identifican con síntomas relativamente estabilizados previos a la ejecución del acto criminal; factores externos o exógenos, en segundo término, bajo cuya influencia aparece el acto. En la investigación llevada a cabo por Veverka y sus colaboradores ha sido intentado expresar en términos cuantitativos ambas clases de factores, ponderando la naturaleza del comportamiento resultante.

El fascículo incluye un trabajo de F. Ferracutti, *La coordinazione della ricerca interdisciplinaria in Criminologia* (págs. 200 y sigs.), relación general de la III Sección del VI Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Madrid en el año 1970. El resto de su contenido está dedicado a notas a sentencias y estudios procesales.

ANGEL TORÍO

LA GIUSTIZIA PENALE

Año 1971. Fascículo I

La sección doctrinal trata cuestiones procesales. En el resto de las secciones merece destacarse un breve artículo de G. Cerguetti, *L'apertura del diritto verso la cibernetica, la logica simbolica e lo strutturalismo* (Parte III. Col. 92), y otro estudio de T. Sorrentino, *Brevi note in tema di delitto politico* (Parte II. Col. 81 y sigs.), donde se examina el concepto proporcionado por el artículo 8 del Código penal italiano.

Fascículo II-III

BARBA, M.: «Segreto politico-militare e diritti di libertà». (Parte II. Col. 105.)

El autor somete a crítica el pensamiento de la Corte Constitucional, expuesto en sentencia de 24 de febrero de 1970 de no haber lugar a la excepción de ilegitimidad constitucional de diversas normas concernientes al secreto de Estado, o más precisamente, el secreto militar, frente a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Constitución respecto a la libertad de actuación e inviolabilidad del derecho de defensa. En caso de conflicto entre interés del imputado a la prueba e interés del Estado al secreto militar, Barba entiende que las normas constitucionales no pueden perder su función primordial normativa. El interés del artículo examinado excede, en todo caso, al que suscita el análisis de la sentencia mencionada. Contiene una información apreciable de Derecho comparado y es una muestra más del interés creciente suscitado en Europa por el control jurisdiccional de las normas jurídico penales.

El resto de contribuciones teóricas del fascículo, o tiene importancia menor desde nuestra perspectiva, o trata problemas de naturaleza procesal.

Fascículo IV

El presente fascículo no contiene estudios de Derecho penal.

Fascículo V

RUSSO, L. A.: «Il problema della idoneità nel delitto tentato». (Parte II. Col. 374 y sigs.)

El estudio de Russo evidencia la diversidad de interpretaciones que se han dado en la literatura científica y la jurisprudencia práctica italianas al requisito de la idoneidad como nota constitutiva de la noción de tentativa, problema sobre el que el autor ofrece su propio punto de vista.

En el resto del fascículo, R. Spizuoco, escribe sobre *Concorso di cause estintive del reato* (Parte II. Col. 398); sobre *La dichiarazione di delinquente abituale, professionale e per tendenza e il D. P. 22 maggio 1970, n.º 238* (Parte II. Col. 39) y, finalmente, sobre *I precedenti penali nell'art. 6 e nell'art. 9 del D. P. 22 maggio 1970 n.º 283*. En el primero de estos trabajos examina el autor los problemas que suscita la aplicación del artículo 183 del Código penal italiano, donde se regulan casos de concurso entre causas diversas de extinción de la acción penal o de la pena. En los estudios restantes, trata Spizuoco del ámbito de los beneficios de indulto y amnistía en el supuesto de existencia de antecedentes penales, o de declaración de habitualidad, profesionalidad o de ser el autor delincuente por tendencia.

Las demás contribuciones contenidas en esta entrega de la revista, está formada por notas a sentencias y estudios procesales.

Fascículo VI-VII

MOFFA, G.: «*Libertà delle comunicazioni e intercettazioni telefoniche*». (Parte I. Col. 257 y sigs.)

Entre las normas jurídicas propias de una sociedad atenta a sus derechos fundamentales y a la protección de la dignidad de la persona humana, son violadas de forma frecuente e insidiosa las relativas a la tutela de la libertad y secreto de las comunicaciones, valores consustanciales a la autonomía individual. La protección de la libertad de las comunicaciones telefónicas ha dado lugar en países diversos —Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania, etc.—, a graves incidencias y preocupaciones. La situación ha conducido al Consejo de Europa, en 17 de enero de 1968, a efectuar una recomendación a los Estados miembros para que procedan a estudiar este problema y a elaborar normas jurídicas de protección de este sector de la vida privada, todavía no concebido jurídicamente de forma satisfactoria.

El artículo 15 de la Constitución italiana establece que la libertad y secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. La limitación de este derecho constitucional sólo puede tener lugar mediante acto motivado de la Jurisdicción, con las garantías establecidas en la ley. Moffa examina analíticamente el sistema italiano en sus particularidades normativas.

La segunda parte del estudio contiene una «propuesta para un sistema jurídico que garantice plenamente la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas en una sociedad democrática». Según el autor, la situación italiana actual no puede reputarse satisfactoria. Las proposiciones que efectúa pretenden potenciar la mencionada declaración constitucional e impedir la manipulación arbitraria de las excepciones posibles al principio. En este sentido alude a la necesidad de concentrar en manos de la Jurisdicción los instrumentos técnicos destinados a interceptar las comunicaciones; a la exigencia de disponer de un inventario de los existentes; a la regulación incluso sancionada penalmente de la importación, exportación, comercio, tenencia, etc., de los correspondientes mecanismos o aparatos. En la dirección de prevenir el uso abusivo de ellos, se alude también a la exigencia de una necesidad categórica para que el postulado constitucional pueda ser objeto de limitaciones —necesidad inexistente cuando es posible acudir a otros medios de prueba— y a reclamar que el delito que se trata de descubrir presente una terminante gravedad y se encuentra ex ante precisado en la ley. Dejando al lado cuestiones de detalles, pese a que las mismas no dejen de tener importancia, relativas a la forma de ejecución de la decisión jurisdiccional que acuerde interceptar el teléfono de una persona, procede destacar la propuesta concerniente a limitar la publicidad de los resultados obtenidos por dicho procedimiento, evitando que los terceros que han visto recogidas sus manifestaciones no vean lastimada su propia aspiración a la intangibilidad de su derecho a la intimidad. Moffa propone también, correlativamente a algunas constituciones americanas, la previsión de que se declaren carentes de valor probatorio los datos obtenidos de forma contraria al Derecho, y postula una exasperación de la punición para las conductas delictivas pertenecientes a este área.

El importante trabajo de Moffa, del que nos hemos limitado a destacar los rasgos más sobresalientes, contiene indicaciones bibliográficas y notas de Derecho comparado muy estimables. Inicialmente fue presentado como comunicación al Convegno Internazionale di Diritto Umanitario de San Remo en el año 1970. En el mismo año, ha sido presentado al Terzo Colloquio Internazionale sulla Convenzione Europea dei Diritti dell Uomo, celebrada en Bruselas durante los días 30 de septiembre-3 de octubre de 1970. Destaquemos, en fin, que el estudio de Giovanni Moffa, Consejero de la Corte de Apelación de Roma, ha sido adoptado por el Consejo de Europa y catalogado como documento oficial suyo.

GIUNTA, G.: «*Osservazioni in tema di libera propaganda di mezzi antifecondativi*» (Parte I. Col. 282 y sigs.)

Proporciona noticia este breve trabajo de una reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana declarativa de la nulidad constitucional del artículo 533 del Código penal, en el que se tipifica la propaganda anticonceptiva. Italia parece unirse así, dice el autor, a la línea de países que están en vanguardia en este terreno, como Dinamarca, Suecia o la misma Inglaterra. Giunta entiende que frente a dicha sentencia cabe invocar el principio de la certeza del Derecho —la Corte misma había rechazado la cuestión de la anticonstitucionalidad en 19 de febrero de 1965— y el argumento de que la disposición anulada no lesiona la libertad individual, ni guarda tampoco relación con las aspiraciones demográficas del fascismo. Tampoco convence a Giunta la consideración de que mientras que el aborto destruye una vida humana en formación, no puede invocarse este argumento frente a las prácticas anticoncepcionales, todo lo cual le impulsa a discrepar el criterio constitucional mencionado.

En el resto del fascículo es aconsejable la mención del trabajo de S. Santiapichi, *Rassegna di legislazioni straniere sulla tutela del ambiente naturale dagli inquinamenti* (Parte I. Col. 286 y sigs.), referido en realidad a la legislación de Estados Unidos, representada por la National Environmental Act 1969, en la cual se trazan las líneas de una política nacional orientada a armonizar el ambiente natural con la acción humana, de la prevención de daños en la biosfera, de la profundización del saber sobre los recursos naturaleza, de los sistemas ecológicos, etc.

La presente entrega contiene, como es acostumbrado en la revista, notas varias a sentencias penales. Citamos las siguientes: G. P. Latini, *Appunti in tema di reato continuato continuato* (Parte II. Col. 422), V. Miranda, *Osservazioni in tema di appropriazione indebita* (Parte II. Col. 425). Incluye también estudios importantes de naturaleza procesal penal.

Fascículo VIII-IX

La sección de doctrina se ocupa de cuestiones procesales.

D. Apicella, bajo el lema *Certezza o incertezza del diritto* (Parte II..

Col. 668), se refiere a problemas interpretativos suscitados por la norma del artículo 81 sobre el delito continuado. A. Cappiello, escribe acerca de *Le specialità medicinali* (Parte II. Col. 659) y R. Spizuoco, sobre *I limiti dell' indulto per le pene detentive derivanti da conversione per insolvibilità* (Parte II. Col. 664).

Varias notas a sentencias integran el fascículo.

ANGEL TORÍO

NACIONES UNIDAS

Revista Internacional de Política Criminal

Núm. 28, año 1970

PINATEL, Jean: «La investigación científica en materia de criminología como base de la política criminal».

El trabajo está orientado al estudio de los fines de prevención y represión de la criminalidad, denunciando la gravedad de la misma en los momentos actuales y el considerable aumento que se prevé para los próximos años. El problema del delito, situación más acentuada en Estados Unidos, tiende a incrementarse en la Europa Occidental. Ante tal situación es de la máxima urgencia la selección de programas de investigación para la lucha contra el delito.

Los programas de prevención necesitan de una investigación previa para conocer los fenómenos criminales, a fin de solucionar posteriormente las necesidades más urgentes. También hay que prestar atención a las instituciones, en especial a las leyes penales, la administración de justicia y las prisiones, que a veces son insuficientes o quedan anticuadas.

Considera que la Criminología no es ni debe ser un conjunto de disciplinas especializadas, sino que ha de convertirse en una ciencia autónoma. Mientras esto no se consiga, no habrá posibilidad de implantar ni ejecutar programas de investigación criminológica que sean eficaces.

Los estudios universitarios hay que orientarlos en dos fases: una de investigación y otra científica. En todo caso hay que aprovechar los conocimientos de la policía, los tribunales y las prisiones.

Este artículo nos demuestra, una vez más, la problemática de la investigación interdisciplinaria en Criminología, así como las dificultades que existen en conseguir el carácter autónomo para su autonomía. Lo cierto es que la Criminología no termina de encontrar ese puesto que le corresponde y, por ello, no puede dar soluciones, o, por lo menos, marcar directrices, en materia de prevención del delito, la lucha contra el mismo, y en el tratamiento del delincuente, a pesar de la terrible amenaza de la criminalidad. La verdad es que tampoco los Estados se han tomado demasiado en serio, salvo contadísimas excepciones, el problema del delito.

CANESTRI, Francisco: «Recursos existentes en Latinoamérica para la investigación criminológica con miras a establecer un plan de defensa social».

Se esfuerza el autor por demostrar que en Latinoamérica es mucho lo que se viene haciendo en materia de investigación criminológica, a pesar de que otra es la opinión que se tiene en el exterior. A tal efecto, reseña los Institutos de Criminología repartidos por todos esos países, así como otros organismos dedicados a ese tipo de investigaciones. Entre los obstáculos existentes para los trabajos señala: Deficiencia de las instituciones policiales, judiciales y penitenciarias, cuyo personal, con frecuencia, carece de la preparación necesaria; la aparición de nuevas formas de criminalidad, «los delitos comunes con móviles políticos»; falta de información suficiente; insuficiencia de especialistas; deficiencia en el apoyo económico, así como la carencia de una coordinación entre los países en materia de investigación.

Hemos de tener en cuenta que la investigación criminológica, por lo menos en el aspecto científico, solamente se da, y a pequeña escala, en los países económicamente fuertes. Casi podemos decir que es un lujo. Son pocos los Estados que dedican presupuestos especiales a estos trabajos. Latinoamérica se encuentra en esta situación, que junto con las dificultades que hemos visto existen, son suficientes para llegar a la conclusión de la situación en que se encuentra la investigación criminológica.

DUBOVETS, P. N.: «Estudio sobre el delito y la prevención del delito en la República Socialista Soviética de Bielorrusia».

Estima el autor que la criminalidad tiene su origen cuando, dentro de una etapa del desarrollo, aparece la propiedad privada y la sociedad se divide en clases sociales: los ricos, los pobres, los explotadores y los explotados. Es la desigualdad política y social la que da origen al delito. En Bielorrusia la criminalidad en los últimos cuarenta años ha disminuido a la sexta parte, y el 96 por 100 de los casos en que se sigue investigación criminal, terminan con éxito.

Es la lucha contra aquellas deficiencias sociales la que lleva a una disminución del delito. Los delitos graves apenas se dan —asesinato, lesiones graves, violación, robo, etc.—; los más frecuentes son: actos de vandalismo, destilación ilícita de licor, hurto de la propiedad privada, agresión y lesiones leves. En la prevención del delito participa tanto la policía como las comunas populares de voluntarios y los tribunales de camaradas. El artículo 124 del Código penal y de Procedimiento recoge la posibilidad de recabar ayuda del pueblo para la investigación del delito. Se presta especial interés a la prevención de la reincidencia y la delincuencia de menores.

Es cierto que en la criminalidad influye la desigualdad política y social. Pero, ¿en qué país del mundo no existe esto? También en los países socialistas sucede. Más bien son las injusticias sociales lo que tienen valor en la

delincuencia, pero ni aquello ni esto es suficiente, hay otros muchos factores. Si desaparece la propiedad privada, no va a ser fácil cometer delitos de este tipo. Es cierto que los países socialistas tienen menor criminalidad que los más liberales —pensemos en Estados Unidos—, pero lo importante es la relación «libertad-seguridad», o lo que es lo mismo, «libertad-criminalidad»; el mal uso de la libertad desemboca muchas veces en el delito; por eso, dentro del campo político, los países más liberales tienen mayor índice de criminalidad. Tampoco el régimen político justifica el índice de criminalidad.

Lo que sí nos sorprende, además de la disminución de la criminalidad, nada menos que a la sexta parte, es la eficacia de la investigación criminal, se aclaran el 96 por 100 de los delitos en que se interviene. Nos gustaría conocer el sistema, pues los resultados en cualquier país, son infinitamente más bajos. La investigación criminal es extraordinariamente difícil (1). Ello nos lleva a dudar de la seriedad del trabajo, precisamente en una ciencia, la Criminología, que puede ser imparcial.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

(1) Véase nuestro trabajo: *Notas sobre criminalística. Investigación criminal y tratamiento*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 194, 1971.

NOTICARIO

PRIMERAS JORNADAS UNIVERSITARIAS DE PROFESORES NUMERARIOS DE DERECHO PENAL.

Valladolid, 4, 5 y 6 de abril de 1972

Organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, que dirige el catedrático Dr. Marino Barbero Santos, y bajo el patrocinio de la Universidad, se han celebrado en Valladolid, del 4 al 6 de abril de 1972, las «Primeras Jornadas Universitarias de Profesores Numerarios de Derecho Penal», con asistencia, aparte del citado, de los siguientes catedráticos y profesores agregados de la disciplina: doctores Beristáin Ipiña, Oviedo; Cerezo Mir, Zaragoza; Córdoba Roda, Barcelona; Fernández Albor, Santiago de Compostela; Guallart, Zaragoza; Gimbernat Ordeig, Universidad Complutense de Madrid; Navarrete Urieta, Sevilla; Ortego Costales, Pamplona; Rodríguez Devesa, Universidad Complutense de Madrid; Rodríguez Mourullo, Universidad Autónoma de Madrid; Sáinz Cantero, Murcia; Suárez Montes, Oviedo, y Torío López, Valladolid.

Las «Jornadas», en las que se han discutido, como primer tema, el de los «Delitos contra el Estado», y, como segundo, la «Reforma del Derecho penal español», dieron comienzo el día 4 de abril a las 6 de la tarde, en el Palacio de Santa Cruz, con unas palabras de bienvenida y saludo de los profesores Barbero Santos y Serrano, decano accidental de la Facultad de Derecho.

A las 18,30 horas del mismo día 4, y en los locales del Seminario de Derecho penal, el profesor Ortego Costales expuso una ponencia sobre: «El bien jurídico en los delitos contra el Estado», a la que siguió una animada discusión entre los asistentes.

El 5 de abril a las 10 de la mañana, y en los mismos locales del Seminario de Derecho penal de Valladolid, el catedrático de Madrid, don José María Rodríguez Devesa, desarrolló su ponencia sobre: «Rebelión sin alzamiento», sobre la que se abrió, una vez terminada la exposición, un interesante debate.

Dentro ya del segundo tema de las «Jornadas», para el que había presentado también una comunicación sobre «Tráfico de drogas y delincuencia juvenil» el profesor Fernández Albor, el catedrático de Murcia, D. José Antonio Sáinz Cantero, expuso el día 6 de abril, a las 10 de la mañana, su ponencia sobre: «La incorporación al Código penal de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», que fue seguida, asimismo, de un amplio coloquio entre los asistentes. Por la tarde del mismo día se celebró una mesa redonda sobre: «El Derecho penal en la enseñanza universitaria» y se elaboraron las recomendaciones de las «Jornadas». Finalmente, a las 20,30 horas tuvo lugar el acto de clausura en el que intervinieron los profesores Torío, en nombre del Departamento de Derecho Penal de Valladolid, y del Sol. rector en funciones de la Universidad.

Las recomendaciones de las «Jornadas», que reproducimos al final de esta nota, han sido elevadas, a través del Rectorado de Valladolid, al Ministerio de Justicia; al de Educación y Ciencia lo fueron las referentes a la enseñanza de Derecho penal. Con fecha de 20 de abril el Ministerio de Justicia comunicó al Rectorado de Valladolid «que daba traslado a la Comisión General de Codificación del escrito en que se contienen las recomendaciones adoptadas por unanimidad en las Primeras Jornadas Universitarias de Profesores Numerarios de Derecho Penal».

Al margen de las «Jornadas» han tenido lugar diversos actos culturales y sociales para los asistentes y sus esposas, entre los que destacan la visita al Museo de Escultura, en la que fueron acompañados por el catedrático de Historia del Arte, profesor Martín González, una excursión a Tordesillas y Simancas, atendidos en su visita al Archivo Nacional por su Director, doctor Represa, y la recepción que ofreció en el Ayuntamiento el Ilmo. Sr. Alcalde de Valladolid.

Los asistentes acordaron celebrar las sucesivas reuniones con una periodicidad de dos años, designando a Barcelona como sede de las próximas de 1974.

El ambiente de cordialidad y la magnífica organización que han presidido este primer encuentro de penalistas españoles han dejado un gratísimo recuerdo en todos los participantes. La institucionalización de las «Jornadas» y, con ello, de un periódico cambio de impresiones entre los profesores de Derecho penal de España, supone un punto de partida esperanzador cuya importancia para la ciencia penal española difícilmente puede ser exagerada.

Recomendaciones de las «Primeras Jornadas de Profesores Numerarios de Derecho Penal»:

Los profesores numerarios de Derecho penal, reunidos en Valladolid con motivo de la celebración de sus Primeras Jornadas Universitarias para debatir los temas «Delitos contra el Estado» y «Reforma del Derecho penal español», formulan, como resultado de una amplia deliberación y discusión de las ponencias presentadas, las siguientes recomendaciones, aprobadas por unanimidad:

Primera.—La reforma de la legislación penal anunciada, que estiman de todo punto necesaria, no debe efectuarse de forma precipitada, sin dar publicidad a los trabajos preparatorios y sin recabar la colaboración de los estamentos interesados en la realización de la justicia penal, especialmente de las Facultades de Derecho.

Segunda.—No debe esperarse a que se lleve a cabo tal reforma para revisar los delitos contra la seguridad interior del Estado, por presentar algunos de ellos, en su regulación actual, defectos de forma y contenido contemplados a la luz de los principios del Estado de Derecho.

Sobre la cuestión «El Derecho penal en la enseñanza universitaria» efectúan las siguientes recomendaciones:

Primera.—Estiman imposible impartir la enseñanza del Derecho penal, como disciplina comprensiva de una parte general y otra especial, en un solo curso de Licenciatura.

Segunda.—En el supuesto de que se divida la Licenciatura en ciclos, todo graduado habrá de seguir dos cursos de Derecho penal, sin perjuicio de que la parte especial pueda variar en contenido y extensión en las diversas ramas de especialidades que puedan crearse.

Tercera.—La situación actual del saber penal aconseja que la Facultad de Derecho pueda ofrecer enseñanzas relativas a disciplinas afines —como Criminología y otras—, que cada Facultad organizaría conforme a sus disponibilidades didácticas.

Cuarta.—La ejecución de todo plan de estudios reclama la existencia de personal capacitado para que la enseñanza se efectúe con arreglo a métodos adecuados.

E. G. O.

* * *

**CURSILLO SOBRE: «ESTADO PELIGROSO Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
(La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social)».**

Valencia, 17 de noviembre a 15 de diciembre de 1972

El Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, bajo la dirección del Profesor Dr. Manuel Cobo del Rosal, ha organizado un Cursillo sobre: «Estado peligroso y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social)», que ha tenido lugar entre los días 17 de noviembre y 15 de diciembre del año 1972.

De las dieciséis conferencias que se han celebrado, damos a continuación una breve referencia, guardando el orden cronológico de su celebración.

PELIGROSIDAD SOCIAL Y PELIGROSIDAD CRIMINAL.—*Conferenciante:* C. M.^a DE LANDECHO, S. J., Doctor en Criminología por la Universidad de Bonn, y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

El conferenciante parte de analizar la génesis conceptual de la peligrosidad criminal a partir de Lombroso y de Garófalo, en su noción de la *temibilitá*. Analiza su desarrollo antropológico en Europa y el sociológico habido en Estados Unidos. Y concluye estudiando la posibilidad de pronóstico respecto de la misma, que la centra en el ochenta por ciento. A continuación pasó a estudiar la noción de peligrosidad social, demostrando que no tiene por qué llevar consigo la tendencia a la comisión del delito.

Posteriormente estudió la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, viendo cómo en la misma se cunfunden ambos tipos de peligrosidad (Número 5 de la Exposición de Motivos), haciendo la crítica de dicha confusión.

Tras analizar cuál debe ser el papel del Estado respecto los peligros sociales, concluyó haciendo un análisis comparativo del Código penal y la Ley de peligrosidad y rehabilitación social en relación a la realidad social que contempla.

EL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.—*Conferenciante*: J. R. CASABÓ, Profesor Adjunto de Derecho penal y Secretario General del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia.

El profesor Casabó dividió su conferencia en dos partes. Una primera centrada en el estudio de la evolución de las diferentes escuelas en la fundamentación y finalidad de cuál deba ser la reacción social frente al delito. Así, estudió, la situación en el antiguo régimen; en la codificación; la escuela clásica; la escuela positiva; la política criminal de Von Liszt; y el dualismo, con vigencia hoy generalizada.

Una segunda parte la dedicó al estudio de la legislación positiva española en materia penal a partir de 1848, concluyendo con la misma brillantez con el análisis del espíritu que informa a la actual Ley de peligrosidad y rehabilitación social.

MÉTODOS DE DETERMINACION DE LA PELIGROSIDAD SOCIAL.—*Conferenciante*: T. VIVES, Abogado-Fiscal y Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Valencia.

El punto central de la conferencia del profesor Vives se concretó, tras profundizar en las nociones objeto de la misma, en estudiar los diferentes métodos propuestos, desde que surgió la misma noción de peligrosidad, para determinar la existencia o no de peligrosidad en un determinado ser humano. Dicho estudio hace concluir de forma radical al conferenciante, afirmando la imposibilidad de determinar de manera científica la peligrosidad social en una determinada persona.

Concluyó el profesor Vives por conectar el estudio del tema, con las ideas informantes del Estado de Derecho, así como la necesidad de mantener éste en protección de la persona humana.

POLITICA CRIMINAL EN LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL DE 1970.—*Conferenciante*: J. DEL ROSAL, Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

Tras dedicar el profesor del Rosal un primer momento a evocar la figura del fallecido profesor Rodríguez Muñoz, entró en forma extensa en el estudio de la política criminal que encierra la mencionada ley. Disertó sobre la necesidad de tener en cuenta en primer lugar al criminólogo a la hora de tratar el tema de la peligrosidad, para de esta forma lograr una mayor humanización. Pasó posteriormente a analizar la Ley, y un estudio detallado de la misma le condujo a afirmar que el legislador no ha tenido en cuenta al criminólogo en punto a la determinación de la peligrosidad, siendo así, que éste es el que primero ha de ser llamado para ello. El profesor del Rosal, abundando en referencias a trabajos suyos en la materia, concluyó abogando por una atribución al criminólogo en la función de concretar y fijar la peligrosidad.

PRONOSTICO Y PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA.—Conferenciante:

J. MARTÍN CANIVELL, Magistrado y Doctor en Criminología por la Universidad de Harvard.

El conferenciante, a lo largo de su disertación, mostró las diferentes posibilidades en punto al pronóstico de la delincuencia, y expuso diversos sistemas propuestos, algunos objeto de estudio de él mismo en diferentes trabajos de investigación, así como las posibilidades que aquellos entrañan.

Igualmente, expuso los diversos medios que se pueden arbitrar de cara a la prevención de la delincuencia, señalando las necesidades materiales para el buen logro de las mismas, concluyendo con un análisis comparativo con la realidad española en esta materia, viendo cuáles eran las limitadas realidades actuales, así como las esperanzas futuras.

ASPECTOS JURIDICO-PENALES DE LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL.—Conferenciante: J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA,

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.

El profesor Rodríguez Devesa, tras recordar también al profesor Rodríguez Muñoz, hizo un estudio de diversos aspectos jurídicos que le resultaban polémicos en la Ley de que trataba, no sin antes trazar los antecedentes históricos de la misma, así como reseñar su filosofía inspiradora.

Los puntos tratados pueden resumirse: En la posibilidad de que se vulnere el principio de legalidad condenándose a una misma persona por estar inserta en un estado peligroso y absolviéndosele por delito, cuando se trata de un mismo hecho del que presuntamente dimanen ambas situaciones; en la denuncia falsa de estado peligroso; en el papel del Tribunal Tutelar de Menores; en el concurso de leyes, ya sea al coincidir un estado peligroso con un supuesto de delito del Código penal, ya sea entre dos o más estados peligrosos, punto este último en el que hizo especial énfasis.

ASPECTOS ORGANICOS Y FUNCIONALES DE LA APLICACION DE LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL.—Conferenciante: M. PASTOR, Magistrado-Juez Decano de Valencia. Juez de peligrosidad y rehabilitación social.

Dentro de las conferencias encuadradas en el ámbito de lo procesal, el conferenciante hizo un estudio práctico en punto a la vertiente de la Ley afecta de una manera más directa a dicho ámbito. La confluencia que tiene su cargo con la aplicación diaria de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social fue determinante del interés de sus consideraciones. Entre otros puntos, dada la diversidad de funciones que ya pesan sobre los Juzgados de Primera Instancia, que a su vez son de Instrucción en lo penal, hizo hincapié en la necesidad de crear un Juzgado de peligrosidad y rehabilitación social que conociera sólo de esta materia, y ello, tanto por el argumento de carácter práctico antes dicho como por otras razones, cuales son la distinta

mentalidad que debe informar a un juez preventivo de uno represivo, o el papel fundamental que por sí juega el juez en esta nueva Ley.

PSICOPATIAS Y PROBLEMAS DE REHABILITACION SOCIAL.—*Conferenciante*: M. ROJO, Catedrático de Psiquiatría de la Universidad de Valencia.

El profesor Rojo comenzó haciendo una exposición del cuadro de psicopatías hoy vigente, no sin antes referirse a anteriores clasificaciones. Tras delimitar el psicópata en esta forma, como hombre carente de proyecto vital, con las dificultades que ello entraña por situarse en los límites de lo normal con lo anormal, entró en el estudio de las posibilidades de rehabilitación social de los mismos. Tratamiento médico, trabajo del psicópata, o ambas posibilidades combinadas, son los caminos a seguir en punto a su rehabilitación, si bien empíricamente se ha demostrado la falta de certeza en la curación del psicópata, la cual sólo es posible, concluyó, en una sociedad, en una familia, en que el amor sea en forma real la base de su funcionamiento.

EL PROCESO POR PELIGROSIDAD SIN DELITO EN EL DERECHO COMPARADO.—DUDAS EN EL PROCESO POR PELIGROSIDAD EN LA LEY DE 4 DE AGOSTO DE 1970.—*Conferenciante*: V. FAIRÉN, Catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia.

En las dos conferencias el catedrático de la Universidad de Valencia dio muestras de su profundo conocimiento del tema, sobre el cual tiene publicados numerosos trabajos.

Partió el profesor Fairén de tratar a la peligrosidad sin delito como algo que está ahí y, por tanto, sobre lo que hay que trabajar, aunque siempre desde una posición crítica. Así, pues, emprendió el estudio de este tema en los diversos países sobre los que ha trabajado, analizando diversos aspectos del mismo, como, por ejemplo: órgano al que se atribuye su sustanciación; prueba, etc.; entrando de forma muy interesante en la constitucionalidad o no de las leyes que contienen este tipo de peligrosidad en los diferentes países.

En su segunda conferencia, el profesor Fairén siguió mostrando igual postura crítica, considerando un mal menor la atribución a la jurisdicción ordinaria el conocer de estos asuntos, y, en definitiva, realizando un sugestivo análisis de diferentes puntos polémicos que en el aspecto procesal presenta la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, haciendo siempre alusión al fundamental papel que el juez tiene en la misma, o mejor, en su aplicación.

TOXICOMANIAS Y PELIGROSIDAD SOCIAL.—*Conferenciante:* J. A. GIBERT, Catedrático de Medicina legal de la Universidad de Granada.

El profesor Girbert comenzó enfocando una breve perspectiva histórica respecto a la existencia de las drogas, para a continuación hacer un estudio de las diferentes drogas o tóxicos existentes hoy, atribuyéndoles sus diversos caracteres, según provoquen o no alteraciones orgánicas, creen o no necesidad de aumento paulatino de dosis y produzcan o no dependencia fisiológica o psicológica.

Hizo referencia al sujeto que consume estas drogas, considerando las diversas consecuencias de tipo delictivo que el hábito a las mismas produce, concluyendo, en consecuencia, en señalar como una situación criminógena la que converge al consumo de las diferentes clases de drogas.

LA HOMOSEXUALIDAD EN LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL.—*Conferenciante:* M. C. MIRAVET, Abogado-Fiscal de la Audiencia de Palma de Mallorca. Fiscal de peligrosidad social.

Partiendo de consideraciones antropológicas en la configuración de la homosexualidad, el conferenciante se refirió a su experiencia en Palma de Mallorca como Fiscal de peligrosidad social, y sobre unos mil casos de homosexualidad trazó el estudio de los diversos supuestos planteables en relación a la homosexualidad.

Tras analizar las diferentes posibilidades en punto a la rehabilitación o regeneración de los homosexuales a través de injertos, cargas eléctricas, médicas, etc., señaló la dificultad que ello plantea en muchos casos, concluyendo con una llamada a la comprensión ante estas situaciones.

PROBLEMATICA ACTUAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.—*Conferenciante:* G. RODRÍGUEZ MOURULLO, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

El profesor Rodríguez Mourullo, comenzó su conferencia con una mirada retrospectiva, de cara a analizar las diferentes escuelas con sus respectivas fundamentaciones de la reacción del Derecho penal frente a las conductas antisociales. Se detuvo en el estudio de la escuela positiva. Apuntó la solución dualista de Stooss, mostrando su actual vigencia hoy en las diferentes legislaciones. Y entró en el estudio de la vigente problemática en torno a las medidas de seguridad, haciendo un detallado estudio, con la consiguiente crítica de la nueva defensa social. Concluyó alegando la necesidad del mantenimiento de las garantías inherentes al Estado de Derecho.

LOS COMPORTAMIENTOS SEXUALES EN LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL.—*Conferenciante*: E. BELTRÁN, Abogado-Fiscal y Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Valencia.

El profesor Beltrán estudió la nueva Ley de forma concreta, referida a los supuestos de peligrosidad que se encuadran en comportamientos sexuales. Así, los de los números 2.º (rufianes y proxenetas); 3.º (realicen actos homosexuales); 4.º (las que habitualmente ejerzan la prostitución); 5.º (los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología); y 14.º (menores de veintiún años: abandonados por la familia o rebeldes a ella que se hallaran moralmente pervertidos), todos ellos del artículo 2.º de la Ley. De los mismos hizo un profundo estudio, encontrando la posibilidad de encuadrarlos en tipos penales (así, por ejemplo, el número 5 con el escándalo público), creándose con ello la posibilidad de sancionar doblemente una conducta y suscitándose de esta forma problemas jurídicos, que lamentó se hubieran dado en la reciente Ley que se estaba estudiando.

ESTRUCTURA DE LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE PELIGROSO.—*Conferenciante*: B. F. CASTRO, Magistrado y Profesor de la Escuela Judicial.

El doctor Castro verificó un análisis criminológico de la personalidad del delincuente peligroso en general, para lo cual utilizó conocimientos e investigaciones médicas del más alto interés en orden a la interna composición del cerebro y de la mente humana. Especialmente se refirió a la tesis del «paso al acto», llevando a cabo una valoración positiva de la misma en la forma que ha sido concretada por la moderna criminología, principalmente la francesa. No obstante, puso de manifiesto las inseguridades que la misma contiene.

No dejó el doctor Castro de apuntar una crítica jurídica a distintos extremos de la Ley, que fueron esbozados finamente por el conferenciante.

ESTADO PELIGROSO Y MEDIDA DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.—*Conferenciante*: M. COBO, Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia.

El profesor Cobo puso broche final al Cursillo con esta conferencia, encuadrando de forma general, a la vez que directa, la problemática que suscita en el Derecho penal español el estado de peligrosidad y la medida de seguridad.

En primer lugar, el conferenciante expuso las diferentes posibilidades que el Derecho penal tiene de cara a las conductas antisociales, bien sean configuradas como delitos, surgiendo la pena como reacción, bien sea como

situación de peligrosidad que muestra una inclinación a la comisión del delito, surgiendo la medida de seguridad, estado peligroso que puede ser ante o postdelictual.

Posteriormente expuso la actual fundamentación de la medida de seguridad, que, a su entender, debe considerarse como una lógica consecuencia de un Estado Social de Derecho, pasando a estudiar cuál sea la naturaleza de las medidas de seguridad, si penal o administrativa.

Tras analizar los diferentes estados peligrosos en la nueva Ley, vio cómo todos ellos hacen referencia a acciones, y no a situaciones subjetivas de peligrosidad, si bien esto se mengua con la atribución judicial de analizar la existencia de peligrosidad en cada sujeto, y concluyó estudiando las condiciones que deben determinar la entrada de las medidas de seguridad en el seno del Derecho penal. En definitiva, deberán condicionarse a las exigencias del principio de legalidad, el cual pasó a estudiar tanto en lo que significa cuanto en las posibilidades de vulnerarlo materialmente, pese a su mantenimiento formal.

J. Boix.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXV

FASCICULO II

Mayo - Agosto MCMLXXII

Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español</i> , por José Antón Oneca	249
<i>Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo	289
<i>La Condena Condicional en España. Apuntes para su historia</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	305

Crónica extranjera

<i>Algunas notas acerca del Código penal de Costa Rica</i> , por Jorge Enrique Romero Pérez	425
--	-----

Sección Legislativa

<i>Cuestiones relativas a la interpretación del Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971</i>	459
<i>Instrumento de Ratificación del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 diciembre 1970)</i>	462
<i>Dictamen acerca de la modificación del artículo 255 y la circunstancia segunda del apartado 3.º del artículo 199 del Código de Justicia Militar</i>	468

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1969</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	471
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.)</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	509

Revista de libros

BAIGUN, David: <i>Naturaleza de las circunstancias agravantes</i> , por Francisco Bueno Arús	531
BARBERO SANTOS, M.: <i>Estudios de criminología y Derecho Penal</i> , por José Antón Oneca	532
BASSIOUNI, M. Cherif: <i>Criminal Law and its Processes</i> , por Antonio Beristain	536
BAUMANN, Jürgen: <i>Casos penales y soluciones. Parte general</i> , por M. Barbero Santos	539
EL SHAKANKIRI, Mòhamed: <i>La Philosophie Juridique de Jeremy Bentham</i> , por Agustín Jorge Barreiro	541
VON HENTIG: <i>El delito</i> (vol. II), por Alfonso Serrano Gómez	546
VON HENTIG: <i>El delito</i> (vol. III), por Alfonso Serrano Gómez	552

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: <i>Derecho Penal Español, Parte General</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	558
RODRÍGUEZ FLORES, María Inmaculada: <i>El perdón real en Castilla</i> (siglos XIII-XVIII), por Francisco Bueno Arús	569
SCHIAVANO, G.: <i>La tutela penale dello stato di filiazione</i> , por Miguel Bajo Fernández	571
SODERMAN, H. y O'CONNELL, J. J.: <i>Métodos modernos de investigación policíaca</i> , por Alfonso Serrano Gómez	574
STRATENWERTH, Günter: <i>Strafrecht, Allgemeiner Teil, I.—Die Straftat</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	575

Revista de Revistas

Francia

<i>Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé</i> , año 1971, números 3.º y 4.º, por Ambrosio Madrigal García	599
---	-----

Interpol

<i>Revista Internacional de Policía Criminal</i> , mayo 1972, por Alfonso Serrano Gómez	602
--	-----

Italia

<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> , 1971, núms. 1.º y 2.º, por Angel Torío	603
<i>La Scuola Positiva</i> , 1971, núm. 2, por Angel Torío, <i>La Giustizia Penale</i> , 1971, I-IX, por Angel Torío	608

Naciones Unidas

<i>Revista Internacional de Política Criminal</i> , núm. 28, 1970, por Alfonso Serrano Gómez	612
NOTICIARIO	615

Crónica extranjera

Algunas notas acerca del Código penal de Costa Rica, por Jorge Enrique Romero Pérez 425

Sección Legislativa

Cuestiones relativas a la interpretación del Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971 459
Instrumento de Ratificación del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 diciembre 1970) 462
Dictamen acerca de la modificación del artículo 255 y la circunstancia segunda del apartado 3.º del artículo 199 del Código de Justicia Militar 468

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1969, por Pedro-Luis Yáñez Román 471
Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.), por Fernando Gisbert Calabuig. 509

Revista de Libros 531

BAIGUN, David: *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, por Francisco Bueno Arús; BARBERO SANTOS, M.: *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, por José Antón Oneca; BASSIOUNI, M. Cherií: *Criminal Law and its Processes*, por Antonio Beristain; BAUMANN, Jürgen: *Casos penales y soluciones. Parte general* por M. Barbero Santos; EL SHAKANKIRI, Mohamed: *La Philosophie Juridique de Jeremy Bentham*, por Agustín Jorge Barreiro; VON HENTIG: *El delito*, (vol. II), por Alfonso Serrano Gómez; VON HENTIG: *El delito* (Vol. III) por Alfonso Serrano Gómez; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español, Parte General*, por Pedro-Luis Yáñez Román; RODRÍGUEZ FLORES, María Inmaculada: *El perdón real en Castilla* (siglos XIII-XVIII), por Francisco Bueno Arús; SCHIAVANO, G.: *La tutela penale dello stato di filiazione*, por Miguel Bajo Fernández; SODERMAN, H., y O'CONNELL, J. J.: *Métodos modernos de investigación policiaca*, por Alfonso Serrano Gómez; STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I.—Die Straftat*, por Pedro-Luis Yáñez Román.

Revista de Revistas 598

FRANCIA: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, año 1971 núms. 3.º, 4.º, por Ambrosio Madrigal García; INTERPOL: *Revista Internacional de Policía Criminal*, mayo 1972, por Alíonso Serrano Gómez; ITALIA: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, núms. 1.º y 2.º, por Angel Torío; *La Scuola Positiva*, 1971, núm. 2, por Angel Torío; *La Giustizia Penale*, 1971, I-IX, por Angel Torío; NACIONES UNIDAS: *Revista Internacional de Política Criminal*, núm. 28, 1970, por Alfonso Serrano Gómez.

Noticario

— *Primeras Jornadas Universitarias de Profesores Numerarios de Derecho penal*. Valladolid, 4-6, abril, 1972 615
 — *Cursillo sobre «Estado Peligroso y Medidas de Seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social)»*. Valencia, 17 noviembre-15 diciembre 1972. ... 617

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas