

FERNANDEZ ALBOR

CORREIA

LANDROVE DIAZ

GIMBERNAT ORDEIG

FDEZ. RODRIGUEZ

JORGE BARREIRO

Ensayos Penales

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA



CURSOS Y CONGRESOS

DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

4

ensayos penales

FERNANDEZ ALBOR

LANDROVE DIAZ

FERNANDEZ RODRIGUEZ

CORREIA

GIMBERNAT ORDEIG

JORGE BARREIRO

A large, light blue watermark of the USC logo is centered on the page. The logo consists of the letters 'USC' in a large, bold, sans-serif font, with the full name 'UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA' written in a smaller font below it, all contained within a diamond-shaped border.

© Universidad de
Santiago de Compostela

SECRETARIADO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

D. legal: M. 38991-1974 PRINTED IN SPAIN ISBN: 84-600-6489-1

VILLENA, Artes Gráficas. Cardenal Herrera Oria, 242. Madrid-35

Presentación

Con el deseo de ofrecer a los estudiosos del Derecho Penal algunas de las actividades desarrolladas en el Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria de la Universidad de Santiago, hemos solicitado del Secretariado de Publicaciones la edición de estos Ensayos Penales en su colección «Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela». Es para mí motivo de agradecimiento la inmediata y cordial acogida que esta idea tuvo en la Junta de Publicaciones de la Universidad y en su Secretariado.

Se recogen aquí una serie de trabajos realizados en el Departamento y las conferencias pronunciadas por algunos de nuestros distinguidos visitantes, los profesores CORREIA, de la Universidad de Coimbra —tan unida a la Facultad de Derecho de la Universidad Compostelana—, y GIMBERNAT, de la Universidad Complutense de Madrid.

Como en publicaciones anteriores del Departamento, colabora en ésta un miembro de la carrera judicial, el magistrado D. ANTONIO FERNÁNDEZ. Con ello pretendemos llevar a cabo, dentro de nuestras modestas fuerzas, la unidad de criterios en la investigación jurídica con miras a la aplicación del Derecho sin caer en la, para nosotros al menos discutible, distinción entre «prácticos» y «teóricos».

A todos los que colaboran en estos Ensayos Penales el agradecimiento más sincero, en nombre de la Universidad de Santiago de Compostela y en el mío propio.

Santiago de Compostela, diciembre de 1974.

AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR,
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO

	<u>Página</u>
<i>Presentación.</i> Agustín FERNÁNDEZ ALBOR, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela	5
<i>Aspectos penales y criminológicos de las toxicomanías.</i> Agustín FERNÁNDEZ ALBOR, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela ...	9
<i>¿Es legalmente ejecutable la pena de muerte en España?</i> Gerardo LANDROVE DÍAZ, profesor agregado de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela	45
<i>Consideraciones sobre el delito y la pena.</i> Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, magistrado de la Audiencia Territorial de La Coruña	81
<i>Sentido e alcance do Projecto de Reforma do Código Penal português.</i> Eduardo CORREIA, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	107
<i>Inducción y auxilio al suicidio.</i> Enrique GIMBERNAT ORDEIG, profesor agregado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid	175
<i>Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana.</i> Agustín JORGE BARREIRO, profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid	201

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

**Catedrático de Derecho Penal en la Universidad
de Santiago de Compostela.**



**Aspectos penales y criminológicos
de las toxicomanías**

1. DETERMINACIONES PREVIAS.
2. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS.
 - 2.1. **Alcohol y delito.**
 - 2.1.1. Profilaxis.
 - 2.1.2. Alcoholismo y delito en España.
 - 2.2. **Otras drogas.**
 - 2.2.1. Tráfico y consumo de drogas.
 - 2.2.2. Drogas y delincuencia juvenil.
 - 2.2.3. El tráfico de drogas en España.
3. CODIGO PENAL.
 - 3.1. **Embriaguez.**
 - 3.2. **Alcoholismo.**
 - 3.3. **Conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes.**
 - 3.4. **Tráfico ilegal de drogas.**
 - 3.5. **Otros preceptos penales.**
4. LEY SOBRE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL.
5. TRATAMIENTO ASEGURATIVO Y REFORMADOR DEL ALCOHOLICO Y DEL DROGADICTO.
 - 5.1. **Tratamiento del delincuente alcohólico o drogadicto.**
 - 5.2. **Tratamiento extrapenal de los sujetos peligrosos no delinquentes.**
6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. DETERMINACIONES PREVIAS

La polémica doctrinal que suscita el tema «toxicomanías», desde el enfoque médico y sociológico, nos ha llevado a considerar la conveniencia de referirnos a sus aspectos criminológicos y penales.

Con objeto de conocer las causas profundas y aumento de estas conductas y, especialmente, la posición del legislador —que con los antiguos preceptos remozados, unas veces, y con los nuevos tipos, otras, intenta aportar las soluciones adecuadas—, es conveniente partir del concepto de droga y su influencia en el desarrollo de la criminalidad. Una vez considerados sus aspectos criminológicos es conveniente también detenerse en el estudio de las conductas recogidas en el Código Penal y en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, relacionadas con «drogas tóxicas o estupefacientes». Pasaremos después al estudio del tratamiento asegurativo y reformador del alcohólico y del drogadicto, para cerrar el trabajo con unas consideraciones finales sobre el tema.

2. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS

Según reciente publicación de la Fiscalía del Tribunal Supremo sobre las *Circulares relacionadas con la Ley*

sobre *Peligrosidad y Rehabilitación Social*, es droga, en un sentido general, toda sustancia que introducida en el organismo puede modificar, inmediatamente o no, una o varias de sus funciones (1). En este sentido general, podemos considerar que el alcohol es una droga y como tal forma parte de la problemática general de las toxicomanías; aun cuando no se nos oculta que el concepto vulgar de drogas lo excluye, pero esta posición no es correcta. Pues bien, en los últimos años se ha puesto de relieve la íntima relación entre droga y delito. Hoy, en efecto, la droga se relaciona con la delincuencia, los períodos de abstinencia y la ingestión desmedida de alcohol —que lleva a la embriaguez y en algunos casos al alcoholismo— pueden conducir al crimen.

2.1. ALCOHOL Y DELITO.

Recuerda RODRÍGUEZ DEVESA que la prueba clásica de las relaciones entre criminalidad y alcoholismo la suministró en Irlanda el P. MATHEW, quien consiguió llevar a una abstinencia completa a gran número de personas, en pocos años, rebajando así considerablemente la cri-

(1) *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*. Fiscalía del Tribunal Supremo. Prólogo de Fernando HERRERO TEJEDOR, Madrid, 1972, págs. 50 y sig.: «Las sustancias están incluidas en el término de drogas tóxicas. Las sustancias sicotrópicas, con efectos estimulantes o deprimentes sobre el sistema nervioso central o que producen alucinación (barbitúricos, tranquilizantes, anfetaminas, drogas sicodélicas o alucinógenas), así como las narcóticas (opio y sus alcaloides), forman parte de las drogas estupefacientes, que, por ello, pueden subdividirse en drogas *morfínicas* (opio, morfina, heroína), *drogas de tipo anfetamínico*, *drogas alucinógenas* (lisérgida o LSD, *cannabis* o cáñamo índico), *drogas sedativas* (derivadas del ácido barbitúrico), etc., caracterizadas todas ellas por crear una sensación de bienestar y placer y por causar una acusada dependencia o reacción de adaptación del organismo, que, habituado a la droga, la necesita de manera continua en forma irresistible para evitar la aparición de tensiones físicas y psíquicas de muchas clases («síndrome de abstinencia»).»

minalidad por delitos graves. Los datos estudiados por HESSE en los hospitales bávaros durante los años de la primera guerra mundial son evidentes, al demostrar la disminución de internamientos por alcoholismo y delirio alcohólico, como consecuencia del regreso forzado en el consumo de alcohol motivado por la contienda. También Finlandia conoció la prohibición durante los años veinte, pero —como recuerda el autor citado— el contrabando anuló por completo sus efectos al aumentar de manera clara, durante este período, no sólo las intoxicaciones agudas y crónicas, sino también los casos de *delirium tremens*. A su entender, «en los experimentos de prohibición se ha presentado el fenómeno de una criminalidad ligada al contrabando. El cortejo de las «leyes secas» está formado por la corrupción, amenazas, coacciones, delitos de sangre...» (2).

Por otro lado, la influencia del alcohol en la víctima del delito es clara, hasta tal punto que VON HENTIG no tiene inconveniente en afirmar categóricamente que «el alcohol está a la cabeza de los factores que crean víctimas» y que «el bebedor es la víctima ideal de todos los delincuentes contra la propiedad, de los autores de robo con violencia o intimidación en las personas... y más aún de los de hurto y estafa» (3).

Por último, hemos de recordar la cifra, cada vez mayor, de muertos en accidentes de la circulación con alcoholemia y el incremento de los delitos en los fines de semana.

2.1.1. Las medidas adecuadas para prohibir la inges-

(2) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Problemática jurídica y criminológica en el campo del alcoholismo y las toxicomanías. El punto de vista del criminólogo*, conferencia pronunciada en la Universidad de Sevilla el día 5 de junio de 1972.

(3) VON HENTIG, H.: *El delito, II, El delincuente bajo la influencia de las fuerzas del mundo circundante*, trad. y notas por CEREZO MIR, J., Madrid, 1972, págs. 537 y sig.

ción de bebidas alcohólicas, y evitar así el aumento de los delitos derivados de este consumo, son muy difíciles de llevar a la práctica, habida cuenta de las condiciones especiales y delicadas en que se encuentra el legislador en la sociedad actual. En efecto, el consumo de alcohol está admitido, a pesar del daño que pueda causar a la salud de las personas. Las campañas publicitarias animando al consumo de bebidas alcohólicas van en aumento y suponen una buena fuente de ingresos. Hasta el momento, no se ha tomado ninguna medida para impedirlo. Es más, las medidas profilácticas que ofrece la doctrina científica procedentes de diversos campos, no sólo del médico, apenas han cristalizado en la legislación vigente. Entre estas medidas profilácticas, que pueden contribuir a la reducción del consumo de esta droga, se suelen mencionar, entre otras, la difusión de los perniciosos efectos que se derivan de su abuso, la creación de centros terapéuticos adecuados, la limitación en su expendición y, especialmente, las sanciones penales, a nivel de delito o de falta, según la gravedad de la conducta.

2.1.2. En España, el problema que plantea el alcoholismo es muy importante, mucho más que las otras drogas. Según recientes estadísticas, el número de alcohólicos se eleva a millón y medio, a diferencia de los drogadictos, que, según estadísticas policiales, apenas superan el millar. El IV Seminario de Alcoholismo y Toxicomanía, celebrado en Pamplona el año 1970, consideró que el alcohol ha creado hábito o dependencia crónica en dos millones de españoles (4). Es más, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1972 cifra el porcentaje de personas alcohólicas en nuestro

(4) Vid. GARMENDIA, J.: *Esquema del delito en España*, Barcelona, 1973, pág. 126.

país en un 8,5 por 100 (5) y la de 1973, después de destacar que el alcoholismo es una toxicomanía que en España plantea un grave problema «de extensión cuantitativa infinitamente superior a la del consumo de drogas, aunque sus efectos no sean tan nocivos», subraya el constante aumento de casos de *delirium tremens* (6).

A la vista de estos datos, podemos llegar a una conclusión. Si el alcohol es una «droga» —y así lo ha considerado la Organización Mundial de la Salud— que ha creado dependencia en un porcentaje tan elevado de la población española, ¿por qué se disculpa e incluso fomenta el consumo de bebidas alcohólicas? ¿Nos encontramos ante una droga «legalizada»? Aunque es sabido que puede crear dependencia, se anima a su consumo, en los actos sociales se incita continuamente a beber a pesar del dato, sobradamente conocido, que los hospitales psiquiátricos están ocupados por gran número de alcohólicos. Como tantas veces se ha dicho, es la droga de la sociabilidad. Ya desde niños, en nuestra sociedad, se incita a beber, a pesar de la natural repulsa que en los primeros años de la vida se siente a las bebidas alcohólicas; en diversas encuestas realizadas en distintos colegios se ha comprobado que solamente el 6 por 100 no habían tomado nunca bebidas alcohólicas. Las consecuencias de esta escalada no se hacen esperar. En efecto, en pocos años, desde 1960 hasta hoy, se ha triplicado el número de alcohólicos.

Ya para terminar esta referencia a la importancia del alcohol y su relación con la delincuencia en nuestra patria, una breve muestra de sus efectos: 56.000 accidentes

(5) *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales*, Madrid, 1972, pág. 53.

(6) *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales*, Madrid, 1973, pág. 81.

de tráfico; el 70 por 100 de los delitos contra la honestidad; el 50 por 100 de los robos; el 50 por 100 en los delitos de sangre. Dejando a un lado, por no ser objeto de esta exposición, 250.000 accidentes laborales.

2.2. OTRAS DROGAS.

En cuanto a las otras drogas, se nos presentan dos cuestiones. La primera de ellas es si la preocupación creciente por su tráfico y consumo responde a la realidad presente o si, por el contrario, se trata de simples llamadas de atención, de medidas preventivas, ante su posible aparición como problema grave en un futuro próximo. La segunda cuestión es la relación existente entre drogas y delincuencia juvenil.

2.2.1. La primera de estas cuestiones nos ofrece, a nivel internacional, un problema grave. Hasta tal punto, que la vigesimosexta Asamblea General de las Naciones Unidas abordó el tema de la coordinación en la prevención y medidas a tomar contra el tráfico y uso, cada vez más extendido, de las drogas. En la mayor parte de los países europeos se han adoptado fuertes medidas para evitar este crecimiento, con aplicación de sanciones penales y, paralelamente, con campañas a través de los medios de comunicación social en las que se trata de resaltar los peligros que para el organismo humano supone el consumo de drogas (6 bis).

(6 bis) JENNI, R.: *Drogenkonsum und drogenhandel im blickpunkt des kriminologen*, Zurich, 1973. FULLY, G.: *Le probleme des drogues trafiquants*, en «Revue Penitentiaire et de Droit Penal», 1973, págs. 523 y sigs. VAN SWIETEN, C.: *Les frontieres de la répression pénale-Drogue*, en «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Bruselas, 1972, págs. 223 y sigs. CHAUS SERIE-LAPREE, Ph.: *Les deux aspects de la drogue*, en «Revue Penitentiaire et de Droit Pénal», 1972, págs. 479 y sigs. DELOGU, T.: *La problematica giuridica delle tossicomanie*, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», Milán, 1973, págs. 497 y sigs. LAPLAZA, F.: *El Derecho Penal y la regulacion del tráfico y del*

Sin embargo, se han manifestado opiniones —movidas por distintos fines— que consideran que muchas de las drogas que hoy se consumen son poco nocivas y por ello, en un futuro más o menos próximo, serán autorizadas, tal como ha sucedido con el tabaco, hoy considerado como una de las denominadas drogas menores. Opiniones éstas minoritarias y que, por suerte, no gozan de predicamento.

2.2.2. Por lo que respecta a la relación entre drogas y delincuencia juvenil, aun cuando es estrecha, no debe llevarnos a considerar que la drogaadicción se limita a la edad juvenil; sin embargo, la entrega de nuestra juventud a los estupefacientes en los últimos años, motivada por diferentes causas, ha aumentado considerablemente. Es sintomática la clara evolución que se puede observar en el mercado de la droga, que busca sus principales consumidores entre la juventud. El giro ha sido notable, de un mercado orientado hace años a sujetos de edad madura y posición social acomodada se ha pasado a los jóvenes, e incluso adolescentes y niños, pertenecientes a distintos estamentos sociales. Esto nos lleva a considerar que el crecimiento de la delincuencia juvenil y el aumento del consumo y tráfico de drogas están íntimamente relacionados. La heroína, LSD-25 y marihuana, consumidos en gran medida por jóvenes, así como los barbitúricos y psicofármacos, que con frecuencia crean hábito, pueden convertirse en factor criminógeno dentro de la delincuencia juvenil (7).

uso ilegítimo de estupefacientes, en «Revista de Derecho Penal, Criminología y Criminalística», 1972, págs. 493 y sigs. FONTÁN BALESTRA: *Regulación penal de las toxicomanías en la República Argentina*, ibidem, págs. 485 y sigs. POGGI, V.: *Vocabulario de las drogas*, ibidem, págs. 301 y sigs.

(7) Vid., sobre drogas y delincuencia juvenil, FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Tráfico de drogas y delincuencia juvenil*. Comunicación presentada en las «Primeras Jornadas Universitarias de Profesores Numerarios de Derecho Penal», Valladolid, abril 1972, en

2.2.3. Las estadísticas más recientes señalan el crecimiento del tráfico y consumo de drogas en España. En el pasado año 1973, según datos facilitados por los archivos policiales, el número de detenidos fue (8) superior a los años anteriores. Continúa así el crecimiento observado en los últimos años y que alcanzó su mayor desarrollo, con un aumento del 100 por 100, entre 1969 y 1970. Sin embargo, después de esa escalada, parece que el aumento en su tráfico y consumo no es tan alarmante; es más, algún informe fiscal, al referirse a alguna provincia muy visitada por el turismo internacional (Balears), percibe una ligera regresión entre 1970 y 1971. Los datos son los siguientes:

1968	380	1971	1.297
1969	601	1972	1.350
1970	1.249	1973	1.963

Se puede observar también, en los datos elaborados por la Dirección General de Seguridad, Brigada Especial de Estupefacientes, sobre drogas consumidas, edad, nacionalidad y sexo, que las drogas más utilizadas son las derivadas del cáñamo común (*cannabis indica*), alucinógenos, estimulantes y opiáceos, por este orden (9). La edad que predo-

Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales, Madrid, 1972, páginas 232 y sgs., y *Delincuencia juvenil*, cursos y congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1973, págs 38 y sgs, y bibliografía que allí se cita, especialmente pág. 40, nota 37. Vid., también, GRAVEN, J.: *Le «mal de la drogue» des jeunes*, en «Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique», Genève, 1971-72, págs. 175 y sgs.

(8) Datos de la Dirección General de Seguridad. Comisaría General de Investigación Criminal. Brigada especial de estupefacientes. «Datos estadísticos de los doscientos casos observados en Madrid en el año 1973», Madrid, enero 1974, y «Estudio estadístico del consumo en España en 1973», Madrid, enero 1974. Vid., también, las últimas Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1972, pág. 50, y 1973, pág. 66.

(9) Vid. «Datos estadísticos de los doscientos casos observados en Madrid en el año 1973». Dirección General de Seguridad. Comisaría General de Investigación Criminal. Brigada Especial de Estupefacientes. Madrid, enero 1974: «Con relación a las drogas consumidas resulta evidente la mayor utilización de *cannabis*,

mina gira entre diecinueve y veinticinco años, con descenso muy acusado a partir de los cuarenta (10).

En cuanto a la nacionalidad de los consumidores, el porcentaje mayor corresponde a los españoles, 69,17 por 100, frente al 30,83 por 100 de los extranjeros (11).

en sus diferentes presentaciones, habiéndose observado... que entre ellas es el «hachich» el que goza de mayores preferencias, incluso podría decirse que en la actualidad, de preferencia exclusiva, acudiéndose, por ejemplo a la «grifa», cuando carecen de aquél. El consumo de ésta es más frecuente en los habituales mayores de veinticinco años, fundamentalmente aquellos que adquirieron el hábito en la Legión o que llevan muchos años fumando esta sustancia. En cuanto a esta preferencia por el «hachich» sobre otras modalidades del cannabis, a nuestras preguntas unos han contestado, que por poseer más principio activo; y otros, que por ser lo que con más facilidad se encuentra hoy, ya que es más sencillo pasarlo por la Aduana gracias a su menor volumen».

(10) Porcentajes por edades:

EDADES	Número de consumidores	Tanto por ciento
Hasta dieciséis años	16	0,96
De diecisiete a dieciocho años	197	11,93
De diecinueve a veinticinco años.	1.040	62,99
De veintiséis a cuarenta años ...	350	21,20
Mayores de cuarenta años	48	2,90
<i>Total</i>	1.651	

La diferencia entre el total de detenidos —1.963— y el número de consumidores estudiados aquí —1.651— está constituido por los que únicamente son traficantes.

(11) Nacionalidad y número de consumidores:

ESPAÑOLES	Varones	Mujeres	TOTALES
Hasta dieciséis años	10	2	12
De diecisiete a dieciocho años ...	153	22	175
De diecinueve a veinticinco años.	641	44	685
De veintiséis a cuarenta años ...	224	8	232
Mayores de cuarenta años	35	3	38
	1.063	79	1.142

Se ha considerado al turismo como uno de los factores que han contribuido al aumento del consumo de la droga entre los españoles. Sin embargo, el factor de mayor importancia viene determinado por las cotas alcanzadas en el nivel de vida por la sociedad española, con repercusión en la estructura social y condicionamientos culturales. Es curioso destacar que el consumo de la droga se ha extendido en los últimos años por las distintas profesiones, obreros especialistas y obreros en general, profesiones artísticas, etc., si bien el porcentaje mayor corresponde a los que no ejercen actividad laboral alguna y a los estudiantes. La droga, hace años limitada casi exclusivamente a niveles económicos altos, ha pasado ya a los niveles medio y modesto, en los que se acusa el mayor incremento.

Por lo que respecta a la relación existente entre consumo de drogas y sexo, se puede apreciar la diferencia según se trate de varones o mujeres. Según los datos estadísticos que estamos utilizando, correspondientes al año 1973, el porcentaje es el siguiente: varones, 90,67 por 100; mujeres, 9,32 por 100.

Una última cuestión, la distribución geográfica en el tráfico y consumo. Se puede observar que los grandes núcleos urbanos, Madrid y Barcelona, ofrecen, por razones obvias, el mejor terreno para el consumo y tráfico. Por otro lado, en Las Palmas y en la zona periférica de algunas provincias andaluzas se observa el creciente

EXTRANJEROS	Varones	Mujeres	TOTALES
Hasta dieciséis años	2	2	4
De diecisiete a dieciocho años ...	19	3	22
De diecinueve a veinticinco años.	299	56	355
De veintiséis a cuarenta años	105	13	118
Mayores de cuarenta años	9	1	10
	434	75	509

aumento del tráfico, motivado, especialmente, por su proximidad al Norte de Africa, donde se cultivan las drogas de mayor consumo en el mercado español (12).

3. CODIGO PENAL

La reforma del Código Penal de 8 de abril de 1967 añadió el artículo 340 bis, a), 1.º, en la Sección 1.ª, «Delitos contra la seguridad del tráfico», del capítulo II, «De los delitos de riesgo en general», del Libro II. Por otro lado, el artículo 344, incluido en la Sección 2.ª, «De los delitos contra la salud pública», del mismo capítulo II, fue modificado por la reforma de 15 de noviembre de 1971. Uno y otro precepto tienen especial interés para nuestro tema, habida cuenta que el primero se refiere a «la influencia de bebidas alcohólicas» y el segundo a las «drogas tóxicas o estupefacientes».

Estas novedades, además de los preceptos del Código Penal, que tradicionalmente tipifican las conductas relacionadas con el alcohol, nos llevan a estudiarlas por separado.

El vigente Código Penal menciona la embriaguez entre las circunstancias atenuantes en el artículo 9, número 2, al decir: «La embriaguez no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir». Sin embargo, más adelante, en el mencionado artículo 340 bis, a), 1.º, adopta el texto punitivo otro tono al castigar al «que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes». También, ahora entre las faltas, sanciona en el artículo 570, número 3, a «los que causaren perturbación o escándalo con su embriaguez», y en el artículo 584, números 7.º y 8.º, a «los que en establecimientos públicos

(12) Vid., sobre el tráfico de drogas en España, FERNÁNDEZ ALBOR: *Tráfico de drogas*, cit., pág. 233.

vendieren o sirvieren bebidas alcohólicas o permitieren la permanencia en dichos lugares a menores de dieciséis años, así como quien en los mismos lugares ocasionare maliciosamente su embriaguez» y a «los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor de dieciséis años, cuya embriaguez fuera imputable a su estado de descuido o abandono».

¿Quiere esto decir que fuera de estos preceptos no es posible la tipificación de la embriaguez y del alcoholismo? Evidentemente, no. Es posible la eximente, como causa de inimputabilidad, en el número 1.º del artículo 8.º, dentro del «trastorno mental transitorio». Es más, el alcoholismo, que no se menciona expresamente en el texto punitivo, tiene su punto de apoyo en este último precepto.

Pero es conveniente que distingamos entre embriaguez y alcoholismo.

3.1. EMBRIAGUEZ.

Las cuestiones que suscita la embriaguez, desde el punto de vista jurídico-penal, son muy variadas. Los juristas, a través de la Historia, adoptaron diversas posiciones, pero coinciden en afirmar que la responsabilidad depende del grado de la embriaguez (13). Sin embargo, es evidente que en los casos de intoxicación etílica grave nos encontramos ante un inimputable, ante una persona a la que no se le puede imputar el delito.

El Código Penal, como recuerda RODRÍGUEZ DEVESA, se refiere a la *embriaguez alcohólica aguda ordinaria*, como genuina psicosis de intoxicación. En cuanto a los efectos atenuatorios, según él, sólo se reconocen en la

(13) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1973, págs. 378 y sigs., y 594.

embriaguez no habitual, es decir, la accidental o esporádica. «La embriaguez *habitual* consiste en el hábito engendrado por la costumbre de embriagarse. No basta, por consiguiente, la mera repetición de actos de embriaguez, si no puede afirmarse que se ha convertido en un hábito en el sujeto» (14). A juicio de QUINTANO, queda también excluida de la atenuante la embriaguez preordenada dolosa, según se deduce de la frase utilizada por el Código Penal «con propósito de delinquir». A su entender, es comprensible esta segunda exclusión, pero no lo es tanto la primera referida al hábito (15).

Para aplicar la atenuante se requiere apreciar previamente el grado de intensidad alcanzado por la embriaguez, en sus conocidas fases de excitación, semiplena, plena y letárgica. Pues bien, se estima por la doctrina que la fase de simple excitación no se debe considerar a efectos de aplicar la atenuante. Tampoco se debe aplicar, a juicio de algún autor, la embriaguez semiplena, según se deduce de los antecedentes históricos (16).

La posibilidad de que la embriaguez pueda actuar como eximente a través del trastorno mental transitorio ha originado animada discusión doctrinal. En efecto, según la doctrina jurisprudencial, el trastorno mental transitorio se diferencia de la enajenación mental por tres requisitos que le caracterizan: brusquedad de aparición, brevedad de duración y curación sin secuelas (17). Re-

(14) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., págs. 595 y sig.

(15) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Embriaguez*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. VIII, Barcelona, 1956, pág. 299.

(16) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., pág. 596.

(17) Vid. PÉREZ-VITORIA, O.: *El «trastorno mental transitorio»*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1952, págs. 29 y sgs.: «Para el Tribunal Supremo, trastorno mental transitorio es *todo aquel de causa inmediata, necesaria y fácilmente evidenciable, de aparición más o menos brusca, de duración, en general, no muy extensa, que termina con la curación sin dejar huellas, producido por el choque psíquico de un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza* (ss. de 26 y 31

quisitos que se pueden dar en la embriaguez. Pero si falta alguno de ellos se puede acudir al número 1.º del artículo 9, que dice: «Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.»

Es decir, el único precepto del Libro I del Código Penal, que hace mención expresa a la embriaguez, no tendría aplicación. Si concurren todos los requisitos: eximente de trastorno mental transitorio. Si falta alguno de ellos: eximente incompleta del artículo 9 en su número 1.º

Ante este problema de técnica legal, los autores han adoptado posturas diversas.

PÉREZ-VITORIA, que ha estudiado el tema con profundidad (18), entiende que no hacía falta que el legislador hubiera consignado expresamente la atenuante. Si la embriaguez es plena, se aplica la eximente de trastorno mental transitorio, y si no, anula las funciones del psiquismo la eximente 1.ª del artículo 9. Es decir, que el único supuesto en que se menciona por el Código Penal de manera expresa la «embriaguez» —número 2 del artículo 9— no tiene aplicación. El juego está entre la eximente del número 1.º del artículo 8 y la atenuante del número 1 del artículo 9, sin posible aplicación del número 2 de este último precepto. En el mismo sentido se ha manifestado FERRER SAMA, que llega a la conclusión «de que ninguna falta hubiera hecho que el legislador consignare este apartado 2.º» (19).

ANTÓN ONECA, por el contrario, estima que «es difícil

de enero, 13 y 15 de marzo de 1934 y 19 de diciembre de 1935).» Vid., también, págs. 33 y sg.

(18) PÉREZ-VITORIA: *El «trastorno mental transitorio»*, cit., páginas 39 y sig.

(19) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, t. I. Murcia, 1946, pág. 287.

admitir que el único precepto expreso y terminante sobre la embriaguez sea precisamente el que ha de quedar sin utilizar en ningún caso», por ello se debe aplicar la eximente a la embriaguez plena, y la eximente incompleta a la parcial pero muy intensa, y la atenuante específica a la menos intensa (20). Coincide con esta opinión CÓRDOBA RODA al decir que la circunstancia 1.^a del artículo 9 deberá ser estimada en cuanto la intoxicación etílica haya alcanzado una intensidad idéntica a la del trastorno mental transitorio incompleto, y no haya sido preordenada al delito. La circunstancia segunda de este artículo 9 deberá reservarse a la embriaguez determinante de una perturbación psíquica relativamente leve (21).

Posición original ante esta cuestión es la que adopta QUINTANO RIPOLLÉS. Para él, se trata de un verdadero concurso de normas que permite elegir entre una u otra de las atenuaciones: la 1.^a o la 2.^a del artículo 9. Así lo ha hecho la jurisprudencia, al reconocer la posibilidad de aplicar la 1.^a atenuación, aun cuando los Tribunales utilicen casi siempre la 2.^a Existe, pues, una doble solución: la genérica innominada y la específica nominada, «puesto que la embriaguez es un estado que admite un máximum de gradaciones y aún de morfologías físicas susceptibles de encarnar en plurales aspectos». A su modo de ver, el privilegio que supone al número 1.^o del artículo 9 en vez de al 2.^o —a efectos de penalidad por el juego del artículo 66: la pena inferior en uno o dos grados, en el grado que los Tribunales estimen conveniente a la vista de los requisitos que faltaren o concu-

(20) ANTÓN ONECA, J., y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *Derecho Penal*, t. I, *Parte General*, Madrid, 1949, pág. 312.

(21) CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, págs. 57 y sigs. Vid., también, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, págs. 412 y sigs.

rrieren—, «no debe usarse tanto en el *quantum* del estado como en el de su cualidad morbosa» (22).

Esta última opinión de QUINTANO se basa en que, de acuerdo con la redacción actual, la embriaguez voluntaria no preordenada y la culposa, si llegan a ser plenas, gozan de los beneficios de la eximente.

A nuestro entender, se ajusta más a lo dispuesto en el texto punitivo la interpretación de FERRER SAMA y PÉREZ-VITORIA. Como dice este autor —al referirse a una de las opiniones anteriormente expuestas—, si bien están fundamentadas «desde el punto de vista sustantivo y extralegal, no corresponde a las prescripciones del Código». Así, pues, la regulación actual de la embriaguez en el Código Penal —según la opinión del profesor de Barcelona, que compartimos— es la siguiente: *plena*, productora de trastorno mental transitorio cualquiera que sea su origen (salvo la adquirida con propósito de delinquir), eximente; la embriaguez *no plena*, es decir, sin la intensidad suficiente exigida por el trastorno mental transitorio, eximente incompleta del número 1.º del artículo 9. «Sin lugar, en consecuencia, para la aplicación en ningún caso de la atenuante específica del número 2.º de este último artículo» (23).

3.2. ALCOHOLISMO.

Intimamente relacionado con la embriaguez está el alcoholismo (23 bis). Como es sabido, el alcohol plantea

(22) QUINTANO RIPOLLÉS: *Embriaguez*, cit., pág. 300.

(23) PÉREZ-VITORIA: *El «trastorno mental transitorio»*, cit., páginas 40 y sg. En el mismo sentido, FERRER SAMA: *Comentarios*, t. I, cit., pág. 287.

(23 bis) Vid. BERISTAIN, A.: *Las drogas y su legislación en España*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1973, páginas 61 y sigs.

dos problemas: la embriaguez, que, como acabamos de ver, tiene una proyección jurídica muy importante, y el alcoholismo, con acusada vertiente sociológica que conduce a su estudio por la sociología criminal y a ser objeto de medidas preventivas por el Derecho.

Pero el hecho de que el alcoholismo sea objeto de estudio, también por la criminología, no puede conducirnos a olvidar su problemática jurídicopenal, ya que nuevamente hemos de referirnos a la imputabilidad. Como recuerda QUINTANO, no puede aplicarse la eximente del número 1.º del artículo 8.º por el solo hecho de ser alcohólico, ya que se deben analizar y valorar los distintos matices. Algunos casos de psicosis, como el *delirium tremens* y la demencia alcohólica, nos ofrecerán supuestos de inimputabilidad con posible aplicación de la eximente de enajenación mental. Otros casos, como las situaciones personales no directamente patológicas, que alcanzan a lo sumo la consideración de psicopatías, se podrán incluir en la eximente incompleta del número 1.º del artículo 9 (24). En similar sentido se manifiesta RODRÍGUEZ DEVESA al apreciar que la embriaguez tipificada en el artículo 9 del vigente Código Penal no incluye al *delirium tremens*, «episodio del *alcoholismo crónico* en que está fuera de toda duda la exención de la responsabilidad». A su entender, y siguiendo a MEZGER, el estado habitual del alcohólico crónico se debe valorar como psicopatía adquirida, «cuyo fondo es importante resaltar, a los efectos de un posible trastorno mental transitorio consecutivo, por ejemplo, a las *ideas delirantes de celos* que suelen desarrollarse en este tipo de sujetos conduciéndoles a causar lesiones o incluso la muerte a la mujer o a la amante» (25).

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho Penal*, t. I, Madrid, 1963, pág. 336.

(25) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal*, cit., pág. 595.

Así, pues, la confusión existente, hasta época relativamente reciente, entre alcoholismo crónico y embriaguez aguda, se rompe por la moderna psiquiatría. El alcoholizado en fase avanzada de su enfermedad, *delirium tremens* o locura alcohólica, es un inimputable que se beneficia de la eximente 1.^a del artículo 8.^o o, en su caso, de la eximente incompleta (26).

3.3. CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS, DROGAS O ESTUPEFACIENTES.

La reforma de 8 de abril de 1967 introdujo en el vigente texto punitivo el artículo 340 bis, a), 1.^o, que castigó al que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.

Antecedentes de este nuevo precepto se pueden en-

(26) Vid. PUIG PEÑA, F.: *Alcoholismo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. II, Barcelona, 1950, pág. 551. Vid., también, sobre la confusión entre alcoholismo y embriaguez, AMAT, V.: *Alcoholismo*, en «Enciclopedia Jurídica Española Seix», t. II, Barcelona, s/d., págs. 599 y sigs. Recuerda QUINTANO que «parejos efectos en lo fisiológico, e idénticos en lo jurídico a los del alcohol, son los de *drogas estupefacientes*, susceptibles asimismo de producir una alteración total o parcial, crónica o aguda, en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. Como en el alcoholismo, la situación clínica de drogado no es suficiente para integrar la exención de responsabilidad, siendo menester la enajenación o el trastorno mental en un grado tal de intensidad que permita la aplicación de la eximente 1.^a del artículo 8.^o, bien como completa o como incompleta. Es este último el único camino para la atenuación, por cuanto que la circunstancia de embriaguez no es aplicable a los accesos tóxicos no específicamente alcohólicos. La consignación especial de las toxicomanías como causas eximentes o modificativas de la responsabilidad es aludida como superflua por la mayoría de las legislaciones... y lo es ciertamente admitiéndose una fórmula amplia de anormalidad mental como la que figura en la de España» (*Curso*, I, citado, págs. 336 y sig.).

contrar en la legislación especial. En efecto, el artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, la llamada Ley Penal del Automóvil, castigó con pena de arresto mayor o multa al «que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, de drogas tóxicas o de estupefacientes que le coloquen en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad». Pero este precepto, como agudamente observa QUINTANO, sólo afecta al tema de embriaguez de forma indirecta, al no exigir este estado concreto de perturbación. «Claro es que de existir —añade— aun no siendo incorporado al tipo, nunca podría apreciarse como circunstancia atenuante, siquiera por obvias razones de lógica jurídica, aunque morfológica y dogmática nada se opondría a ello» (27).

Al derogarse esta Ley por la de 24 de diciembre de 1962, Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, nos encontramos nuevamente, ahora en el artículo 5.º, tipificadas estas conductas: «el que condujere bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes será castigado con la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres años y multa de 5.000 a 25.000 pesetas».

Obsérvese, si comparamos este precepto con el de la Ley citada en primer lugar, que la referencia a la pena privativa de libertad ha desaparecido. ¿Quiere esto decir que el legislador ya no considera tan peligrosa la conducta? El vigente artículo 340 bis, a), 1.º, nos ayudará a contestar a esta pregunta. En efecto, el nuevo precepto reproduce prácticamente lo anteriormente dispuesto en la Ley especial. Se ha suprimido la palabra «manifiesta», pero la pena privativa de libertad ha desaparecido definitivamente, aun cuando aumenta la multa, ahora de 5.000-50.000 pesetas, y se modifica el tiempo de privación del permiso

(27) QUINTANO RIPOLLÉS: *Embriaguez*, cit., pág. 301.

de conducir, que pasa a ser en la legislación vigente de tres meses y un día a cinco años. Por otro lado, en la interpretación del nuevo artículo, creemos con la doctrina científica más reciente, que no se requiere para su aplicación la existencia de un riesgo específico, es suficiente la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Además, la influencia que se menciona en el nuevo precepto no es necesario que sea manifiesta, ni que altere la capacidad del conductor, es suficiente que altere su psiquismo y, en consecuencia, en sus reflejos (28).

3.4. TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS.

La Ley de 15 de noviembre de 1971 reformó el artículo 344 del Código Penal al incluir en él a «los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso», castigando tales conductas con la pena de prisión mayor y multa. Con las mismas penas e inhabilitación especial se sanciona al facultativo que despachare o prescribiere tóxicos o estupefacientes, con abuso de su profesión. Se puede observar también, en el reformado precepto, las facultades concedidas al arbitrio judicial, consecuencia, a nuestro entender, del casuismo de su párrafo primero al tipificar una serie de conductas cuya interpretación ofrece serias dificultades. Por ello, los Tribunales tienen facultades para aplicar la pena superior o inferior en grado atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, así como la clausura del establecimiento, de un

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal español*, cit., *Parte Especial*, 5.ª ed., Madrid, 1973, pág. 929.

mes a un año, en supuestos de extrema gravedad ejecutados en establecimientos públicos (29). En su párrafo último aprecia la reincidencia internacional al establecer que las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad, producirán ante los españoles los mismos efectos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 del Código Penal.

De las nuevas conductas tipificadas en el artículo 344, la que ofrece mayores dificultades es la *tenencia*, al suscitar la duda de si abarca o no al toxicómano. RODRÍGUEZ DEVESA, en fecha reciente, y después de exponer la solución adoptada por la legislación extranjera, entiende que la tenencia no debe llevarnos a la consecuencia de castigar con severas penas privativas de libertad a personas necesitadas de tratamiento médico. A su juicio «victimarios y víctimas no pueden ser sometidos a una misma pena: ésta no puede ser la *ratio legis*» (30). Sin embargo, a nuestro entender, la cuestión más delicada que nos plantea la interpretación de la *tenencia* de drogas o estupefacientes no es la severidad de las penas a aplicar, sino a quienes se deben aplicar. En otras palabras, ¿se castiga o no al drogadicto que tiene drogas para su propio consumo?

Como hemos dicho en otra ocasión, las conductas recogidas en el artículo 344, en su nueva redacción, se refieren a terceros, no a los drogadictos; el «uso personal», la utilización por el toxicómano, el propio consumo, es una conducta atípica. Por ello, hemos señalado que el Código Penal español sigue la orientación marcada por aquellas legislaciones que entienden que el drogadicto es

(29) Vid. sobre el arbitrio judicial, que permite el párrafo 3.º de dicho artículo 344, la reciente sentencia de 16 de enero de 1974.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 948 y sg.

un enfermo, no un delincuente, al que se le debe aplicar un tratamiento y no una pena (31).

Esta opinión se ha visto confirmada por la jurisprudencia más reciente. La S. de 16 de octubre de 1973 claramente lo dice: «Que aunque el párrafo 1.º del artículo 344 del vigente Código Penal, reformado por la Ley de 15 de noviembre de 1971, castiga la tenencia de drogas tóxicas y estupefacientes..., es evidente que una interpretación teleológica del citado precepto, efectuada a través de la legislación anterior y de la rúbrica de delitos contra la salud pública que lo cobija, permite distinguir... tenencia o posesión impune para consumir y tenencia delictiva para traficar, estableciendo una presunción para esta segunda a partir de una determinada cantidad que nuestro Código no fija y que, por tanto, ha de quedar al arbitrio del juez...» (32). Sentencias más recientes abundan en esta interpretación, así la de 31 de octubre de 1973: «todas las actividades que se describen, y concretamente la tenencia, tienen que estar preordenadas al tráfico o difusión tanto onerosa como gratuita, según se deduce de la interpretación auténtica que supone la Exposición de Motivos de la Ley referida, sin que la simple tenencia de drogas para propio consumo integre este delito. No obstante, la conducta de estos

(31) FERNÁNDEZ ALBOR: *Tráfico de drogas*, cit., pág. 234. Vid., también, BERISTAIN: *Las drogas*, cit., pág. 64. BULLOURF, F.: *Estupefacientes*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», abril-junio de 1971, págs. 155 y sig.

(32) En otro de sus considerandos, añade: «Que conforme a tal interpretación el hecho de acabar de adquirir el recurrente la exigua cantidad de un gramo de marihuana a persona desconocida por el precio de 200 pesetas, cuando fue sorprendido por la Policía, no puede considerarse como tenencia delictiva, sobre todo constando en autos que el comprador era persona iniciada, por lo que hay que suponer fundadamente que era para el propio consumo y no destinada al tráfico, procediendo, por tanto, la estimación del recurso y la absolución del recurrente.

acusados, al ser drogadictos patentes, ha de ser sometida a la actividad correctora de la Jurisdicción de Peligrosidad Social». Argumentos en los que insiste la S. de 7 de diciembre de 1973 (véase ahora pág. 44).

Una última cuestión, en la interpretación del artículo 344: el concepto de «drogas tóxicas o estupefacientes». A nuestro entender, según hemos manifestado (33), es acertada la postura del legislador al no dar una definición de drogas, posición que nos lleva a la legislación complementaria, concretamente al artículo 2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 y al Convenio de las Naciones Unidas de 1961, sobre estupefacientes, suscrito por España y ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966 (34).

3.5. OTROS PRECEPTOS PENALES.

Otros preceptos penales de inferior rango, incluidos en el Código Penal entre las faltas, son los artículos 570, número 3.º, y 584, números 7.º y 8.º El primero de ellos

(33) Vid. FERNÁNDEZ ALBOR: *Tráfico de drogas*, cit., página 234.

(34) «Conviene también citar la ratificación por España, en 8 de mayo de 1970, del Convenio de 26 de junio de 1966 sobre supresión del tráfico de drogas nocivas». Vid. Memoria Fiscalía del Tribunal Supremo, 1971, pág. 19. En nuestra legislación, el concepto de droga abarca los tóxicos y los estupefacientes. Según la doctrina científica, es droga peligrosa toda sustancia comprendida en el elenco de aquella denominación, con acepción lata, «estupefacientes». Vid. nuestro trabajo *Tráfico de drogas*, cit., pág. 234. BULLOURF: *Estupefacientes*, cit., páginas 158 y sig. BREDÁ, R.: *Reflessioni sul problema delle «drogue»*, en «Quaderni di Criminologia Clinica», núm. 4, octubre-diciembre, 1971, págs. 419 y sigs. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 946 y sigs. Sobre el concepto de toxicomanía, vid. BARRETO, G.: *Uno studio sulla droga e i drogati*, en «La Giustizia Penale», julio de 1972, I, cols. 289 y sigs. Vid., también, las diferencias entre dependencia y adición, en POULAIN, Ch.: *Toxicomanías y medio penitenciario*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid, 1972, páginas 443 y sigs.

castiga con multa y reprensión privada a los que causaren perturbación o escándalo con su embriaguez. El artículo 584 castiga, con la pena de arresto menor o con la de multa o con la de reprensión privada, al arbitrio del Tribunal, a los que en establecimientos públicos vendieren o sirvieren bebidas alcohólicas o permitieren la permanencia en dichos lugares a menores de dieciséis años, así como quien en los mismos lugares ocasionare maliciosamente su embriaguez (núm. 7.º). También castiga a los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor de dieciséis años, cuya embriaguez fuere imputable a su estado de descuido o abandono (núm. 8.º).

4. LEY SOBRE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

La vigente Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, distingue según se trate de drogadictos menores de dieciséis años o mayores de esta edad. Respecto a los menores, el artículo primero dispone que serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores. Los mayores de dieciséis años quedan sometidos a la Ley citada y declarados en estado peligroso en los números 7.º y 8.º del artículo 2.º, apartado B) (35). La Ley diferencia, pues, claramente los ebrios habituales y toxicómanos (núm. 7.º), por un lado, y, por otro, los que faciliten el tráfico o consumo (número 8.º) (36). Diferencia que se mantiene en el capítu-

(35) El reciente «Proyecto de Ley por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», añade al número 8.º del artículo 2.º: «... o consuman asiduamente drogas tóxicas».

(36) La Ley de Vagos y Maleantes, en el número 7.º del artículo 2.º, incluída entre los posibles estados peligroso a «los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas

lo III que trata, como es sabido, «De la aplicación de las medidas de seguridad», al determinar que a los primeros se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda: a) aislamiento curativo en casas de templanza; b) tratamiento ambulatorio; c) privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo; d) obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados; e) además, a los toxicómanos, incautación de los efectos ocupados y a los ebrios habituales prohibición de visitar establecimientos de bebidas (art. 6.º, núm. 5.º). Las medidas que se aplican simultáneamente a los segundos, a los que faciliten el tráfico o consumo, son las siguientes: a) internamiento en un establecimiento de trabajo; b) incautación del dinero y efectos procedentes; c) multa (art. 6.º, núm. 6.º).

Así, pues, los ebrios y toxicómanos, por el solo hecho de serlo, no se consideran delincuentes, pero el ordenamiento jurídico establece que serán declarados peligrosos con aplicación de las medidas mencionadas; medidas distintas a las aplicables a los traficantes delincuentes.

Hemos de añadir, dada la frecuente intervención de extranjeros, tanto en el consumo como en el tráfico, que la Ley, en su artículo 7.º, dispone que si los declarados peligrosos fueren extranjeros, el juez tiene facultades

espirituosas a menores de catorce años... y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual». Sin embargo, la nueva Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social prescinde de este supuesto por considerar, según se indica en su Preámbulo, al referirse a los fines que persigue, «que hoy resultan anacrónicos o inútiles por ofrecer duda de suficiente peligrosidad. Por esta causa han desaparecido los preceptos relativos a una serie de supuestos: ... la venta de bebidas alcohólicas y favorecimiento de la embriaguez...». Vid. BUENO ARÚS, F.: *La peligrosidad social y la legislación vigente*, publicada en «Razón y Fe», núm. 880, Madrid, mayo de 1971, pág. 501. SABATER TOMÁS, A.: *Peligrosidad social y delincuencia*, Barcelona, 1972, pág. 234.

para expulsarles del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarles las medidas antes mencionadas y las que sean compatibles con dicha expulsión.

Por otro lado, el artículo 35, 2, del Reglamento indica que «las casas de templanza acogerán a los ebrios y toxicómanos declarados peligrosos de conformidad con la Ley». Esto nos lleva a considerar el tratamiento asegurativo y reformador del alcohólico y del drogadicto.

5. TRATAMIENTO ASEGURATIVO Y REFORMADOR DEL ALCOHOLICO Y DEL DROGADICTO

5.1. TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE ALCOHÓLICO O DROGADICTO.

Se suele equiparar al delincuente alcohólico, que comete el delito en los grados avanzados de la enfermedad o en las explosiones delirantes, con los inimputables por enajenación mental (37). En nuestro Código Penal, en el párrafo segundo del número 1.º, del artículo 8.º, se establece para los enajenados una medida de internamiento en establecimiento destinado «a los enfermos de aquella clase», que el Tribunal obligatoriamente ha de seguir, según se deduce del carácter imperativo de su redacción. Así, pues, para la aplicación de esta medida es necesario que el enajenado haya realizado una conducta delictiva, no una simple falta. Queda excluido de este párrafo el que ha cometido la acción en situación de trastorno mental transitorio, el Código sólo se refiere al

(37) Vid. PUIG PEÑA: *Alcoholismo*, cit., pág. 552. BERISTAIN, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974, págs. 101 y sigs. Sobre tratamiento, vid. EHRHARDT, H.: *Über Behandlungsmöglichkeiten für Delinquenten nach dem deutschen Strafgesetzentwurf, 1962*, en «Z. Str. W.», 1964, páginas 216 y sigs.

enajenado (38). Según QUINTANO, la solución seguida por nuestro Código Penal, al atribuir a los Tribunales tanto el internamiento como el alta de los enajenados, es uno de los grandes aciertos de los legisladores del pasado siglo. Así, se puede observar cómo las modernas legislaciones coinciden en conceder facultades a las autoridades judiciales en orden al internamiento del irresponsable, que queda sometido, no a una pena, sino a una medida de seguridad. A su juicio, esta medida tiene «los verdaderos caracteres de una sentencia indeterminada de la más radical naturaleza» (39).

Según CÓRDOBA RODA, el ingreso hospitalario a que se hace mención en el artículo 8.º, número 1.º, no persigue «la pura y simple finalidad de la *curación o terapéutica* del sujeto», pues si así fuera no podría ser aplicada «si la terapéutica más eficaz para el individuo exige su puesta en libertad —aunque con ello se cree un riesgo social—, así como en aquellos otros en los que, dadas las cualidades del enajenado, ninguna mejora para su perturbación cabe esperar del internamiento» (40). Posición ésta, a nuestro entender, muy acertada, ya que el internamiento es una medida de prevención que toma el legislador, ante la peligrosidad que representa para la co-

(38) En el sentido del texto, vid. CÓRDOBA RODA: *Comentarios*, I, cit., pág. 222. Criterio más restringido el defendido por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español. Parte General*, cit., página 510: «El criterio del Código imponiendo con carácter *preceptivo* el internamiento no puede cohonestarse a la luz de nuestros actuales saberes. Por de pronto, los *oligofrénicos* no son «enfermos», ni puede pensarse en su curación». Por el contrario, QUINTANO parece seguir un criterio amplio, y admitir que el párrafo segundo incluye también al que realiza la acción en situación de trastorno mental transitorio, al decir: «Desgraciadamente, el acierto legislativo en nuestro Código no ha sido completo, por olvidar en las necesidades preventivas de tratamiento a los acogidos a la atenuante de trastorno mental incompleto» (*Comentarios*, I, pág. 75).

(39) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios*, I, cit., págs. 74 y sig.

(40) CÓRDOBA RODA: *Comentarios*, I, cit., pág. 225.

lectividad social el enajenado que cometiere un hecho tipificado como delito.

El delincuente alcohólico, en grado avanzado de su enfermedad, puede representar un peligro que hace necesaria la aplicación de la medida asegurativa y reformadora. En nuestra legislación, con anterioridad al Código Penal de 1932, las medidas no eran muy acertadas; el Código de 1848, y reformado de 1850, disponía que el internamiento y tratamiento hospitalario sólo se debía decretar en los casos de comisión de delito grave, con referencia expresa del precepto a los supuestos de custodia familiar (41). El Código Penal de la República prescinde de la referencia concreta al delito grave y custodia familiar, y permite —en la amplia fórmula de enajenación mental que sustituye a la de locura—, la inclusión del alcoholismo en algunos casos. El Decreto de 5 de julio de 1933 dispone el internamiento de los penados alcohólicos crónicos en el hospital psiquiátrico judicial de Alcalá de Henares, para ser sometidos a tratamiento adecuado. La Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 dispone también el internamiento en casas de templanza de los ebrios y toxicómanos (42), si bien se refiere a los estados peligrosos, sin mención especial a delincuen-

(41) Artículo 8.º, 1.º: «... Cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. En otro caso será entregado a su familia bajo fianza de custodia; y no presentándola, se observará lo dispuesto en el párrafo anterior», *Código Penal de España*, edición oficial reformada, Madrid, en la Imprenta Nacional, 1850.

(42) Artículo 6, número 5.º, vid. QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios*, I, cit., pág. 74. PUIG PEÑA: *Alcoholismo*, cit., página 553.

tes. Igual sistema sigue la vigente Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (43).

5.2. TRATAMIENTO EXTRAPENAL DE LOS SUJETOS PELIGROSOS NO DELINCUENTES.

Al tratamiento extrapenal del alcoholismo, embriaguez propiamente dicha, intoxicaciones en general y enajenación mental, se refiere la derogada Ley de Vagos y Maleantes. El artículo 6.º, número 5.º, aplica la medida de aislamiento curativo en casas de templanza, a los ebrios y toxicómanos habituales que se consideren en estado peligroso (art. 2.º, 6.º) aun cuando no sean específicamente delincuentes (44). La vigente Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social sigue esta orientación (artículo 2, B, 7.º, y art. 6.º, 5.º), con especial referencia al aislamiento curativo en casas de templanza y tratamiento ambulatorio. Persigue con ello los fines que determina en su Preámbulo, con especial y «primordial compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social», «adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir», «enfermos mentales cuando estuvieren abandonados y sin adecuado tratamiento... deben ser objeto de un régimen preventivo que permita lograr su curación y poner remedio a su potencial peligrosidad». Y aún añade la Ley, que con nuevos establecimientos especializados y

(43) En el Preámbulo de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social se recuerda que la Ley de Vagos y Maleantes se enfrentó con estados peligrosos anteriores al delito e incluso con otros posteriores. Con la nueva Ley, añade, se trata de poner al día sus normas «manteniendo sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de 1933 se inspiró».

(44) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS: *Embriaguez*, cit., pág. 301. BERISTAIN, A.: *Las drogas*, cit., págs. 64 y sg.

personal idóneo necesario, se tratará de la reforma y rehabilitación social del peligroso. El objetivo primordial de la Ley está claramente determinado en el párrafo último del Preámbulo: fines humanos y sociales, no limitados a una pragmática defensa de la sociedad, sino que busca la plena reintegración de todo aquel que haya podido quedar marginado de una vida ordenada y normal.

El Reglamento para la aplicación de esta Ley (45), al tratar de los establecimientos de cumplimiento de las medidas de seguridad, menciona los de reeducación, preservación y templanza. Según se dispone en el artículo 35, los establecimientos de preservación acogerán a los enfermos y deficientes mentales, separados unos de los otros, y las casas de templanza, a los ebrios y toxicómanos, siempre que hayan sido declarados peligrosos (46).

Con estas modernas disposiciones, vigentes en nuestra patria, se pretende alcanzar las metas marcadas por el tratamiento, entendiendo éste, según feliz definición de PINATEL, como «la acción individual emprendida respecto al delincuente, con vistas a intentar modelar su personalidad con el fin de alejarle de la reincidencia y de favorecer su reinserción social» (47).

(45) Decreto 1.144/1971, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social («B. O. del E.» núm. 132, de 6 de junio de 1971).

(46) La Orden del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 1971 determina los establecimientos de rehabilitación para el cumplimiento de medidas de seguridad, a los efectos del Reglamento de la Ley.

(47) PINATEL, J.: *Le traitement des délinquants*, en «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», París, 1964, página 164. Vid., también, del mismo autor, *Définition et buts de la criminologie: appréciation de l'état dangereux, traitement des délinquants, prévention de crime*, en «Travaux du XVI^e Cours International de Criminologie», París, 1968, pág. 36, y *La classification des délinquants et leur traitement*, ibidem, págs. 241 y siguientes.

6. CONSIDERACIONES FINALES

1.^a De los datos examinados se deduce que la verdadera droga de occidente, y especialmente de nuestra patria, es el alcohol.

2.^a La afirmación anterior no puede llevarnos a descuidar la importancia que tienen las otras drogas, habida cuenta que se trata de drogas en evolución de consumo, en crecimiento. Por otro lado, el problema en España si bien no ofrece características alarmantes, desde el punto de vista cuantitativo, sí lo ofrece desde el punto de vista cualitativo.

3.^a Si el alcohol es una droga que crea hábito o dependencia crónica en importante número de la población española (casi el 5 por 100), no se debe fomentar, mediante una propaganda desproporcionada, el consumo de bebidas alcohólicas.

4.^a No se debe vincular exclusivamente la drogadicción con la juventud. Pero se puede observar una clara evolución del mercado de la droga, que busca sus consumidores entre la juventud, habida cuenta que gran número de consumidores de drogas y estupefacientes son jóvenes e incluso adolescentes y niños. El mayor número de drogadictos se encuentran en jóvenes menores de veinte años.

5.^a El tráfico de drogas en España ha alcanzado en los últimos años un especial incremento, singularmente entre 1969 y 1970, con un aumento del 100 por 100. Sin embargo, a partir de 1971 se puede observar que el aumento en su tráfico y consumo no es tan alarmante, aunque existe un claro peligro de penetración.

6.^a Nuestra vigente legislación trata de combatir el problema mediante disposiciones preventivas y represivas. Las más recientes reformas de nuestro vigente Código Penal han abordado la cuestión al modificar algunos de

los tipos penales ya existentes e introducir nuevos preceptos, con objeto de adaptar las disposiciones legales a la realidad social cambiante, en continua mutación de valores.

7.^a Los ebrios y toxicómanos, por el solo hecho de serlo, no se consideran delincuentes, pero serán declarados peligrosos aplicándoseles las medidas de seguridad establecidas en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

8.^a Las conductas tipificadas en el Código Penal, en su nueva redacción, se refieren a terceros, no a los drogadictos. El «uso personal», la utilización en sí, por el toxicómano, no es punible. De esta manera prevalece la idea de considerarlo como un enfermo al que se le debe aplicar un tratamiento y no una pena.

9.^a Mediante el tratamiento de los delincuentes drogadictos en casas de templanza se trata de obtener el alejamiento de la droga.

10. En cuanto a los no delincuentes, pero peligrosos, se les aplicarán las medidas de seguridad establecidas en la mencionada Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

NOTA ADICIONAL A LA PAGINA 35.

Ultimamente confirman esta opinión las sentencias de 7, 14 y 22 de febrero, 15, 21 y 29 de marzo, 17 de abril, 8 y 10 de mayo, 4, 5, 12 y 20 de junio de 1974. En contra de esta interpretación jurisprudencial, vid. «Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo», Madrid, 1974, pág. 61.

GERARDO LANDROVE DÍAZ

**Profesor Agregado de Derecho Penal
en la Universidad de Santiago de Compostela.**

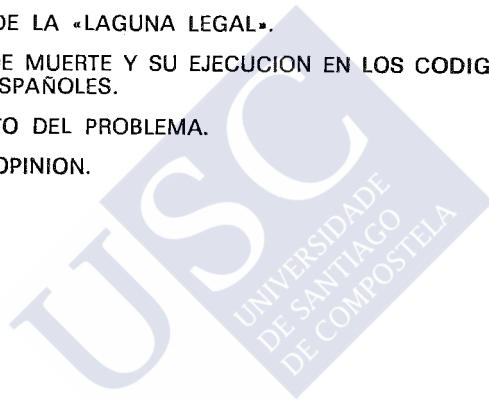


**¿Es legalmente ejecutable
la pena de muerte en España?**



SUMARIO

- I. DETERMINACIONES PREVIAS.
- II. LA TESIS DE LA «LAGUNA LEGAL».
- III. LA PENA DE MUERTE Y SU EJECUCION EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES.
- IV. NACIMIENTO DEL PROBLEMA.
- V. NUESTRA OPINION.





I. DETERMINACIONES PREVIAS

En la *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, elaborado por la Sección Segunda de la Comisión general de Codificación (diciembre de 1972), puede leerse que «atraerá probablemente la atención el hecho de que, entre las penas graves, y en primer término, figure la de muerte, contra la corriente abolicista que se advierte en tantos países. Pero su presencia no tiene otro objeto que el de sugerir la crítica en uno u otro sentido. Su mantenimiento o su supresión en un Código moderno es un grave problema con múltiples proyecciones, política, social, jurídica, moral (*sic*), en el que los argumentos han sido agotados y, sin embargo, las opiniones y aún las soluciones legislativas no son uniformes. Todo ello hace muy conveniente conocer las opiniones de los expertos en este momento y de cara al futuro» (1).

Nuestra atención se siente atraída por un aspecto muy concreto de la problemática suscitada. Renunciamos expresamente al planteamiento de la ya secular cuestión que abismalmente separa abolicionistas de antiabolicio-

(1) Página 40 de la *Exposición*, en «Cuadernos Informativos» (Ministerio de Justicia), núm. 11.

nistas; los argumentos en favor de cada una de estas posturas podrían multiplicarse hasta el infinito (2).

En España, y al margen de la solución legislativa ac-

(2) Aludimos a continuación, y con exclusión de las aportaciones españolas, que examinaremos detenidamente, a la más reciente bibliografía sobre el tema. A partir de 1962, con la obra de W. MIDDENDORFF, *Todesstrafe- Ja oder Nein?* (Verlag Rombach, Freiburg im Breisgau), de sugestivo título, que alude claramente a los términos en que en la segunda mitad del siglo XX sigue aún planteada la problemática en torno a la pena capital; *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*, obra colectiva, aparecida en Munich en 1962 (R. Piper Verlag), en la que colaboran, entre otros, MAURACH, E SCHMIDT, JESCHECK y BOCKELMANN; J. VERNET: *La Chiesa e la pena di morte*, en «La Scuola positiva», 1962, págs. 620 y sigs.; M. ANCEL: *Les doctrines de la Défense sociale devant le problème de la peine de mort*, en «Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé», 1963, págs. 404 y sigs.; K. ROSSA: *Todesstrafen*, Gerhard Stalling Verlag, Oldenburg-Hamburg, 1966 (traducción castellana, de 1970, de J. Adsuar Ortega, Editorial Nova Terra); R. VOVIN: *L'article de la mort*, en «Revue de Science criminelle et de Droit Penal comparé», 1966, págs. 559 y sigs.; J. SEWING: *Studien zur Todesstrafe im Naturrecht*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1966; G. GLOEGE: *Die Todesstrafe als theologisches Problem*, Westdeutscher Verlag, Köln, 1966; P. CANNAT: *Peut-il exister une peine de remplacement de la peine de mort?*, en «Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé», 1967, págs. 477 y sigs.; J. CHARPENTIER y A. NAUD: *La peine de mort*, Collection pour ou contre, Nancy, 1967; J. IMBERT: *La peine de mort (Histoire-Actualité)*, Librairie Armand Colin, París, 1967; *Pena de morte*, Coloquio internacional conmemorativo del centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal, dos volúmenes publicados en Coimbra en 1967, en los que colaboran CORREIA, DEL VECCHIO, BOCKELMANN, LÓPEZ-REY, BAUMANN, SCHAFFSTEIN, MAURACH, MIDDENDORFF, GRAVEN, SCHMIDHÄUSER, RECASÉNS-SICHES, BETTIOL, LÉAUTÉ, ANCEL, BRAGA DA CRUZ y un largo etcétera de nombres tan ilustres como los mencionados; *La peine capitale*, publicación de la ONU, Nueva York, 1968; P. SAVEY-CASARD: *La peine de mort*, Librairie Droz, Ginebra, 1968; D. KELLER: *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1968; M. ANCEL: *La pena de muerte en la segunda mitad del siglo veinte*, en «La Revista», publicación de la Comisión Internacional de Juristas, núm. 2, 1969, págs. 36 y sigs.; G. D. PISAPIA: *Il problema della pena di morte e la sua attualità*, en «Studi in onore di Biagio Petrocelli», Giuffré, Milán, III, 1972, págs. 1435 y sigs.; HERRMANN y MARTY: *Vers l'abolition de la peine de mort aux Etats-Unis?*, en «Revue de Droit pénal et de Criminologie», 1973, págs. 831 y sigs. BASSIOUNI, LAHEY y SANG: *La peine de mort aux Etats-Unis. L'état de la question en 1972*, en «Revue

tual (vigencia de la pena capital en nuestro arsenal punitivo) y de las opiniones doctrinales (no decididamente abolicionistas) (3), se ha aludido recientemente a la falta

de Science criminelle et de Droit pénal comparé», 1973, páginas 23 y sigs.; con relación a la pena capital y sus modalidades ejecutivas en el área jurídico-penal árabe, vid. M. M. MOSTAFÁ: *Principes de Droit pénal des pays arabes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1973, fundamentalmente páginas 122 y sigs.

(3) Como exponente del más radical antiabolicionismo, y en términos que, por expresivos, no nos resistimos a reproducir, escribía en 1870 P. F. MONLAU: *Patología social. Breve estudio sobre la criminalidad*, Rivadeneira, Madrid, págs. 22 y siguiente: «Nunca he acertado a comprender que el asesino pueda ser dueño de nuestras vidas, y que nosotros debamos tener la suya por sagrada e inviolable. Así es que nunca he sabido hacerme cómplice de esa sensibilidad declamatoria que se enternece por la vida de un injusto agresor, por la vida inútil y dañina de un malvado que, sin intimación previa, nos declara la guerra y rompe en sangrientas hostilidades, poniéndose voluntariamente y de hecho fuera del pacto y de las condiciones sociales. Más, mucho más, valdría guardar ese sentimentalismo para el dócil soldado que riega con su sangre los campos que debiera labrar con sus manos; para los pobres enfermos de los hospitales, cuya mortalidad es, por culpa nuestra, mucho más subida de lo que debiera ser; para los inocentes expósitos, que mueren a millaradas por falta de administración y de higiene; para los indigentes, en fin, a quienes, por igual falta dejamos abandonados a la rapaz codicia de mercaderes sin entrañas, y al envenenamiento crónico de tantos alimentos averiados como se expenden, y de tantas bebidas sofisticadas sin conciencia ni temor de Dios. Para la salud y la vida de esos infelices debieran guardar su enternecimiento los abolicionistas de la pena de muerte, y no para el alevé y el foragido incorregibles, para esos veteranos del crimen, a quienes conviene extirpar de la sociedad como se arranca de los trigales la cizaña, o como se aplasta la cabeza de una víbora. No desarméis, pues, a Júpiter de su rayo, ni a Thémis de su espada, emblemas eternos del Poder soberano...» Conocida es la tendencia, con excepciones, de los penalistas españoles modernos a no pronunciarse en este sentido. Dentro de la tesis antiabolicionista podemos encuadrar a F. PUIG PEÑA: *Derecho Penal*, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, 6.ª edición, Madrid, 1969, II, págs. 444 y sig. Entre los más radicales abolicionistas cabe mencionar a L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *La pena de muerte*, en «El Criminalista», 2.ª serie, tomo VII, Buenos Aires, 1966, págs. 179 y sigs.; C. M. LANDECHO: *Reflexión criminológica sobre la pena de muerte*, en «Razón y fe», diciembre de 1970, págs. 447 y sigs.; M. BARBERO SANTOS: *La pena de muerte, problema actual*, en «Estudios de Criminología y Derecho Penal», Universidad de

de unanimidad de criterios que al respecto existe entre los miembros de la carrera fiscal (4), y ello, en nuestra opinión, es profundamente sintomático.

Incluso el fiscal del Tribunal Supremo ha expresado en 1968 con cierta claridad su aceptación del sistema español de mantenimiento de la pena de muerte, corregido por la infrecuencia de su aplicación. Solución intermedia que, en nuestra opinión, nada resuelve y que incluso puede resultar socialmente peligrosa al depender su aplicación de criterios antes políticos o de oportunidad que estrictamente jurídicos. Lo que sí parece ser objeto de meditación para la Fiscalía de nuestro más alto Tribunal (5) es la posibilidad de cambio en el sistema de ejecución de la pena capital en España.

Cuestiones todas cuya trascendencia no puede ni debe ser minusvalorada, pero que ahora nos interesa solamente de forma tangencial. Como antes señalábamos, nos planteamos exclusivamente el examen de un aspecto muy concreto de la pena capital y su ejecución en nuestro sistema jurídico. Problemática a la que la redacción de la *Base décima, número 3*, de la *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, antes mencionada, podría conceder un futuro cargado de interrogantes y de dudas. En la base aludida se

Valladolid, 1972, estudio publicado ya en 1964 en «Anales de la Universidad de Murcia», fundamentalmente págs. 173 y sig., y J. CEREZO MIR, que en su *Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal* («Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales», 1972, pág. 781) se declara partidario de la abolición de la pena de muerte «por la irreparabilidad de los errores judiciales y por razones de humanidad».

(4) Vid. *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo* de 16 de septiembre de 1968, Reus, Madrid, pág. 206. Sin embargo, en el IV Congreso Nacional de la Abogacía Española, celebrado en León (junio de 1970) se aprobó por unanimidad: «Elevar a los poderes públicos la petición de que la pena de muerte sea abolida en España para toda clase de delitos.»

(5) Vid. *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo* de 16 de septiembre de 1968, cit., pág. 209.

especifica que, respecto de la ejecución de la pena de muerte, establecerá el futuro Código Penal español «la remisión y los condicionamientos que hoy señala el artículo 83».

Se apunta, en definitiva, a la necesidad de que el nuevo Código recoja en su Libro I la *garantía de ejecución* de la pena capital hoy solemnemente proclamada en el artículo 83: «La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos.»

El problema objeto de nuestra atención nace, precisamente, de la postura de algún sector doctrinal español por el que se denuncia la absoluta carencia de contenido del antes aludido artículo 83 del texto penal hoy vigente. Se afirma que los reglamentos objeto de la remisión no existen en nuestro ordenamiento jurídico o, lo que es lo mismo, que los existentes en la materia no puntualizan la modalidad ejecutiva de la más grave de las penas (6). Ello supone, en opinión de RODRÍGUEZ DEVESA (7), que, al no existir disposición reglamentaria alguna en la que se indique la forma de ejecutar esta pena (en el Derecho común), la aplicación por medio del garrote tiene como base el «derecho consuetudinario». Flagrante vulneración de la garantía de la ejecución de las penas y, en definitiva, del principio de legalidad del que aquélla es una concreta cristalización. De aceptarse tal solución, habría que concluir denunciando la desarmonía existente entre la reiterada «y hasta redundante» (8) consagración del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el

(6) Problemática suscitada en 1962 por ALAMILLO CANILLAS, F.: *La ejecución de la pena de muerte (una curiosa laguna legal)*, en «Boletín de Información» del Ministerio de Justicia, núm. 542, año XVI, 15 de enero de 1962, págs. 3 y sigs.

(7) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Derecho penal español*, parte general, tercera edición, Madrid, 1973, pág. 787.

(8) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, I, pág. 124.

ordenamiento jurídico español y esta falta de *certeza jurídica* en el plano ejecutivo de la pena capital.

Esta pretendida laguna legal ha sido recientemente objeto de especial atención por nuestra doctrina. Incluso el fiscal del Tribunal Supremo, en 1967, aceptaba la evidencia de que «la remisión a los Reglamentos no encuentra luego correspondencia adecuada y la cuestión queda sin regulación suficiente» (9). En 1971 publica D. SUEIRO su obra de divulgación *Los verdugos españoles*, en la que tiene ocasión de pronunciarse en idéntico sentido (10). En una magnífica obra colectiva aparecida en 1972: *Comentarios al Código Penal* (11), se presta una muy especial atención a esta problemática, acometiéndose un detenido y documentado estudio de la misma. La conclusión es tajante: dentro de nuestro Derecho positivo, «no existe un modo legalmente establecido y garantizado, de privar de la vida al reo»; consecuentemente, «la pena de muerte, en España, es una pena de imposible cumplimiento». A las argumentaciones que allí se exponen para justificar tal postura, y en cuanto se trata de la más seria exposición en la materia, nos referiremos en su momento. En la línea apuntada se manifiesta también GARCÍA VALDÉS en monografía publicada en 1973 (12).

Finalmente, cabe destacar que ya en 1958 había aludido CUELLO CALÓN a esta falta de especificación del

(9) Cfr. *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo* de 15 de septiembre de 1967, Reus, Madrid, pág. 193.

(10) Vid. SUEIRO, D.: *Los verdugos españoles (Historia y actualidad del garrote vil)*, Alfaguara, Madrid-Barcelona, 1971, páginas 257 y sigs.

(11) Vid. *Comentarios al Código penal*, por CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ RUIZ, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, II, fundamentalmente págs. 430 y siguientes. El comentario a los artículos que nos interesan, por A. DEL TORO MARZAL.

(12) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La pena de muerte*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1973, pág. 22.

modo ejecutivo de la pena de muerte (13), si bien en su lacónica mención del tema no plantea éste con una dimensión problemática.

II. LA TESIS DE LA «LAGUNA LEGAL»

La tesis, que podríamos denominar «de la laguna legal», viene planteada por A. DEL TORO (en los *Comentarios al Código Penal*, citados) en los siguientes términos: según el artículo 83 del Código Penal, la pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los reglamentos. Los artículos 43 a 46 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 integran, bajo la rúbrica «De la pena de muerte», la Sección 1.^a del capítulo dedicado al régimen de ejecución de las penas. Preceptos que contienen —en definitiva— la legalidad vigente a que reenvía el artículo 83 del texto penal.

Con anterioridad a la publicación del reglamento de febrero de 1956 —afirma—, la mención del artículo 83 del Código tenía que ser llenada de contenido fundamentalmente por el artículo 58 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 5 de marzo de 1948, que preceptuaba que la pena de muerte se ejecutaría *en garrote*, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo y a las diez horas de notificarle al mismo la señalada para la ejecución, que no se verificaría en días de fiesta religiosa o nacional.

El 2 de febrero de 1956 se publica un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones que en materia de cumplimiento de la pena capital introduce serias modificaciones. A tenor de lo prevenido en el artículo 46, 1.^o del mismo, «la pena de muerte se ejecutará con arreglo a

(13) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *La moderna Penología*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1958, I, pág. 224.

la ley, a las diez horas de haber notificado al reo la señalada para la ejecución». Dicho precepto —según DEL TORO— «sustituye y deroga, sin duda alguna, el artículo 58 del RGSP de 1948» (14). Por ello, afirma, la modificación de 1956 afecta a cuatro exigencias del anterior precepto reglamentario, que son: la exclusión de días festivos, la mención a la topología carcelaria, el cumplimiento diurno y *la modalidad del garrote*. Subrayamos esta última exigencia. En la nueva legalidad, estas exigencias aparecen sustituidas por la remisión *a la ley*; no se alude ya a la preceptiva ejecución en *garrote*.

La remisión del aludido artículo 46, 1.º, se hace, sin duda, al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, a su vez, operan en la forma siguiente: el artículo 83 del Código sustantivo señala que la ejecución ha de realizarse en la forma determinada por los reglamentos; la ley rituarial (art. 990) preceptúa que las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos. Con absoluta lógica —concluye DEL TORO— tal proceder de mutuas remisiones implica dentro de nuestro Derecho positivo que no existe un modo, legalmente establecido y garantizado, de ejecutar la pena de muerte.

Como muy bien señala el autor mencionado en sus «consideraciones críticas» (15) a la situación que emerge de su razonamiento, existen ciertas vicisitudes en la ejecución de las penas, que, de no encontrarse exactamente predeterminadas en la ley o reglamentos, deben

(14) Cfr. TORO, A. del: *Comentarios al Código penal*, cit., tomo II, págs. 432 y sig.

(15) Cfr. TORO, A. del: *Comentarios al Código Penal*, cit., tomo II, págs. 433 y sigs.; en donde se refiere, además, a la conciencia nacional frente a la pena de muerte, señalando cómo desde 1959 hasta 1972 no se ha ejecutado ninguna pena capital merced a sentencias emanadas de la jurisdicción ordinaria. Todo ello, afirma, permite considerar a España como un país *abolicionista de hecho*.

producir inexorablemente la imposibilidad de su cumplimiento. Estimamos, por añadidura, que ante la peripecia ejecutiva de una pena de tan extraordinaria gravedad como la mencionada, esta regla general debe ser cuidada con una especialísima sensibilidad jurídica; con una especial meticulosidad que evite excesos siempre irreparables. Por ello, si la legislación no regula cuál sea el acto de privación de la vida en que encarna la ejecución de la pena capital, ésta no puede ser cumplida.

Queda así esbozada la aportación de DEL TORO que hemos querido establecer en sus líneas maestras, pero con absoluta fidelidad. Muy pronto someteremos a revisión alguna de sus afirmaciones para esbozar a continuación nuestra personal postura al respecto. Queremos, sin embargo, dejar sentado desde este momento que la cuestión es espinosa y difícil, por lo que tanto su solución como la nuestra caen en el terreno de lo opinable y, en consecuencia, son merecedoras del respeto que siempre debe acompañar a las opiniones no absolutamente coincidentes con la propia.

Como punto final a la exposición de la tesis del profesor de la Universidad de Barcelona, queremos aludir a una cuestión que adquiere una sobrecogedora dimensión si cabe aceptar su tesis de que, al no hallarse regulada la forma de privación de la vida en nuestro ordenamiento jurídico, el reo no puede ser privado de la misma. ¿Cómo calificar, humana y jurídicamente, la ejecución de una pena de muerte en España a partir de la «laguna legal» nacida en 1956? (16).

(16) Como ha puesto de relieve RODRÍGUEZ DEVESA, en su *Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España* (en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1967, páginas 359 y sigs.), desde el 1.º de enero de 1950 al 31 de diciembre de 1966 se han impuesto por los Tribunales ordinarios españoles 70 penas de muerte, de las que se han ejecutado 30 e

III. LA PENA DE MUERTE Y SU EJECUCION EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES

La trascendencia evidente de la problemática suscitada nos exime de cualquier puntualización en este sentido. Una correcta solución a la misma sólo podrá ser alcanzada con el examen detenido de las previsiones legales en materia de ejecución de la pena de muerte. Disposiciones que, como hemos visto en páginas anteriores, se han caracterizado como privadas de contenido y, en consecuencia, irrespetuosas de la garantía de ejecución exigible en un sistema legalista como el nuestro. Relación ejecutivo-penal nacida entre el Estado y el condenado desde el momento de la sentencia que subsiste hasta la consumación de la pena por la ejecución y que, indefectiblemente, debe cumplirse de acuerdo a lo determinado por las leyes y reglamentos (17).

Antes, sin embargo, aludiremos de forma muy esquemática a las modalidades ejecutivas de la pena de muerte en nuestro Derecho a partir de un momento histórico relativamente avanzado, pues todo lo que se diga con relación a épocas anteriores en el tiempo cae inexorablemente en el ámbito de las simples conjeturas (18).

indultado el resto. Nos interesa destacar que, a partir de 1956 (año de aparición de la supuesta laguna legal), se ejecutaron nueve penas capitales.

(17) Vid., al respecto, LUDER, I. A.: *El sistema jurídico de la ejecución penal*, en «Colección Cuadernos de Criminología», Buenos Aires, 1959, núm. 6, pág. 19.

(18) Como ha puesto de relieve CUELLO CALÓN (*La moderna Penología*, cit., I, pág. 210), no es tarea fácil perfilar la historia de la pena capital en España, sobre todo en la Edad Antigua y gran parte de la Media. Las Partidas, concretamente, prestan particular atención a los métodos ejecutivos, pero ha de tenerse muy presente que éste y otros cuerpos legales no fueron aplicados en ocasiones o sólo lo fueron parcialmente. Por otro lado, carecemos de noticias fidedignas sobre las normas consuetudinarias aplicadas. De ahí, precisamnete, que todas las afirmaciones al respecto, y sobre un dilatado período histórico, son meras especulaciones. En la materia, vid. RUIZ-FUNES, M.:

Como ha puesto de relieve TOMÁS Y VALIENTE (19), la legislación penal de la Monarquía absoluta no se preocupó demasiado de mantener la proporcionalidad de la pena defendida en ocasiones por los teóricos. Cuando un delito llegaba a ser plaga social, la Monarquía lo castigaba generalmente con pena capital, facilitando la prueba procesal y empleando todos los medios represivos al alcance de su todopoderosa mano. Sin embargo —afirma— y como un relativo intento de respetar la proporcionalidad y, al mismo tiempo, persiguiendo efectos intimidantes, se aplica la pena de muerte bajo diversas modalidades: «la horca para los plebeyos y no para los nobles; la muerte de saeta para los casos de Hermandad; la de hoguera para el que comete acto sexual con animales y para el monedero falso o para el hereje». Llegándose paralelamente a su abuso y empleo cruel. Momento histórico en el que la pena de muerte y su ejecución se caracterizaba por la más absoluta *arbitrariedad* (20).

Sin embargo, como el propio TOMÁS Y VALIENTE destaca, la forma de ejecución más frecuente en los siglos XVI, XVII y hasta las postrimerías del XVIII fue la horca. Por otro lado, y ello nos parece especialmente interesante en nuestra indagación, como las leyes no especificaban siempre el medio de ejecución de la pena capital, los jueces podían arbitrariamente señalar la forma de dar muerte al reo. Cuando en las sentencias de la época se indica la aplicación de la «muerte ordinaria» o

Progresión histórica de la pena de muerte en España, en «Revista de Derecho Público», 1934, págs. 193 y sigs.

(19) Vid. TOMÁS Y VALIENTE: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pág. 359.

(20) Vid., con carácter general: SCHMIDT, E.: *Die Geschichte der Todesstrafe bis zum Beginn der Aufklärung*, en «Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten», cit., fundamentalmente páginas 30 y sigs.

«en la forma ordinaria», se ve luego en las diligencias ejecutivas que el reo murió en la horca.

La muerte en garrote, que tan larga vida habría de tener en el sistema penal español, aparece ya en el siglo xvii y se impone paulatinamente a lo largo del xviii, generalizándose su uso en la segunda mitad de esta centuria (21).

Respecto de la ejecución en garrote, de triste tradición en España, cabe señalar que ni el instrumento ni el sistema han permanecido invariables en el devenir de los tiempos (22). En un principio se trataba simplemente de un palo derecho con un orificio en un extremo, a través del cual se hacía pasar una doble cuerda que formaba un nudo corredizo en torno al cuello del reo, que moría estrangulado. El siguiente paso en su perfeccionamiento fue la manipulación de este nudo corredizo por medio de un torniquete formado por un palo introducido entre las cuerdas. Posteriormente, se substituyó el nudo corredizo por una argolla o corbatín de hierro, que ciñe el cuello del condenado y se acciona por medio de un torniquete. Esta base mecánica subsiste, con muy leves variantes, en la actualidad. En definitiva, no supone más que una estrangulación semejante a la de la horca, pero sin sus-

(21) En este momento histórico gana terreno en España la eliminación de los suplicios más crueles. Sin embargo, y con carácter excepcional, se aplicaban en el siglo xviii la muerte en la hoguera, por saeta, el *culleum* al parricida y la pena de muerte en la rueda. Vid. TOMÁS Y VALIENTE: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, cit., páginas 385 y sig.

(22) Incluso, como ha puesto de relieve D. SUEIRO, monografista español del tema (*El arte de matar*, Alfaguara, Madrid-Barcelona, 1968, págs. 429 y sigs.), «dar garrote» no ha significado siempre dar un garrote de muerte. Aparece en un principio como un típico tormento de cuerdas, muy utilizado por la Inquisición: una fuerte ligadura que se aplica en las extremidades; ligadura que se va apretando por medio de vueltas de torno realizadas con un palo y produciéndose una opresión dolorosa en la carne.

pensión del cuerpo de la víctima y de una superior rapidez, dado que se actúa por medio de un tornillo de paso muy largo, produciéndose, además, la fractura de las vértebras cervicales (23). Se trata así de acelerar el tránsito y evitar la efusión de sangre, característica, por ejemplo, de la guillotina.

En 1806, al ocuparse MARCOS GUTIÉRREZ de la cuestión de la pena de muerte, «la más ardua e importante que puede ofrecerse a un escritor en las materias criminales» (24) y si bien acepta, por razones de justicia y utilidad pública, esta pena, proscribida toda crueldad en su ejecución. Así, escribe, «lejos de nosotros para siempre las ruedas, los hornos encendidos, las calderas de aceite hirviendo, el plomo derretido, el descuartizar los hombres vivos, los arrancamientos con tenazas de pedazos de carne humana, las camisas de azufre y, en fin, aquellos suplicios lentos inventados para atormentar largo tiempo a los infelices reos». Momento histórico, pues, en el que parece haberse superado una época de atroces modalidades en la ejecución y que ya nos va a poner en contacto con el proceso de codificación del Derecho Penal español.

A pesar de que en el seno de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Código Penal que sería promulgado en 1822, se especuló con la posibilidad de desterrar la pena de muerte de nuestro ordenamiento jurídico, no prosperó tal iniciativa, manteniéndose esta pena en la escala general del artículo 28 (25). En nuestro pri-

(23) Impresionantes fotografías de esta máquina de matar se contienen en la obra de SUEIRO: *Los verdugos españoles*, citada, a continuación de la pág. 288.

(24) Vid. MARCOS GUTIÉRREZ, J.: *Práctica criminal de España*, Imprenta Villalpando, Madrid, tercera edición, 1824, III, páginas 87 y sigs. del «Discurso sobre los delitos y las penas» contenido en este tomo III. La primera edición es de 1806.

(25) Artículo 28 del *Código de 1822* en el que se establecía que «a ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto

mer Código punitivo, la mecánica de ejecución está cuidadosamente establecida (arts. 31 a 46); preceptuándose en el artículo 36 que «el reo condenado a muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo». La publicidad y ejemplaridad en la ejecución, inexcusables en las concepciones de la época, quedan suficientemente garantizadas con una meticulosa regulación (26).

Aun aceptando la tesis de ANTÓN ONECA de que la aplicación del Código de 1822 fue, a lo sumo, «breve, imperfecta y desigual» (27), es lo cierto que la reacción absolutista de 1823 supuso su desaparición de la vida jurídica nacional y, evidentemente, el retorno a las modalidades ejecutivas anteriores: la horca, fundamentalmente, e incluso la muerte por el fuego para los herejes y el *culleum*, si bien por medio de modalidades simbólicas de ejecución (28).

La pena de muerte en horca fue abolida en 1828 por Real Cédula de 28 de abril, dictada por Fernando VII. En ella se prescribe la ejecución por medio de garrote y, a pesar de lo igualitario del trance, se distingue entre: garrote *ordinario*, para ejecución de individuos del estado llano; garrote *vil*, para los delitos infamantes, sin distinción de clases; garrote *noble*, reservado para los hijos-

en los casos reservados a los fueros eclesiásticos y militar, se aplicarán en España otras penas» que las allí expresadas.

(26) En el artículo 40, por ejemplo, estaba previsto un cierto ritual que acompañaría la ejecución en garrote para los supuestos en que el condenado a muerte lo fuere por traidor, asesino, parricida o se tratase de un reo sacerdote.

(27) Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *Historia del Código Penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales», 1955, página 275.

(28) Al respecto, vid. CUELLO CALÓN: *La moderna Penología*, cit., I, págs. 223 y sig.

dalgos (29). Distinción desaparecida con el Código Penal de 1848. A partir de este momento histórico resta en España como única pena de muerte la de garrote para los delincuentes de Derecho común y la de fusilamiento para los del militar, con el breve paréntesis abolicionista a que más adelante nos referiremos.

En el artículo 87 del Código Penal de 1848 se estableció la imposibilidad de ejecutar pena alguna «en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto». Garantía de ejecución concretada en el artículo 89 a la materia que nos ocupa: «La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado». Previsiones ambas que tuvieron acceso al Código de 1870 (arts. 100 y 102).

GROIZARD, en sus comentarios al texto últimamente mencionado, destaca que, como consecuencia del principio «no hay más delitos que los que la ley define, ni más penas que las que la ley determina», hay que aceptar que las penas sólo pueden ser ejecutadas en la forma prescrita por la ley. De otro modo, si pudieran serlo con accidentes no especificados en el Código, serían penas distintas de las admitidas por la ley. Por ello —concluye—, «donde la pena de muerte se ejecuta por medio de la decapitación no es lícito aplicar el garrote» (30).

La Ley de 9 de abril de 1900 otorgó una nueva redacción al artículo 102 del texto de 1870: La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo, y a las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en días de fiesta religiosa o nacional.» Al mar-

(29) Como ha puesto de relieve SUEIRO (*Los verdugos españoles*, cit., pág. 291), se trata solamente de una diferencia formal, de decoración, puesto que el instrumento, el procedimiento y la técnica de dar la muerte son idénticos.

(30) Cfr. GROIZARD, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos, 1872, II, pág. 458.

gen de la supresión de la publicidad (31) y de la reducción del plazo entre la notificación al reo y la privación de la vida (32), nos interesa destacar que el precepto

(31) Se suprimió la publicidad en base de la inteligencia de que la misma no producía ni la intimidación ni la ejemplaridad que podían justificarla. Solución alabada por VIADA, S.: *Código Penal reformado de 1870*, 5.^a edición, Madrid, 1926, II, página 660. En este sentido, ya una Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1874 había tratado de prevenir los excesos del público asistente a las ejecuciones, dictando instrucciones a los presidentes de las Audiencias para rodear aquéllas del debido respeto. Análogas exigencias se encuentran en la aportación de GARCÍA ROMERO DE TEJADA, J., sobre *Las ejecuciones capitales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 85, 1894, págs. 551 y sigs. La Ley de 9 de abril de 1900 ha pasado a la historia de nuestra legislación indisolublemente vinculada a A. PULIDO, de la Real Academia de Medicina, que en 1897 había abominado en su obra *La pena capital en España* (Madrid) de la publicidad en la ejecución. El diputado doctor PULIDO presentó al Senado una propuesta de ley pidiendo la reforma de los artículos del Código Penal relativos a la ejecución de la pena de muerte que, como ya hemos dicho, cristalizó en la Ley de 1900. Sobre la obra mencionada de A. PULIDO, vid. RICO DE ESTASÉN, J.: *La pena capital en España*, en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», septiembre de 1951, págs. 34 y sigs. También, ARENAL, Concepción, en su opúsculo: *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, en «Obras completas de Concepción Arenal», Librería de Victoriano Suárez, Madrid, tomo XII, 1896, págs. 141 y sigs., se había ocupado de este aspecto concreto de la mecánica ejecutiva de la pena capital. Ya, en otro lugar, hemos destacado cómo, para C. ARENAL, la pena de muerte que la Ley impone no es más que la privación de la vida, que la evolución cultural de los pueblos la ha privado de su carácter atormentador y que su ejecución ha de ser lo más rápida y piadosa posible. Enumera, además, la autora de *Cartas a los delincuentes*, los males que revestía el sistema de ejecución imperante en su tiempo (para el reo, para la sociedad y para el verdugo), denunciando, sobre todo, la inconveniencia de que aquél se hubiese convertido en un espectáculo (cfr. LANDROVE DÍAZ, G.: *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1969, pág. 33).

(32) Sobre la necesidad de acortar la excesiva longitud de estos plazos ya se había pronunciado P. GÓMEZ DE LA SERNA en 1864 (vid. *Sobre la ejecución de la pena de muerte*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 24, fundamentalmente págs. 13 y sigs.).

sigue señalando, inequívocamente, la modalidad ejecutiva: en garrote.

El artículo 170, 1.º, del Código Penal español de 1928 supone una ruptura con el ya tradicional criterio de especificación en el texto punitivo de la peripecia ejecutiva de la última pena. En el mismo se preceptúa que «la pena de muerte se ejecutará en la forma y términos que dispongan los reglamentos que se dicten al efecto». Reglamentos que, como en su momento apuntó CUELLO CALÓN (33), habrían de disponer la ejecución mediante garrote (como preceptuaba la legalidad anterior) u otro procedimiento; si la ejecución tendría lugar públicamente o dentro de la prisión donde estuviere recluido el condenado a ella y, también, las disposiciones relativas al entierro del ejecutado y otras que figuraban en el Código de 1870.

Por Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928 se aprobó el reglamento para la ejecución de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de la Dictadura del General Primo de Rivera, que habría de regir, como el propio Código, desde el 1 de enero de 1929. Entre otras precisiones, se establece en el artículo 1.º que «la pena de muerte se ejecutará en garrote, de día y en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo». Subsistencia, pues, de la modalidad ejecutiva del garrote, si bien, desde un punto de vista de técnica legislativa, se abandona la regulación explícita en el Código Penal para ser acogida en un reglamento, al que aquél se remite.

Proclamada la República española en 1931, el 15 de abril se *anula* el Código de 1928. Declaración de nulidad que se extiende a todos los Decretos-leyes de la Dictadura que habían establecido o modificado las definicio-

(33) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, Librería Bosch, Barcelona, I, 1929, página 185.

nes de delitos o fijación de penas. El Código de 1870 vuelve a ser el vigente en España, acometiéndose inmediatamente la *republicanización* de nuestras leyes penales. El texto republicano de 1932 borra del arsenal punitivo español la pena capital. Destacándose en su «Exposición de motivos» la indudable trascendencia del triunfo de la tesis abolicionista (34).

Sin embargo, la pena de muerte fue restablecida para determinados delitos por Ley de 11 de octubre de 1934. Señalándose en el artículo 6, 4.º, de esta Ley especial que, en materia de ejecución, se consideraban vigentes los artículos 102 a 105 del Código de 1870 y la reforma de 9 de abril de 1900 a que antes nos hemos referido.

La Ley de 5 de julio de 1938 reintegra al Código Penal la pena de muerte. Ley de 1938 que se autocalifica como de aquellas «que no requieren explicación ni justificación», porque es la propia realidad la que las impone y dicta. Afirmándose en el preámbulo que la desaparición de la pena mencionada de la escala general «no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero». En definitiva, encabeza así la relación del artículo 27 la pena de muerte (35).

El Código Penal de 1944 otorgó la siguiente redacción al párrafo primero del artículo 83: «La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos». Términos hoy inalterados. Reglamentos que, en opinión de CASTEJÓN (36), no habría necesidad de pro-

(34) Vid. la «Exposición de motivos» del Código Penal reformado de 1932, bajo el epígrafe V: *Humanización y elasticidad del Código*. Abolición de la pena de muerte que comportó la de los arts. 102 a 105, y 53, del Código de 1870.

(35) Ley de 5 de julio de 1938 que, en su artículo 3.º, declara expresamente en vigor la Ley de 11 de octubre de 1934.

(36) Vid. CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1946, páginas 46 y sig.

mulgar por ser suficientes en aquel momento las precisiones de nuestra legislación penitenciaria. Incluso —afirma— era defendible la vigencia del Reglamento de 10 de diciembre de 1928 sobre ejecución de esta pena, ya que no fue anulado por el Decreto-ley de 15 de abril de 1931, que, como hemos visto, solamente comprendió el Código de 1928 y los Decretos y Leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de penas. No es obstáculo para esta solución —concluye— la inaplicación del reglamento de 1928 durante la República (por abolición de la pena de muerte) ni el que la Ley de 11 de octubre de 1934 dispusiese la ejecución de la pena capital conforme a las precisiones del Código de 1870.

Solución que no satisface a FERRER SAMA, que en sus *Comentarios al Código penal* (37), y a pesar de la mención legal a disposiciones reglamentarias, considera único criterio interpretativo al respecto la estimación como fuente legal en materia de ejecución de la pena capital las previsiones del Código de 1870.

La trascendencia de la doble posibilidad interpretativa a que nos hemos referido, y nacida con la promulgación del Código de 1944, queda evidentemente minimizada si tenemos en cuenta dos realidades incuestionables:

a) En primer lugar, y como recientemente ha puesto de relieve A. DEL TORO (38), las dudas sólo podían referirse a las medidas cautelares y dispositivas que se integraban en la ejecución; pero no al modo específico de cumplimiento de la pena de muerte, objeto estricto de nuestra indagación, ya que tanto el Código de 1870 como

(37) Cfr. FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1947, II, pág. 324.

(38) Cfr. TORO, A. del: *Comentarios al Código penal*, cit., tomo II, pág. 432.

el reglamento de 1928 arbitraban idéntica fórmula: la ya tradicional en España del garrote.

b) Por otro lado, la referencia del artículo 83 a «dos reglamentos» muy pronto se vería llena de contenido con la promulgación del de 5 de marzo de 1948.

Por Decreto de 5 de marzo de 1948 (39) se aprobó el Reglamento de los Servicios de Presidios y Prisiones; estableciéndose en el capítulo V de su título X las reglas para la ejecución de la pena de muerte y el tratamiento de los sentenciados a la misma (arts. 58 a 64). Nos interesa especialmente destacar el contenido del artículo 58: «La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la Prisión en que se hallare el reo y a las diez horas de notificarle al mismo la señalada para la ejecución, que no se verificará en días de fiesta religiosa o nacional». Mantenimiento, en suma, de la modalidad ejecutiva a través de las precisiones reglamentarias en que cristaliza la garantía de ejecución de la pena capital proclamada en el artículo 83 del Código punitivo.

IV. NACIMIENTO DEL PROBLEMA

Por Decreto de 2 de febrero de 1956 se aprobó un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones. Momento éste en el que, según los defensores de la tesis de la «laguna legal», se produce ésta en nuestra legislación. En el capítulo V del título I del Reglamento de 1956 se precisa el régimen de ejecución de la pena de muerte. En los artículos 43, 44 y 45 se especifica el tratamiento de los condenados a muerte desde que se dicte la senten-

(39) Para una visión panorámica de la problemática de la pena de muerte y su ejecución en este momento histórico, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *La «vida» de la pena de muerte en 1950*, en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», abril de 1951, págs. 13 y sigs.

cia condenatoria hasta su notificación al reo, las visitas que éste podrá recibir y las medidas que el director y funcionarios de la prisión deberán adoptar para que en el establecimiento reine el mayor silencio hasta después de ejecutada la sentencia. El párrafo primero del artículo 4, que fundamentalmente nos interesa, está concebido en los siguientes términos: «La pena de muerte se ejecutará con arreglo a la Ley, a las diez horas de haber notificado al reo la señalada para la ejecución» (40).

A la vista de estos preceptos, denunció, en 1962, ALAMILLO (41) que el nuevo reglamento se había limitado a señalar el tratamiento que debe darse a los presos hasta su ejecución y a determinar, entre otros detalles accesorios, las personas que han de asistir a ella. No se alude, afirma, y ello es innegable, al procedimiento o mecanismo a utilizar para causar la muerte. La expresa referencia al *garrote* había sido sustituida por la expresión: la pena de muerte se ejecutará *con arreglo a la Ley*.

También pone de relieve ALAMILLO el silencio del reglamento de 1956 acerca del tiempo y lugar de la ejecución. Recordemos que el texto de 1948 precisaba que

(40) Los restantes párrafos del mencionado artículo 46 están así concebidos: «Asistirán al acto de la ejecución: El secretario judicial designado al efecto, los representantes de las autoridades gubernativa y municipal, el director de la prisión y empleados que éste designe, el sacerdote o ministro de la religión e individuos de las asociaciones religiosas o de caridad que auxilien al reo, el médico que haya de certificar el fallecimiento y tres vecinos designados por el alcalde, si voluntariamente se prestasen a concurrir. Para acreditar la ejecución de la pena se levantará acta sucinta del hecho, que suscribirán las personas que la hubieren presenciado, y cuyo original se unirá al sumario, expidiéndose por el secretario el oportuno testimonio, que se publicará en el «Boletín Oficial» de la provincia. El cadáver podrá ser entregado para su inhumación a la familia del reo si ésta lo solicitase, pero el entierro no podrá hacerse con pompa. La autoridad judicial solicitará de la civil los auxilios necesarios y observará y hará guardar y cumplir todas las disposiciones referentes al acto de la ejecución.»

(41) Cfr. ALAMILLO CANILLAS: *La ejecución de la pena de muerte (una curiosa laguna legal)*, cit., págs. 6 y sig.

ésta se llevaría a cabo de día y en sitio adecuado de la prisión donde se hallare el reo, aludiéndose, además, a la imposibilidad de su verificación en días de fiesta religiosa o nacional. En su opinión, estas omisiones no entrañan trascendencia alguna porque siempre resultarían de aplicación los dictados de la Ley en cuanto a los días y horas hábiles y el momento de ejecución de las resoluciones judiciales; respecto de la omisión al lugar, mantiene idéntica postura. Por el contrario —afirma— «no ocurre lo mismo con la falta de mención del procedimiento de la muerte misma».

A la pregunta ¿en qué disposición legal se basaría el Tribunal a quien el reo de muerte pidiese, por ejemplo, ser decapitado para denegar la petición? ofrece una doble contestación, que rechaza con los siguientes argumentos:

a) Niega la posibilidad de invocación del reglamento de 1948, porque el nuevo ha venido a derogarlo y sustituirlo, en cuanto regula precisamente la misma materia.

b) Asimismo, rechaza la posible alegación de un «uso judicial», porque la Ley reserva la decisión a otra norma escrita: el reglamento; y con ello excluye la posibilidad de formarse un uso con efectos jurídicos.

Por todo ello —concluye— no existe otra solución para resolver el problema suscitado que la promulgación de un reglamento que colme la referencia que, en materia de ejecución de la pena capital, se establece en el artículo 83 del Código penal.

Tal es la línea argumental de la tesis de ALAMILLO en la materia que, como ya en su momento pusimos de relieve, ha sido aceptada por un amplio sector de la doctrina española y desarrollada en sus últimas consecuencias por A. DEL TORO, en su colaboración a los *Comentarios al Código penal* aparecidos en 1972.

Efectivamente, para el penalista últimamente mencio-

nado, la «laguna» creada por el artículo 46 del reglamento de 1956 *no obedece a un simple descuido de sus redactores* (42), sobre todo habida cuenta las advertencias que sobre la misma se han hecho recientemente en España y que, de mantenerse la tesis del olvido del legislador, éste pudo haber sido subsanado. Laguna legal de la que incluso se ha hecho eco el fiscal del Tribunal Supremo en 1967, como ya pusimos de relieve. Desinterés del legislativo por remediar esta situación que interpreta como una voluntaria obstaculización de la posibilidad ejecutiva de la pena de muerte.

Queremos pensar que no es ésta la postura de los poderes públicos españoles al respecto. Al margen de la pobre impresión que causa sobre nuestra técnica legislativa, supone una inconfesada incapacidad para abordar seriamente un problema serio donde los haya, cual es el de la abolición o mantenimiento de la pena de muerte en nuestro Derecho. Más aún, la existencia de la pena de muerte en nuestro arsenal punitivo y lo difuso de su mecánica ejecutiva podrían condicionar a criterios antes de oportunidad que jurídicos la efectiva aplicación de la misma. Y, sobre todo, repetimos la pregunta que ya hicimos al plantear tan delicado problema: ¿Cómo calificar las ejecuciones llevadas a cabo en España con posterioridad a 1956 si la pena de muerte, desde esta fecha, no puede ser *legalmente* ejecutada?

(42) Cfr. TORO, A. del: *Comentarios al Código Penal*, cit., tomo II, pág. 434. En donde se califica de «inexplicable» que en 1956 se expulsaran de la reglamentación penitenciaria cuatro requisitos que afectan al hecho de la privación de la vida (en garrote, de día, en lugar adecuado de la prisión y en día hábil) sustituyéndolos por la expresión «con arreglo a la ley»; no puede presumirse —afirma— que los redactores del reglamento de 1956 creyesen que la ley regulaba la ejecución.

V. NUESTRA OPINION

Para contestar a las inquietantes cuestiones suscitadas, creemos que ha sido de notable utilidad el examen de la peripecia ejecutiva de la pena capital en España que hemos realizado en páginas anteriores. Al sistema vigente en los códigos penales del siglo XIX de pormenorizada regulación en los mismos de la ejecución de la pena de muerte, sucede, a partir del Código de 1928, la remisión a los reglamentos en cuanto garantía ejecutiva de ésta. Criterio mantenido posteriormente con la ya apuntada excepción del Código de 1932 que desterró la más grave de las sanciones de nuestro Derecho Penal común.

Como ya hemos indicado, el Reglamento de Prisiones de 1948 establecía claramente la modalidad ejecutiva en su artículo 58: el garrote. Reglamento al que inequívocamente nos remitía el artículo 83 del Código Penal. El problema nació con la promulgación del texto reglamentario de 1956, artículo 46, 1.º (la pena de muerte se ejecutará *con arreglo a la ley*). Desde este momento, un amplio sector doctrinal, encabezado por ALAMILLO CANYILLAS, ha mantenido, en los términos antes expresados, la imposibilidad de ejecutar legalmente esta pena en España. Su tesis al respecto: el reglamento al que nos remite el artículo 83 del texto penal no especifica la forma de privar de la vida al reo. La imposibilidad de acudir al Derecho consuetudinario, para la utilización del garrote, es evidente; supondría una intolerable vulneración de la garantía de ejecución de las penas derivada de la vigencia en nuestro ordenamiento penal del principio de legalidad (43).

(43) Sobre las *garantías jurídicas* derivadas del principio de legalidad y vigentes en nuestro Derecho positivo, vid. STAMPA BRAUN, J. M.ª: *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Artes Gráficas Miñón, Valladolid, 1953, págs. 178 y sig. Más

En esta línea se mueve también A. DEL TORO, uno de los penalistas que más recientemente se ha ocupado de la cuestión. Su tesis del silencio consciente de nuestro legislador (abolicionismo *vergonzante*, por el vehículo utilizado) se ve reforzada por la siguiente argumentación: la mutua remisión del Código a los reglamentos y del reglamento de 1956 a la ley solamente podría explicarse con la existencia de otro reglamento vigente sobre la ejecución de la pena de muerte o si alguna ley, fuera del Código penal, estableciera el modo de privación de la vida (44). La segunda de estas posibilidades, evidentemente, ha de ser rechazada (45). Respecto de la primera, afirma DEL TORO que sería absurdo mantener que el artículo 46 del reglamento de 1956, donde dice ley, quiera referirse al de 1948, que precisamente «modifica, sustituye y deroga», sin que exista ningún otro al que referir las precisiones del artículo 83 del Código Penal.

Creemos, sin embargo, que esta última posibilidad merece una más profunda reflexión. La solución, en definitiva, solamente puede alcanzarse con un cuidadoso examen del reglamento de 2 de febrero de 1956. Más concretamente, del planteamiento de la cuestión de si el artículo 46 del mismo ha derogado el artículo 58 del reglamento de 1948.

recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Principio de legalidad (Derecho Penal)*, voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, Barcelona, XIV, 1971, pág. 888.

(44) Cfr. DEL TORO: *Comentarios al Código penal*, cit., II, página 436.

(45) El artículo 872 del *Código de Justicia Militar*, de 17 de julio de 1945, establece que: «La pena de muerte se ejecutará pasando al reo por las armas, siempre que éste sea militar, cualquiera que sea el delito cometido y el Tribunal que lo haya juzgado. Si el reo fuera paisano y el delito militar, será pasado por las armas o ejecutado con arreglo a la *Ley común*, según lo estime procedente en cada caso la autoridad judicial respectiva; y si el delito no fuese militar, se aplicará la *Ley común*: en campaña se ejecutará la pena pasando al reo por las armas» (el subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, no puede en modo alguno ser perdida de vista la *Disposición final* del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956: «Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en este Reglamento y autorizado el ministro de Justicia para dictar cuantas normas estime oportunas para la interpretación, desenvolvimiento y ejecución de sus preceptos.» Cláusula derogatoria que, inequívocamente, alcanza tan sólo a las disposiciones *que se opongan* a lo establecido en su articulado.

Con carácter general, destaca F. DE CASTRO (46) que el cambio y fin de la vigencia de las disposiciones de Derecho positivo es un fenómeno irremediable y de frecuencia, en muchas ocasiones superior a lo necesario y conveniente. Por ello, es preciso determinar en qué momento termina la obligatoriedad de una norma y es sustituida por otra. Determinación que es preciso realizar con la mayor precisión, por exigencias insoslayables de seguridad jurídica. Problemática de la derogación que no es, por supuesto, privativa del Derecho Penal, sino de la Teoría general del Derecho, y que resuelve el título preliminar del Código civil de forma dogmática para todas las leyes españolas (47).

Una ley sólo se deroga por otra posterior (regla *lex posterior derogat anterior*, que recoge un principio fundamental del Derecho), pero esta derogación puede ser expresa o tácita. Es *tácita* cuando la nueva ley no hace referencia a la precedente, que deja, total o parcialmente, sin efecto; limitándose a regular la misma materia de

(46) Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho Civil de España*, parte general, tomo I, segunda edición, Madrid, 1949, pág. 629; bajo el epígrafe general «Término de la vigencia de las normas».

(47) *Código Civil español*, artículo 5: «Las leyes sólo se desobservancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en conrogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerán contra su trario.» Principio mantenido en el art. 2.º, 2, del nuevo Título preliminar.

forma distinta. La derogación es *expresa* cuando así se dispone por la nueva ley, mencionando la anterior, o la parte de ella que deja sin efecto. En consecuencia, es conveniente que las disposiciones legales contengan una cláusula derogatoria para facilitar la tarea de interpretación y aplicación de las mismas.

Se ha destacado, sin embargo, la frecuencia con que el legislador se limita a expresar, y éste es precisamente el caso que nos ocupa, que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la nueva ley» (48). Solución rechazable en una correcta técnica legislativa, ya que, para evitar dificultades y confusiones, deben especificarse las leyes o los preceptos de otras leyes que quedan derogados. Es evidente que la utilización de aquella «cláusula derogatoria general» —en expresión de PUIG PEÑA (49)— plantea problemas de cierta entidad para concretar qué norma representa una oposición o contradicción con la nueva.

Ello sentado, se plantea una interrogante con toda intensidad: ¿Se opone, en materia de técnica ejecutiva de la pena capital, el reglamento de 1948 al de 1956? La contestación negativa es, para nosotros, evidente. Más aún, puestos en relación los artículos de ambos reglamentos, a los que nos hemos venido refiriendo, resulta diáfananamente que son entre sí complementarios. Por ejemplo, la referencia al lugar de la ejecución y, sobre todo, a la utilización del *garrote* que se contiene en el texto de 1948 completa y da sentido al más moderno de los reglamentos citados.

Por todo ello, estimamos que la remisión que el ar-

(48) Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. de: *División y fuentes del Derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1968, pág. 120.

(49) Cfr. PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, tomo I, volumen I, pág. 554.

título 83 del Código penal vigente hace a «los Reglamentos» para el cumplimiento de la pena de muerte (50), nos obliga a tener presentes las precisiones al respecto de los reglamentos de 1948 y 1956. No existe, en suma, la laguna legal sobre la que ha coincidido un amplio sector de la doctrina española de los últimos años. Otro aspecto de la cuestión, de menor trascendencia que el de la posibilidad legal de ejecutar la pena de muerte, es el de las posibles críticas que puedan hacerse a esta técnica legislativa de mantener, al menos en parte, la vigencia del reglamento de 1948 cuando muy bien pudo haberse abarcado con el de 1956 todo el ceremonial ejecutivo de la más grave de las penas que nuestro Código penal relaciona en su artículo 27.

Muy recientemente, hemos tenido ocasión de comprobar que la solución que defendemos frente a un amplio grupo de penalistas que se han ocupado del tema es también la suscrita por F. BUENO ARÚS, uno de los más caracterizados especialistas españoles en las cuestiones que aquí se han suscitado. Afirma BUENO ARÚS, en su *Recensión* a la obra de D. SUEIRO, *Los verdugos españoles* (51), que la solución que evite el aparente círculo vicioso radica en considerar (vista la flexible disposición derogatoria del Reglamento de 1956) vigente el Reglamento anterior, en cuanto no se oponga al nuevo.

En conclusión, en España la forma *legal* de privar al condenado a muerte de la vida, según el Derecho común, es la tradicional del garrote. La ley penal y los reglamentos describen totalmente el itinerario ejecutivo de la misma.

(50) Técnica legislativa que, como ya hemos puesto de relieve, se respeta en la *Base décima* (núm. 3) de la *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, de 1972.

(51) Cfr. BUENO ARÚS, F.: *Recensión* a la obra cit., en «*Revista de Estudios Penitenciarios*», 1972, pág. 262.

Ejecución bajo la modalidad de garrote a la que, en congruencia con lo antes expresado, se refieren nuestros Tribunales ordinarios de justicia, cuando en sus fallos condenan lacónicamente «a la pena de muerte» (52). Si bien en ocasiones son algo más explícitos aludiendo a que la misma «se ejecutará conforme, con arreglo y en la forma que determinan los Reglamentos» (53); llegando a veces a especificar que su ejecución se hará «conforme al artículo 83 del Código Penal» (54), pero sin aludir, y no tienen por qué hacerlo, a la mecánica ejecutiva de la gravísima pena que imponen. En nuestra opinión, los reglamentos mencionados tienen tan triste privilegio.

Quizá nuestras conclusiones, que en modo alguno hay que entender como una personal defensa de la pena capital, supongan una desesperanzadora matización para aquellos que, con base en la infrecuencia de la aplicación por los Tribunales ordinarios y de la pretendida imposibilidad de ejecución de la pena de muerte, defendían la caracterización de España como un país abolicionista *de facto*. La verdad es muy otra, y creemos haberla al-

(52) En este sentido, sentencia de 14 de mayo de 1957, pronunciada por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 1958. En *Jurisprudencia criminal*, tomo XXXIV, núm. 264, páginas 677 y sigs. Con los mismos términos: sentencia de la Audiencia de Alicante de 18 de mayo de 1957; confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1957 (en *Jurisprudencia criminal*, tomo XXXIII, núm. 1015, páginas 846 y sigs.).

(53) Por ejemplo: sentencia de 20 de mayo de 1957 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condena a muerte al procesado como autor de un delito de robo con homicidio, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de nocturnidad, despoblado, realizar el hecho en casa habitada y alevosía. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1958 confirma la de la Audiencia Provincial (en *Jurisprudencia criminal*, tomo XXXV, núm. 715, págs. 682 y sigs.).

(54) Así: sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 15 de junio de 1956. Fallo confirmado en sentencia de 24 de enero de 1957 por nuestro más alto Tribunal de justicia (en *Jurisprudencia criminal*, tomo XXXI, núm. 73, págs. 160 y sigs.).

canzado con el examen exclusivamente *técnico* de la problemática suscitada sobre la última pena y su ejecución en el Derecho positivo español.

Hemos evitado el planteamiento del problema de la abolición de la pena de muerte. Problema que, como ha destacado BARBERO SANTOS (55), no es solamente jurídico o sociológico, sino también político; la responsabilidad de pronunciarse sobre lo prudente o practicable de la abolición corresponde al político; pero éste no puede, en modo alguno, ignorar las voces de los juristas al respecto. Pero se aborde o no en un futuro inmediato la desaparición de la pena capital de nuestras leyes, y en este sentido somos decididamente pesimistas, creemos que en la actualidad puede ser impuesta y ejecutada *legalmente* con esa sobrecogedora máquina de matar que se denomina garrote.

Realidad que creemos haber demostrado con lo expuesto en páginas anteriores y que nos aleja abismalmente de soluciones alcanzadas en otros países europeos en los que la problemática abolicionista hace carne ahora, no ya en una pena capital inexistente, sino en la reclusión perpetua, su secular sustitutivo. Así, nos relata JESCHECK (56) cómo en la República Federal Alemana,

(55) BARBERO SANTOS, M.: *La pena de muerte, problema actual*, cit., págs. 173 y sigs. Incidiendo en la tesis de que el momento de la abolición de la pena de muerte es un problema de oportunidad política, que sólo puede ser determinado por los gobernantes, estima CEREZO MIR (*Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, cit., pág. 781 y sig.) que «el momento actual no es adecuado para una decisión de tan largo alcance. Vamos —afirma— «hacia un período de cambio y probablemente de inestabilidad política».

(56) Cfr. JESCHECK, H.-H.: *La reforma del Derecho Penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados*. Conferencia pronunciada en las Facultades de Derecho de la Universidad Complutense y de la Universidad Autónoma de Madrid los días 25 y 26 de marzo de 1972. Publicada en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1972 (traducción de J. M.^a Rodríguez Devesa), pág. 639.

abolida la pena de muerte en 1949 y aceptada ampliamente su abolición por el país, apremian en la actualidad las tendencias más progresistas para lograr la erradicación del Código Penal alemán de la reclusión perpetua. Los argumentos esgrimidos tendrán, quizá, un extraño sonido en un país al parecer incapaz de renunciar a la pena de privación de la vida: todo encierro por más de unos quince años destruye la personalidad y es, por eso, inhumano.





ANTONIO FERNANDEZ RODRIGUEZ

Magistrado de la Audiencia Territorial de La Coruña



**Consideraciones sobre el delito
y la pena**



Conferencia pronunciada en el Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela el día 28 de mayo de 1973.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO Y LA PENA.

I. ASPECTOS GENERALES.

II. CRITERIOS NEGATIVOS DEL DERECHO DE PENAR.

- A) **Los utopistas.**
- B) **Los anarquistas.**

III. CRITERIOS AFIRMATIVOS DEL DERECHO DE PENAR.

- A) **Justificación del «ius puniendi».**
- B) **Teoría de Freud.**
- C) **Teoría sintética.**
- D) **Teorías justificantes del derecho de penar.**
 - a) Doctrina de Beccaria.
 - b) Doctrina de Bentham.
 - c) Doctrina de Romagnosi.
 - d) Doctrina de Kant.
 - e) Doctrina de Feuerbach.
 - f) Doctrina de Roeder.
 - g) Teoría clásica.
 - h) Teoría positiva italiana.
 - i) Teoría de la «Terza scuola».
 - j) Teoría de Liszt.

IV. ORIENTACIONES MODERNAS.

V. CONSIDERACIONES FINALES.



Sean mis primeras palabras para expresar la gran satisfacción que me produce el dirigirme a ustedes. Cuando el Departamento de Derecho Penal de esta gloriosa Universidad Compostelana, por mediación de la Cátedra, cuyos integrantes sienten profunda vocación docente y muestran plena dedicación a las enseñanzas que imparten, me propuso pronunciar esta conferencia, me proporcionó una intensa alegría, pues con ello se me deparaba la ocasión de entrar nuevamente en contacto con esta Facultad de Derecho, para mí siempre de tan grato recuerdo, pues que en ella logré mi licenciatura. Llevo a esta Facultad de Derecho en el corazón, con expresión del mayor cariño, y pueden tener la seguridad sus rectores que en mí siempre encontrarán a un antiguo alumno dispuesto en todo momento a atender cualquier llamada que me sea hecha para aportar mis modestos conocimientos cuando se estimen útiles.

Nunca podré olvidar que en esta casa he recibido las enseñanzas que me han permitido poder presentarme hoy ante ustedes. Por eso, que esta mi presencia en este acto refleje, en todo mi ser, el sincero deseo de poder aportar a esta Facultad de Derecho una mínima parte de todo lo que de ella recibí, aunque mi pequeño bagaje no me permita hacerlo con la amplitud de que son ustedes merecedores.

Soy del parecer que el agradecimiento es una de las primordiales virtudes que debe cultivar el hombre. Y agradecido tengo que estar, permanentemente, al Departamento de Derecho Penal, que me posibilita estar en este acto ante tan estudioso auditorio, atendiendo a la llamada de esta Facultad de Derecho, que siempre recibe a sus ex alumnos con el mayor afecto y cariño.

Ya en trance de dirigirme a ustedes, pensé que, tratándose de estudiantes de Derecho Penal, sería tema adecuado el referente a «Consideraciones sobre el delito y la pena», que paso seguidamente a desarrollar.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO Y LA PENA

I. ASPECTOS GENERALES.

Sin hipotecar el futuro, puede afirmarse que, hasta ahora, es un hecho innegable que en toda agrupación social existe un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos como las relaciones de los miembros del agregado social y las de éstos con los órganos colectivos (1).

Si los hombres respetaran voluntariamente esas normas el Derecho Penal sería innecesario; pero los seres humanos, a causa de sus pasiones y debilidades, son constantes transgresores del orden jurídico establecido, y por ello, junto al Derecho constitutivo figura el sancionador, que pone en manos del Estado el hecho grandioso y terrible del «ius puniendi», o sea, del derecho de penar.

Se ha discutido, se sigue y seguirá discutiendo sobre el fundamento y legitimidad del «ius puniendi», y con-

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, 1950, tomo II.

cretamente en relación con la facultad del Estado a definir delitos y establecer penas, así como la clase de éstas y su forma de aplicación.

II. CRITERIOS NEGATIVOS DEL DERECHO DE PENAR.

A) *Los utopistas* (2).

La más absoluta negación del «*ius puniendi*» estatal está representada por los utopistas. Quienes piensan que la vida debe organizarse con ausencia de toda autoridad o gobierno, sin más vínculos que la conciencia, la propia personalidad y la solidaridad natural y espontánea, ni reconocer al Estado ni, en consecuencia, admitir derecho alguno a éste para castigar; se basan, esencialmente, en este particular, en las doctrinas de MORO (siglos xv y xvi) y CAMPANELLA (siglos xvi y xvii). Pero ellos mismos, al acogerse a ellas, implícitamente vienen a reconocer que en manera alguna puede prescindirse del «*ius penandi*», como medio absolutamente necesario para lograr una armónica convivencia entre los hombres, en los que, si ciertamente existen fines de solidaridad y estados de conciencia, tampoco cabe desconocer que existen pasiones que alteran tales fines y estados, demandando una actividad social, reflejada en el poder del Estado y en la fuerza autóctona de las leyes, tendente al restablecimiento de la alteración producida.

La precisión de este restablecimiento, que es la esencia fundamentadora del «*ius puniendi*», lo vienen a reconocer los que se consideran padres del utopismo, cuando contemplan la posibilidad de aplicar determinadas y singulares penas, y, en consecuencia, el derecho de penar, pues sin el

(2) CONTURSI LISI: *I negatori del Diritto de punire*. Milán, 1931.

reconocimiento de éste no pueden aplicarse aquéllas. Así, MORO, en su obra *La utopía*, considerando que la codicia es lo más repugnante y entendiendo que para luchar contra ella hay que crear en los hombres el desprecio por las riquezas y los metales preciosos, establece la curiosa pena de que «a cuantos han sido infamados por la comisión de algún crimen, les cuelgan de las orejas zarcillos de oro, les adornan los dedos con anillos de oro, rodeándoles la garganta con collares de oro y les ciñen coronas de oro a la frente», con el fin de envilecer el oro y la plata. También la virginidad de las mujeres y de los hombres se defiende en *La utopía*, con amonestaciones y castigos, de tal manera que el padre y la madre en cuya casa se cometió el delito (de trato carnal) quedan difamados por no haberles vigilado con la necesaria diligencia.

En la misma obra se propugna el castigo de los profanadores del matrimonio con la más dura esclavitud, permitiendo que si ambos culpables son casados, puedan contraer matrimonio entre sí los que hayan sufrido la ofensa o con persona distinta, repudiando al adúltero. Si el ofendido, a pesar de la ofensa, persiste en su amor, puede seguir en su castigo de esclavitud al condenado, y a veces sucede que, en el relato de la obra aludida, el príncipe, conmovido por el arrepentimiento del ofensor y la firme constancia del ofendido, otorgue a aquél la libertad. Pero el reincidente es castigado con la muerte.

Ninguna ley fija para los demás delitos una determinada pena, sino que se impone ésta según la naturaleza de aquéllos. Los maridos castigan a las mujeres y los padres a los hijos, quedando en la intimidad de la familia, a menos que la infracción sea de tal gravedad que convenga al mantenimiento de las buenas costumbres un escarmiento público. Casi todos los crímenes graves se penan con la esclavitud, por entender que es más terrible para

el delincuente y más ventajoso para el Estado que el apresurarse a dar muerte al reo, privándole de los beneficios de su trabajo y de un ejemplo que, por duradero, impediría a otros la comisión de delitos análogos. Solamente se acude a la pena de muerte con relación a los que se mantienen rebeldes o recalcitrantes.

En la *Ciudad del Sol*, de CAMPANELLA, también se admiten las penas, incluso la de muerte. Y cada individuo es juzgado por el maestro supremo de su propio oficio. Por eso todos los primeros artífices son jueces y castigan con el destierro, azotes, deshonor, privación de la mesa común, prohibición de asistir al templo e incluso abstención del comercio carnal. El hecho injurioso llega a penarse con la muerte y en cuanto se trate de una culpa voluntaria y reflexiva la ley del Talión («ojo por ojo, diente por diente»). El condenado muere a manos del pueblo, quién le mata o apedrea, siendo lanzada la primera piedra por el acusador y los testigos, si bien la pena de muerte sólo se aplica cuando es voluntariamente aceptada por el condenado, salvo los casos en que se trate de delito cometido contra la libertad de la República, contra Dios o contra los magistrados supremos, en cuyo caso la sentencia se cumple sin composición. Después de la ejecución, toda la ciudad se viste de duelo y ruega a Dios que aplaque su cólera. Se aconseja al condenado que, previamente al acto de la ejecución, reconozca la justicia de la condena y las razones que aconsejan que debe morir, e incluso atacar a la justicia con que hayan obrado los que le han condenado, merecedores también de pena, y si sus razones son convincentes se sustituye la pena de muerte por la de destierro.

B) *Los anarquistas* (3).

La doctrina filosófica anarquista rechaza asimismo el «ius penandi» estatal, por entender que si el hombre nace bueno, delinquiendo por las coacciones que estima le produce la sociedad, no puede reconocerse en favor de ésta el derecho de penar, pero, sin embargo, se contradice al admitir la pena si fuese útil y rechazándola simplemente por considerarla inútil e ineficaz.

El conde LEÓN TOLSTOY (4) mantenía una singular posición frente al Derecho punitivo. En su doctrina, calificada por algunos de anarquismo cristiano, se afirma la «no resistencia al mal con la violencia», basándose en los Evangelios. En las obras *La sonata de Kreutzer*, *La guerra ruso-japonesa*, y más especialmente en *Resurrección*, *No puedo callar* y en su *Correspondencia con un jurista*, expone TOLSTOY sus ideas contra el «ius penandi». Sobre la llamada legitimidad de la función punitiva, se expresa en el sentido de que nadie puede ni debe imponer penas a sus semejantes, siendo del parecer que el imponerlas produciría daños sociales, con el resultado de «la pena como crimen y el crimen como pena». Personificando sus inquietudes en el príncipe NEKLINDOFF, TOLSTOY escribe: «Anhelaba saber en virtud de qué derecho funcionaba, de dónde provenía aquella extraña institución llamada Tribunal penal, del que eran resultado directo las cárceles con sus habitantes y los innumerables puntos de reclusión», interrogándose en un pasaje de *Resurrección*:

(3) EMILE GIRARDIN: *Droit de punir*. París, 1871. LUIS MOLINARI: *Il tramonto del Diritto penale*. Mantua, 1904.

(4) DORADO MONTERO: *Concepciones penales y sociales de Tolstoy, según su novela «Resurrección»*, en «Derecho protector», vol. II. CONTURSI LISI: *Il problema penale nel pensiero di Tolstoi*, en «Scritti in Onore di Enrico Ferri». Turín, 1929. ALEJANDRO GOLDENWEISER: *El crimen como pena, la pena como crimen*. Madrid, 1907.

«¿Por qué y con qué derecho unos pocos hombres se arrojan el poder de encarcelar, castigar, atormentar, pegar, condenar y condenar a muerte a sus semejantes, siendo así que ellos no difieren de los que por su orden son castigados, encarcelados y desterrados?» Y basándose en estas interrogantes, se manifiesta en el criterio de que a los delincuentes no debe castigárseles, sino perdonárseles como mandó JESÚS, hasta setenta y siete veces; tratarles como a hermanos, según enseñó CRISTO, que dijo no debía resistirse al mal con la violencia, precepto que, a parecer de TOLSTOY, es la clave para interpretar el Evangelio, así como también los preceptos contenidos en éste, sobre todo en el Sermón de la Montaña, y el que se debe poner en práctica para hallar el reino de Dios, como ser Supremo que sabe castigar y recompensar.

Estas ideas fueron sugeridas por Alejandro GOLDENWEISER (5), cuyo libro, bajo el título *El crimen contiene en sí la pena y la pena es un crimen*, acoge la paradoja de establecer que el crimen como pena es la afirmación de que el delito lleva en sí mismo su propio castigo, siendo éste bastante para oponerse a aquél, debiendo dejarse al delincuente con las consecuencias de sus actos. Pretende crear con ello una pena natural, compuesta tanto por las reacciones de los ofendidos directamente por la acción u omisión criminales, como por las propias reacciones morales del delincuente, producto de mal-estar interior, el rastro que deja tras de sí el mal, los remordimientos, la impulsación al suicidio, la censura social de los demás y el menosprecio del prójimo.

(5) ALEJANDRO GOLDENWEISER: *Obra ya citada.*

III. CRITERIOS AFIRMATIVOS DEL DERECHO DE PENAR

A) JUSTIFICACIÓN DEL «IUS PUNIENDI».

Estas apreciaciones, que se amparan en meras utopías y en aspectos meramente contemplativos, y, por tanto, plenamente aislados de la realidad, no son acogidas, por modo general, en el desarrollo del Derecho Penal, que, por el contrario, tienen su esencia vivificante en el indeclinable supuesto de reconocer que la sociedad tiene el derecho de reprimir ciertos actos que dañan su existencia. Hay autores, como CARNEVALE (6), que hablan de la «razón» del derecho de penar; otros, como MOUTÓN (7), se refieren incluso al deber de infligir castigos, considerándolo VASSALLI (8) como «potestad punitiva», que incluso es reconocida por los positivistas, que si han puesto en duda la «responsabilidad moral» del delincuente, no han negado la «responsabilidad social» de los transgresores de la norma.

En la sociedad, la penalidad aparece como una «función necesaria de defensa social», sin la cual sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente. Este fenómeno encuentra su origen y explicación tanto en los sentimientos instintivos que provoca todo delito, cuanto en la necesidad de dar a esos sentimientos satisfacción suficiente para restablecer la tranquilidad pública, porque sin canalizar jurídicamente tales sentimientos se produciría la reacción brutal de las muchedumbres y el sistema sumario de linchamiento, de una parte por el «temor» de que el delito se repita, sea por el mismo delincuente o por los que se inclinan a

(6) CARNEVALE: *Diritto criminale*. Roma, 1933.

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Obra ya citada*.

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Obra ya citada*.

imitarle; de otra, por el deseo de «venganza», provocado por la indignación causada por el delito; y, finalmente, por la «reprobación» y el horror que inspira el criminal, cuya conducta está en contradicción con sus semejantes, a los que, por su propia conducta, llega a ser extraño.

B) TEORÍA DE FREUD.

Por eso que el psicoanálisis revela la raíz profunda del castigo, FREUD (9), en sus investigaciones, ha llegado a la conclusión de que cuando un individuo ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, todos los demás miembros de la colectividad experimentan la tentación de hacer otro tanto, y para reprimir esa tendencia se precisa de castigar la audacia de aquel cuya satisfacción se envidia, sucediendo además, con frecuencia, que el castigo mismo proporciona a los que lo imponen la ocasión de cometer a su vez, bajo el encubrimiento de la expiación, el mismo acto impuro.

Ciertamente que la pena injusta subleva a la libertad del hombre, por atentar a un derecho innato del individuo, pero, por modo inverso, la lenidad causa dolor en el sentimiento de la colectividad, pues que cuando un malhechor escapa a la acción de la justicia, eludiendo una pena merecida, también se subleva el espíritu de justicia del hombre. Y esto es precisamente lo que legitima al «ius puniendi», que tiende a condicionar, limitar, reducir y, en consecuencia, evitar el desarrollo de los más primitivos instintos humanos, transformándolos por un cauce legal determinado por la precisa defensa del orden público.

(9) FREUD: *Traumdeutung*. 1900.

C) TEORÍA SINTÉTICA.

En esta distonía, producida por la negativa de unos a justificar el derecho de penar y la afirmativa de los más de hallar justificación a éste, se produce una situación de síntesis, que es, en definitiva, la que ha de permitir fundamentar la procedencia y pleno acogimiento del «ius puniendi», que, configurando delitos y estableciendo penas, conduce a garantizar la paz jurídica, y en su virtud la paz social, en la que el jurista ha de contemplar diversos elementos, tanto para determinar los delitos como para adaptar a ellos las penas correspondientes, siguiendo un proceso que para unos es de base retributiva —al surgir la pena post-facto—, para otros de efectivo sufrimiento que causa al hombre —medio intimidante—, pero que, en todo caso, en su fin, es en vista de hechos futuros tratando de readaptar socialmente, enmendando por la vía de la corrección, o de inocuizar si toda corrección es imposible, pero huyendo y evitando siempre todo sentimiento de venganza, pues que es en todo momento contraria a la corrección, y así de ineficacia, toda vez que si efectivamente el sueño de un mundo sin sanciones es una utopía, la represión con fines expiatorios, aparte de no ser el telos de la pena, es una acronía.

D) TEORÍAS JUSTIFICANTES DEL DERECHO DE PENAR.

En esta situación, superados los comienzos de la humanidad en que la pena era venganza de sangre y estaba en manos de la familia, aunque administrada en nombre del grupo, y cuando ya se adquirió para ella el rango de sanción pública, produciéndose el fenómeno necesario, grandioso y terrible de imponer castigos como un derecho del Estado, vinculado a órganos estatales llamados jueces

y Tribunales, en actividad objetiva, ponderada e independiente, surge no ya el problema de la fundamentación y legitimidad del «ius puniendi», que se da por descontado como un hecho absolutamente necesario, para poder establecer una normal convivencia entre los hombres, sino el referente a cuáles son las razones que aconsejan el establecer los delitos y las penas.

a) *Doctrina de Beccaria* (10)

Dejando a un lado opiniones de PLATÓN y ARISTÓTELES en la antigüedad y de SANTO TOMÁS en la Edad Media, así como de los tiempos posteriores hasta el siglo XVIII, que son, más que doctrinas al respecto, meras elucubraciones filosóficas, la primera doctrina penal con finalidad práctica sobre el delito y la pena, se encuentra en la obra de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, que se manifiesta en el sentido de entender el «ius puniendi», o sea, la facultad de castigar delitos, como el resultado de la cesión de porciones mínimas de la propia libertad depositadas por los individuos en el soberano, con el fin de gozar segura y tranquilamente el resto de las libertades que aún conservaban, formando, en consecuencia, la reunión de esas porciones mínimas el derecho de penar, y justificando el pleno derecho de penar, no con un fin de venganza, ni con aspiración de anular el delito cometido, sí que con una finalidad meramente preventiva que impida al delincuente cometer nuevos delitos y evitar que los demás le imiten en el porvenir.

(10) BECCARIA: *Dei delitti e delle pene*. Liorna, 1764. CANTÚ: *Beccaria e il diritto penale*. Florencia, 1882. LANDRY: *Cesare Beccaria. Scritti e lettere inedite*. Milán, 1910.

b) *Doctrina de Bentham* (11)

Para BENTHAM, el derecho de penar tiene su base en la imposición de un mal a un individuo a causa de un acto por él cometido u omitido, en tendencia a la prevención general, complementando la prevención particular de incapacitar al reo para causar daños, enmendarlo e intimidarlo y tratando de justificar la pena por su necesidad.

c) *Doctrina de Romagnosi* (12)

ROMAGNOSI concibe el derecho penal como un derecho natural inmutable anterior a las convenciones humanas, configurándolo como un derecho de defensa cuyo fin es la conservación del bienestar entre los hombres. Con ello no aspira a causar una aflicción, a infligir un mal, ni a satisfacer un espíritu de venganza, como tampoco a la expiación del delito cometido, sino a despertar el temor en el delincuente, para que no delinca en el futuro, regulando la especie y cuantía de la pena conforme a la cualidad y a la intensidad del impulso criminoso, denominado «spinta criminosa», y actuando como «contra spinta». Proclama que la pena no debe emplearse sino como último remedio, haciéndose antes uso de medios puramente preventivos.

(11) BENTHAM: *Treatise on the Legislation Civil and Criminal*. Londres, 1801.

(12) ROMAGNOSI: *Genesi del Diritto penale*. Pavía, 1791.
BARTOLOMEI: *Del significato e del valore della dottrina romagnosiana per il criticismo contemporaneo*. Roma, 1901.

d) *Doctrina de Kant* (13)

Por el contrario, KANT, siguiendo su normativa filosófica, es del parecer que el «ius puniendi» implica un imperativo categórico, reflejado en una exigencia de razón y de justicia, en la que la pena no pueda considerarse como un simple medio para la obtención de un bien, ya sea en provecho del culpable o de la sociedad, al deber imponerse siempre al delincuente por el hecho de haber delinquido. Acoge el principio absoluto de retribución jurídica, llegando incluso a afirmar que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito, con lo cual se aproxima al principio del Talión («ojo por ojo, diente por diente»).

e) *Doctrina de Feuerbach* (14)

Con base en entender que el fin del Estado es la convivencia de los hombres conforme a las leyes jurídicas, afirma FEUERBACH que, como las violaciones jurídicas están en contradicción con aquel fin, se precisa de la coacción tanto física como psicológica que impida tales violaciones, como medio íntimamente establecido por la comunidad con la conminación de una pena y ejecutándola cuando tal amenaza no resulte suficiente para contener al criminal.

f) *Doctrina de Roeder* (15)

ROEDER, profesor de la Universidad de Heidelberg, hacia mediados del pasado siglo formuló una doctrina penal

(13) KANT: *Metafísica de las costumbres*, 1797. *Crítica de la razón pura*, 1781. *Crítica de la razón práctica*, 1788.

(14) FEUERBACH: *Tratado de Derecho penal común alemán*. 1801.

(15) ROEDER: *Die Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*. 1846.

que apenas tuvo repercusión ni en su país ni en el extranjero, pero que tuvo gran aceptación en España, singularmente a través de los penalistas Francisco GINER (16), que fue su traductor, Luis SILVELA (17), ROMERO GIRÓN (18), ARAMBURU (19), DORADO MONTERO (20) y CONCEPCIÓN ARENAL (21). Esta orientación doctrinal proclama que, si bien la pena es medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente, sin embargo no debe limitarse a alcanzar una mera legalidad externa de las acciones humanas, sino la íntima y completa justicia de su voluntad, debiendo para ello revestir la pena el aspecto de un tratamiento puramente correccional o tutelar, sin pronunciarse de un modo fijo e invariable, al no haber de durar más o menos tiempo que el que tarde más o menos la mala voluntad que se desea mejorar.

g) *Teoría clásica*

La doctrina llamada clásica del Derecho Penal ha marcado una época. CARRARA (22) fue su más ilustre represen-

(16) GINER: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito* (traducción). Madrid, 1876.

(17) SILVELA: *El Derecho penal estudiado en principios*. Madrid, 1903.

(18) ROMERO GIRÓN: *Estudios de Derecho penal*. Madrid, 1875.

(19) ARAMBURU: *La nueva ciencia penal*. Madrid, 1887.

(20) DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*. Madrid, 1916.

(21) ARENAL, Concepción: *Complicidad social. A todos. Delito colectivo. Artículos sobre beneficencia y prisiones. Cartas a los delincuentes. El reto, el pueblo y el verdugo. El Derecho de gracia ante la justicia. El visitador del preso. Estudios penitenciarios. La cárcel llamada modelo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación. Informes presentados a los Congresos penitenciarios internacionales de Estocolmo, San Petersburgo y Amberes*.

(22) CARRARA: *Programa del curso di diritto criminale*.

tante, teniendo sus precursores en ROSSI (23) y CARMIGNANI (24) y siguiendo también sus directrices PACHECO (25). Esta doctrina más bien es el resultado de un conjunto de ideas hasta entonces existentes en el campo del Derecho Penal, que se manifestaban en un sector por un sentido exclusivamente retributivo (se pena porque se ha pecado) y en otro por una finalidad puramente preventiva (se pena para no pecar).

Pero no obstante, la divergencia de criterios tiene los siguientes principios básicos:

1.º Imputabilidad moral basada sobre el libre albedrío. El hombre es responsable penalmente por serlo moralmente y es responsable moralmente por gozar de su libre arbitrio.

2.º La pena es un mal impuesto al delincuente en retribución del delito cometido.

3.º Sentido individualista de protección y garantía contra posibles abusos y arbitrariedades. (Impera el principio «nullum crimen, nulla pena sine lege») - (Detalle de delitos) - (Detalle de agravantes) - (Sutil examen del delito en su aspecto interno).

4.º Exclusiva atención consagrada a la acción criminal, o sea, al delito, con casi completo descuido de la persona del delincuente.

h) *Teoría positiva italiana*

Una nueva etapa en la fundamentación del «ius puniendi» viene representada por la escuela positiva italiana, caracterizada principalmente por el desplazamiento

(23) ROSSI: *Traité de droit pénal*. París, 1828.

(24) CARMIGNANI: *Teoria delle leggi della sicuriezza sociale*. 1831. *Elementa juris criminalis*. Pisa, 1823.

(25) PACHECO: *Estudios del Derecho penal*. Madrid, 1842-1843.

del criterio representativo fundamentado en la apreciación de la objetividad del delito y su sustitución por la preponderante estimación de la personalidad del culpable.

Los fundadores y más destacados representantes de esta escuela son CÉSAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GAROFALO, llamados los evangelistas del Derecho penal.

LOMBROSO (26) llamó especialmente la atención sobre la persona del delincuente, iniciando su estudio con métodos científicos, creando la antropología criminal.

FERRI (27) explicó la etiología de la criminalidad por medio del influjo de los factores individuales, físicos y sociales, negó también la existencia del libre arbitrio, base hasta entonces del Derecho Penal, y, siguiendo las enseñanzas de LOMBROSO sobre el delincuente, proclamó que éste no es un hombre normal, sino un ser que por sus anormalidades físicas y psíquicas representa entre nosotros, en las sociedades modernas, las sañas primitivas ya desaparecidas o las salvajes de los tiempos presentes, concluyendo con la tesis de que «el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad», teniendo lugar la reacción penal sobre la base no del delito cometido, sino de la peligrosidad del delincuente, y debe adaptarse a ella, atendiendo, en consecuencia, a la cualidad más o menos antisocial del delincuente, y contemplando solamente el acto ejecutado en orden a ser una mera manifestación de la peligrosidad de su autor.

GAROFALO (28) intentó dar una sistematización jurídica

(26) LOMBROSO: *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza et alla psichiatria*. Turín, 1897.

(27) FERRI: *Sociologia criminale*. Turín, 1929.

(28) GAROFALO: *Di un criterio positivo di penalità*. Nápoles, 1880. *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*. Turín, 1891.

ca a las doctrinas criminológicas del positivismo, y formuló su teoría del delito natural considerándolo como la ofensa a los sentimientos de moralidad y probidad, en la medida media en que son considerados en un grupo social determinado.

Los principios fundamentales de la escuela positivista son los siguientes:

1.º Considerar al delito como un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, físico y social.

2.º Consideración de que el delincuente es biológica y psíquicamente un anormal.

3.º Determinación de la voluntad humana por influjo de orden físico, psíquico y social.

4.º Construcción de la responsabilidad penal sobre la base de la responsabilidad social.

5.º Establecer a la función penal el fin de la defensa social.

Estas orientaciones han tenido una gran influencia en el desarrollo científico del Derecho Penal, con éxitos también relevantes en el campo legislativo y singularmente en los códigos penales modernos.

i) *Teoría de la «Terza scuola»*

En oposición a la mencionada escuela positivista, ha nacido la denominada «Terza scuola», cuyos creadores han sido ALIMENA (29) y CARNEVALE (30). Su esencia es la de mantener una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica. De aquél adviene la negación del libre arbitrio, o la concepción del delito como un fenó-

(29) ALIMENA: *Principii di diritto penale*. Nápoles, 1910.

(30) CARNEVALE: *Opera ya citada*.

meno individual y la orientación del estudio científico del delincuente y la criminalidad, pero rechaza la naturaleza morbosa del delito, el criterio de la responsabilidad legal, así como la absorción del derecho penal en la sociología criminal. Y de la de la escuela clásica acepta el principio de responsabilidad moral y la distinción entre imputables e inimputables, pero separándose de ella no considera al delito como el acto de un ser dotado de libertad.

Son sus principios:

1.º Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre.

2.º Radicar la naturaleza de la pena en la coacción psicológica.

3.º Fin de defensa social en la pena.

4.º Distinción entre la pena y las medidas de seguridad.

j) *Teoría de Liszt* (31)

Siguiendo en la investigación del fundamento de «ius puniendi», surge la doctrina de Liszt, preconizadora de que el delito no es hijo del libre albedrío, sino que se origina mediante el influjo de causas de diversa índole, unas de carácter individual y otras de carácter externo, físicas y sociales, y especialmente económicas, justificando la pena por entenderla necesaria para el mantenimiento del orden jurídico y, como consecuencia de ello, para la seguridad social, repudiando la pena retributiva, afirmando la pena finalística y estableciendo preponderación de la finalidad de prevención social.

(31) LISZT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlín-Leipzig, 1927.

IV. ORIENTACIONES MODERNAS.

Actualmente, y como resultado de la indicada evolución doctrinal, se ha producido, con toda claridad, el reconocimiento del «ius puniendi», es decir, del derecho de penar, como esencial actividad del Estado ejercitada a medio de órganos jurisdiccionales independientes y responsables. Pero ha variado notablemente el sentido fundamentador tanto del Derecho penal como de la pena. Actualmente se considera aquél en un aspecto eminentemente social, tratando de indagar las causas que determinan el delito, conduciendo a su comisión, y procurando llegar a alcanzar el por qué el hombre vulnera la Ley, y la influencia que el ambiente socioeconómico produce en el comportamiento delictivo.

Asimismo se ha producido una indudable revisión de la pena. Se trata de eliminar la de privación de libertad, sustituyéndola por otras más flexibles, y adaptando aquélla, cuando no es susceptible de ser sustituida, por medidas extracarcelarias, como son, entre otras, el régimen de prisión abierta, ciudades prisión y arrestos fin de semana.

En definitiva, estamos en una época de mutación constante por los adelantos modernos y los avances científicos. El sentido social viene inspirando por doquier, y no podía sustraerse a su influjo el Derecho Penal, que precisamente siente y vive pensando en los intereses sociales.

El hombre está impregnado de ámbito social, pues que ha sido creado precisamente por y para vivir en sociedad. Y la relación societaria, en cuanto es un médulo de buena y pacífica convivencia, exige un comportamiento correcto por todos los ciudadanos, que sólo puede lograrse sometiéndose a la Ley y no conculcándola. Pero cuando

la transgresión se produce, el Derecho debe acudir a remediarlo, mas no con medios expiatorios, sino simplemente readaptadores en el orden social, de tal manera que se indaguen las causas que determinaron el delito, tratando de remediarlas, y estableciendo solamente las penas en la medida necesaria precisa para que la readaptación social se produzca.

El sentimiento de venganza nunca debe imperar en las relaciones humanas, y por eso que deba excluirse por completo del Derecho Penal, cuya misión, por su esencia y naturaleza, ha de ser exclusivamente la de evitar la comisión de los delitos y readaptar a la sociedad al delincuente.

Por eso que hoy, al lado de la pena, se produzcan las medidas de seguridad, manifestadas actualmente en nuestro Derecho a través de la Ley de Seguridad y Peligrosidad Social.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

Los tiempos modernos demandan soluciones en el campo del Derecho que actualicen éste a las necesidades sentidas. Y en este sentimiento no cabe duda que ha de imperar el respeto a la buena convivencia entre los ciudadanos, y especialmente al medio social en que éstos viven y se desarrollan. El sentido individualista va dejando camino al aspecto social que se manifiesta en todos los órdenes de la vida, y, por consiguiente, en el ámbito penal, el derecho de penar y sus específicas manifestaciones del delito y de la pena, la actividad del Estado debe proyectarse en ese aspecto social, pues que éste, en definitiva, repercute en el amparo individual, si se tiene en cuenta que el hombre, en cuanto es un elemento de la sociedad en que se mueve y actúa, sufre,

siente y vive todo lo que a ella afecta y, por tanto, está interesado en la existencia de pronunciamientos delictivos y secuencias punitivas de todo orden, pero siempre basadas en el restablecimiento del orden jurídico perturbado y readaptación social, en un alto sentimiento humano, que haga que el ente social se sienta amparado y respetado, permitiendo que el hombre pueda cumplir pacíficamente y con plena armonía los fines para los que ha sido creado, cumpliéndose además con ello la esencia del Derecho y las bases que la justicia demanda, y que felizmente ya fueron reflejados en el Derecho Romano mediante la trilogía de principios «vivir honestamente», «no dañar a nadie» y «dar a cada uno lo suyo», y cuyo exacto cumplimiento sería suficiente para que los hombres pudieran vivir en paz y tranquilidad.

Muy agradecido a la amable atención prestada.



EDUARDO CORREIA

**Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.**



**Sentido e alcance do Projecto de Reforma
do Código Penal português (1963-1966)**



Exposição (Março de 1973), que precedeu um colóquio realizado na Universidade de Santiago de Compostela.

ÍNDICE - SUMÁRIO

1. O ESTADO ACTUAL DA LEGISLAÇÃO E DA PROBLEMATICA DO DIREITO PENAL PORTUGUÊS.
2. NECESSIDADE DE UMA REFORMA GLOBAL.
3. O PROJECTO DE REFORMA DE 1963-1966 — PRINCÍPIOS E ORIENTAÇÕES FUNDAMENTAIS:
 - a) **A culpa ético-jurídica como pressuposto do direito penal; a liberdade pessoal do homem e a sua capacidade de ser responsabilizado: como dado comprovado pelas ciências que estudam o homem e como pressuposto necessário da própria limitação do objecto da criminologia.**
 - b) **Confrontação com o positivismo, os «modernos» e uma certa concepção da criminologia: a culpa como fundamento e medida limite da pena.**
 - c) **Confrontação com a «escola de defesa social nova»:**
 - aa) **a culpa como limite da medida e da natureza da intervenção ressocializadora do Estado;**
 - bb) **os direitos de personalidade como limite e como fundamento do direito penal.**
4. PROBLEMAS COM QUE TRADICIONALMENTE SE DEBATE A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL BASEADO NA CULPA ÉTICA — REFERÊNCIA ESPECIAL AOS PROBLEMAS RELATIVOS:
 - a) **às formas de vida social parasitária;**
 - b) **aos criminosos imputáveis especialmente perigosos.**
5. SOLUÇÃO PROPOSTA PELO PROJECTO PARA RESOLVER AS POSSÍVEIS CONTRADIÇÕES ENTRE A EDIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL SOBRE A CULPA ÉTICA E AS EXIGÊNCIAS DA PREVENÇÃO ESPECIAL E DA RECUPERAÇÃO DOS DELINQUENTES:
 - a) **a pena indeterminada;**
 - b) **o problema do fundamento da pena para além dos limites correspondentes ao facto: a referência da culpa à personalidade do agente;**
 - c) **o alargamento do domínio da inimputabilidade penal e as medidas de segurança.**

6. A RECUPERAÇÃO SOCIAL DO DELINQUENTE COMO IDEIA BASE DAS PENAS CRIMINAIS. PROJEÇÃO DESTE PENSAMENTO NO SISTEMA PUNITIVO DO PROJECTO:
 - a) a pena de prisão;
 - b) outros tipos de penas criminais (multa, pena suspensa, regime de prova, etc.);
 - c) o princípio da subsidiaridade das penas criminais detentivas relativamente às não detentivas e a necessidade de planos individuais de recuperação do delinquente; as penas acessórias.
7. O ESTADO SOCIAL:
 - a) a assistência social como pressuposto do êxito do sistema proposto no Projecto;
 - b) o direito penal e o direito de mera ordenação social.
8. CONCLUSÃO.



SENTIDO E ALCANCE DO PROJECTO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

(1963-1966)

1. Falar sobre o sentido e alcance do projecto de um novo Código Penal Português, pressupõe uma rápida introdução relativa ao estado actual da legislação e problemática do nosso direito penal.

A Reforma de 1884, que combinada com o Código Penal de 1852 veio dar lugar ao de 1886, ainda hoje diploma fundamental da legislação penal portuguesa, ancorou o nosso sistema na ideia de culpa ético-jurídica. Desentronizou, assim, a construção preventiva geral, de tipo racionalista, do velho Código de 1852 —decalcado sobre o napoleónico de 1810— na medida em que o fez penetrar de um sentido retributivo.

Ora, logo poderá parecer estranho este sinal da revolução assim levada a cabo, no justo momento em que, para além das exigências do positivismo italiano, v. LISZT lançava as bases da Escola moderna, com o seu célebre programa de *Marburg* de 1882, sujeitando o pensamento ético-retributivo a críticas que pareciam mortais.

Mas a verdade é que, mantendo-se a lei portuguesa —como, aliás, a de muitos outros países— insensível aos

caminhos apontados por estas novas bandeiras, ela preparou-se, para, por outras vias ir ao encontro de muitas das soluções preconizadas por positivistas e «modernos».

Efectivamente, Portugal tinha uma forte tradição penitenciária que o correccionalismo fortaleceu, a lei de 1867 largamente consagrou e a referida Reforma de 1884 desenvolveu. Se aquela lei abolira, na verdade, a pena de morte, esta Reforma revogou as penas perpétuas e acentuou, ainda mais, o carácter regenerador das penas, preconizando um verdadeiro sistema progressivo.

Por sua vez, logo em 1893 se introduziu entre nos a chamada pena suspensa («sursis») e a liberdade condicional.

Mas não só isso: considerando a perigosidade de certos delinquentes aquela Reforma de 1884 reelaborou o tratamento de reincidência, alargado depois pela lei de 1896 à criminalidade correccional.

Para além disto, para prevenir a tardia e difícil corrigibilidade de certos delinquentes, uma lei de 1892 —a exemplo da «relegação» francesa, recentemente substituída pela «tutela penal» (lei de 17 de Julho de 1970)— criou entre nós a «deportação» para o Ultramar, aplicável a delinquentes acusados da prática repetida de certos delitos que a lei de 1896 alargou *aos vadios e equiparados*. Nesta legislação previa-se o internamento de tais delinquentes em estabelecimentos adequados, depois de cumprida a pena pelos crimes que tivessem cometido. O sistema foi, por seu turno, desenvolvido pela lei de 1912. Criou-se assim entre nós um sistema dualista que procurava integrar a punição referida ao facto e medida pela culpa ético-jurídica, com meios de defesa da sociedade, alicerçadas na ideia da prevenção especial.

Por outro lado, um progressivo sistema protector ou tutelar de menores, acompanhado da criação de tribunais

especiais, safu da legislação da República de 1911 que a um tempo elevou a idade necessária à imputabilidade para os 16 anos.

Bem poderá assim dizer-se que a nossa legislação criminal, muito embora partindo da culpa ético-jurídica se tinha armado de maneira a antecipar-se às respostas dadas por STOOSS, e adoptadas por vários sistemas estrangeiros, a muitos problemas do direito penal.

Mas não pára aqui a evolução do nosso direito.

Para além da possibilidade da conversão das curtas penas de prisão em multas e desta em trabalho, consagrada no nosso direito, a adopção do sistema dualista no *Código Rocco (1930)* e na legislação alemã (1933) fez repensar o problema ao grande jurista português que foi BELEZA DOS SANTOS, que, na Reforma Prisional de 1936 procurou superar aquele dualismo de reacções criminais (penas e medidas de segurança) que já o jovem V. LISZT considerava contra-senso ridículo (*lächerlicher Widersinn*), contrário aos princípios que deviam dominar a execução das penas, quando não fosse na prática uma farsaica e simples mudança de etiqueta (*Etikett Werwandlung*). Em vez da solução dualista, fez consagrar, no nosso direito, um sistema monista em que a pena pelo facto deveria ser prorrogada, por períodos sucessivos, relativamente a certos delinquentes perigosos (art. 111.º e segs. da Reforma Prisional), até se mostrarem aptos a viverem em sociedade.

Quando se perguntava, porém, pelo sentido deste monismo, a resposta de BELEZA DOS SANTOS estaria numa recondução do problema a um concurso de sanções na sua fase executiva. Cumulando-se a execução de uma pena, com base ético-jurídica, com uma reacção, ditada por razões de defesa da sociedade, haveria que convertê-las num só tipo de reacção criminal, com natureza pluridi-

mensional ou mista: a «pena-segurança». Todos viram, porém, que esta solução, que a Reforma de 1954 se limitou a introduzir no Código Penal, só deslocava para a fase de execução a íntima contradição de um sistema, ancorado na ideia da culpa ético-jurídica pelo facto, que se deixava integrar por uma prorrogação das penas, determinada por puras razões de utilidade e defesa naturalista da sociedade. Na sua lógica não punha, de resto, qualquer limite ao número de prorrogações e desaguava, portanto, na recriação de penas perpétuas que a própria Constituição portuguesa proibia.

Por outro lado, como se disse, as leis de 1892 e 1896, depois modificadas pela de 1912, continuavam a submeter os vadios e equiparados a medidas que a Reforma de 1954 expressamente designava como *medidas de segurança*.

O que tudo levou à tentativa de construções que procuravam resolver as dificuldades e contradições apontadas, apelando uns para a recondução do nosso sistema a um monismo de tipo naturalista, em que a ideia de culpa ético-jurídica se esvai —e poucos foram os que seguiram este caminho—, apelando outros para um alargamento da ideia da culpa pelo próprio modo de ser perigoso do delincente, completado pela distinção entre imputáveis e imputáveis; entre delinquentes e prédelinquentes (vadios e equiparados); para não falar das frustres tentativas de um *vicariato* capaz de atenuar as antinomias da solução dualista.

2. Ora tudo isto, a que estão ligadas importantes consequências, não podia deixar de preocupar a nosso legislador, que se via colocado em face de um Código Penal produto de sucessivos retalhos, que, fazendo-lhe perder toda a limpidez de princípios, impedia uma sua segura e justa aplicação.

Mas não só isso: o Código Penal português continuava, para além dos sucessivos enxertos apontados, a ser o que era o de 1852. Continuava, pois, a utilizar uma técnica ultrapassada que a ciência jurídico-penal era forçada a integrar, não poucas vezes com rebeldia e espírito quase revogatório. Por outro lado, a parte especial, que permaneceu quase intocada, era caracterizada por um dogmatismo moral ultrapassado, por um exagero e desproporção nas punições, além de não contemplar muitas condutas a que a vida moderna veio dar «dignidade» penal.

A ausência de uma clara compreensão do sentido ético do direito penal, levou, por seu turno, a um uso abusivo das penas criminais, conduzindo a uma sua verdadeira inflação, patente numa inabarcável legislação extravagante que onera, até ao ponto de saturação, a actividade dos tribunais. A própria criminologia não deixava de ser penetrada pelas dificuldades ligadas a um objecto que assim se tornava tão heterogéneo.

E eis aí algumas das mais importantes razões que levaram o legislador português em 1961 a decidir-se pela elaboração de um novo Código Penal, cujo projecto foi incumbido de preparar.

Dessa honrosa missão me desempenhei, apresentando ao Governo em 1963 o articulado e o relatório da parte geral e em 1966 o articulado da parte especial.

Não me cabe aqui pôr em relevo a audiência que tiveram nos meios internacionais os projectos referidos. Limito-me a apontar alguns elementos de informação, como os estudos de JESCHECK, BETTIOL, SCHULTZ, HÜNERFELD, MARC ANCEL, PIERRE CANNAT. De salientar parece-me ser, em todo o caso, a influência que confessadamente o Projecto de 1963 teve sobre o Código brasileiro de 1969, para que BETTIOL chamou recentemente a atenção.

Não desenvolverei igualmente as vicissitudes que têm

feito demorar a transformação do projecto em diploma legal. Posso tão-só informar que o Ministro da Justiça, Prof. ALMEIDA E COSTA, tem manifestado publicamente a sua intenção de o converter em lei.

Simplemente, a Constituição Política portuguesa reforçou, na sua revisão de 1971, o princípio da legalidade, atribuindo competência reservada à Assembleia Nacional para a definição das penas criminais e das medidas de segurança. A aprovação do novo Código Penal está pois condicionada por esta prévia definição. Para obtê-la, o Ministério da Justiça enviou à Câmara Corporativa um projecto de proposta de lei (1), fundamentalmente vasado nas ideias do projecto de 1963 (2), que aguarda o respectivo parecer (3).

3. Feita esta introdução há agora que descrever as ideias básicas deste projecto.

a) Parte ele fundamentalmente do reconhecimento da ideia da culpa, arranca do pensamento de que «ser homem tem o sentido de ser responsável».

Com o que não se desconhecem as críticas que de muitos lados golpearam uma tal tomada de posição. O peso da tradição do positivismo do século XIX, dominado por um determinismo causal a reflectir-se em todas as tentativas de *explicação* do homem, reduzindo-o a puro objecto das ciências da natureza, continuou, na verdade, a fortalecer em muitos estudiosos do mais alto nível intelectual a convicção de que liberdade, culpa e responsabilidade, são conceitos metafísicos, inconciliáveis com o moderno pensamento científico. Partindo-se desses conceitos criar-se-ia uma insanável contradição entre o di-

(1) Cfr. Anexo I.

(2) Este projecto foi revisto por uma Comissão (1963-1964) e objecto de uma 1.^a revisão ministerial (Prof. ANTUNES VARELA), 1966.

(3) Este parecer da Câmara Corporativa foi aprovado já depois de Colóquio de Santiago de Compostela. Cfr. Anexo II.

reito penal e a sociologia, biologia, psicologia, psiquiatria, antropologia e outras ciências auxiliares que o servem, em suma, entre direito penal e criminologia.

Mas a verdade é que os pressupostos deste positivismo ingénuo estão hoje largamente postos em causa.

Num recente e impressionante livro «Das Rätsel Kriminalität», RICHARD LANGE põe em relevo a redução do conceito de realidade, que um tal positivismo supõe e que vai comprometer os métodos e os resultados da sociologia, da psicologia e biologia criminal como de toda a criminologia. Precisamente, essas investigações mostram as limitações das ciências da natureza, quando olham o homem ligando-o ao seu aspecto *negativo* de um ser vinculado aos instintos ou ao ambiente e perspectivando-o como meramente passivo. Ora o homem é, pelo contrário, uma existência não fechada, mas aberta ao mundo, *activa* pela sua liberdade e pela procura de finalidades e sentidos. A criminologia não pode mutilar o homem para iluminar tão-só um dos seus aspectos. Ela não pode, como pretendem certas correntes radicais, abstrair da capacidade do homem para ser responsabilizado. Lição que não é só a das ciências criminais do Ocidente, mas corresponde aos ensinamentos da investigação criminológica nos países de Leste, como relata LANGE.

Ao contrário do que pensam certos positivistas, a criminologia perderá, por outro lado, a possibilidade de limitar o seu objecto, se não o referir a um direito criminal com um conteúdo ético-jurídico social, quer no que toca aos bens que protege, quer no que respeita à responsabilidade de quem os violou ou põe em perigo, quer, ainda, no sentido ético da censura que as reacções que o servem devem possuir.

Até porque, de outra forma, não poderá excluir do seu âmbito, a investigação relativa ao chamado *direito penal*

administrativo ou de *mera ordenação*, e generalizará certas conclusões que só relativamente a este domínio podem ter algum sentido, como é por exemplo a teoria da chamada criminalidade do colar branco (White collar) de SUTHERLAND e CRESSEY, ou a compreensão do crime como simples *desvio* (*déviance*) de uma certa ordenação imposta pelo Estado mais ou menos arbitrariamente.

E com tais considerações se toca um outro importante aspecto do problema.

b) A culpa é, na verdade, apontada na frase lapidar de Pfo XII como «um pressuposto sobre que repousa o veto incondicionado da ordem jurídica contra o arbítrio e a violação do direito».

Sem as *limitações* por ela impostas não se vê, na verdade, como preservar o direito penal da tendência para a severidade das penas e para a multiplicação dos suplícios, não se vê como preservá-lo, *internamente*, dos perigos de ele se transformar num direito penal de terror, degradando o homem em objecto, em simples meio para obter a intimidação desejada.

E o mesmo se diga duma ideia de defesa da sociedade *contra* o criminoso e a sua perigosidade num *puro plano naturalístico*. Pois por aí também fica aberto o caminho que olha os delinquentes como *inimigos* que importa pôr fora de combate, mesmo pela via simples e segura da sua definitiva segregação ou destruição.

Dado, por um lado, que o combate naturalístico à perigosidade do delincente deve logicamente estender-se às suas causas e, por outro, que a determinação da perigosidade criminal se terá de fazer em função de interesses que a lei arbitrariamente fixa, os limites de defesa social virão a perder toda a fixidez e deixar-se-á o indivíduo inerte em face do poder.

aa) Certo ter-se já dito contra tudo isto que, também

partindo do livre arbítrio e da culpa, se cometeram, ao longo da história, as maiores atrocidades e violências e que, mais que um direito penal fundado naqueles dados, importará o respeito pela pessoa e dignidade humana.

A isto há porém que objectar que à ideia de culpa está por natureza ligado o princípio *da proporção* da pena que lhe cabe: a culpa é fundamento e como tal também medida *limite* da pena.

Ora é manifesto que a fixação desta relação de equilíbrio que supõe já, quer no momento executivo, quer no momento judicial, uma certa margem de variação, tem na sua base uma individualização legal. Individualização legal essa, ligada ao princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, que é justamente imposta pela necessidade de proteger os indivíduos, tendo assim uma função de garantia. Tal garantia não se estende, contudo, tão-só a aspectos puramente formais de certeza e segurança, dados pela tipicidade, mas há-de ainda materialmente fundamentar-se numa ideia de justiça e, portanto, numa ideia de *proporção* entre a medida da culpa e a da censura encarnada na pena que lhe corresponde.

Quando, pois numa concepção ético-jurídica do direito penal, se põe de parte esta ideia fundamentante e regulativa, está-se a *depravar* esse ramo de direito. Os abusos e violências legais, que em nome de um direito penal baseado na culpa se têm feito através dos tempos são verdadeiras negações do direito penal, relativamente às quais importa encontrar meios jurídicos de reacção, como pode ser a declaração da sua inconstitucionalidade. De outra maneira, reduz-se o direito a puro voluntarismo, a mero positivismo legal sem qualquer válvula por onde penetre a ideia de justiça.

Esta perspectiva não poderá, porém, ter-se, quando se encara o direito penal fundamentado num mero finalis-

mo, na *Zwekmässigkeit* dos positivistas e da escola moderna, onde tudo o que fôr necessário é justo. A esta luz nada impedirá que a necessidade dê a cor de justo a todos os meios utilizados pelo legislador, sejam eles mesmos atentatórios do respeito e da dignidade da pessoa humana.

bb) Certo que a isto poderá justamente opôr-se que os valores a que estas ideias correspondem, *os direitos da personalidade*, permitirão impedir, *externamente*, um positivismo legal que os sacrifique. E isso mesmo levou o fundador da escola moderna alemã, V. LISZT, na fase final da evolução do seu pensamento, a limitar o finalismo pela adesão a uma teoria ético-jurídica de culpa pelo facto. Tal caminho não alcançará, porém, o seu verdadeiro sentido quando se considerem os direitos da pessoa humana como limites *externos* do direito penal.

Com efeito, o respeito pela dignidade humana só poderá compreender-se desde que a pena, por isso mesmo que dirigida ao homem, não se transforme em mero instrumento. Ela há-de ter antes um carácter institucional sem o qual, como observa MAX MÜLLER, a personalidade não se compreende. O que tanto quer dizer, que a finalidade traduzida num certo tipo de protecção (a do direito criminal) de determinados bens jurídicos, não pode ser conseguida por quaisquer meios, mas há-de alcançar-se num quadro de reacções como é a pena «originariamente referida» à culpa e à liberdade.

A projecção dos direitos da personalidade no direito penal, implica assim uma sua fundamentação ético-jurídica: finalidade e culpa hão-de ser polos reciprocamente convergentes, formas constitutivas de modelação da vida em comum que é o direito penal.

c) As críticas a um direito penal baseado na ideia da culpa e na correspondente censura ético-jurídica, in-

carnada na aplicação de penas criminaes, não partem porém tão-só do positivismo ou do finalismo dos «modernos».

Sabe-se, na verdade, que o movimento da *nova* defesa social procurou substituir a ideia de uma defesa da sociedade *contra* o criminoso por uma defesa através da *protecção* do criminoso.

Sabe-se igualmente que este movimento tem atrás de si uma grande tradição. Conhecem-se as lições do correcionalismo de KRAUSE e ROEDER que tanto influência tiveram em Portugal; occorre recordar o pensamento de MAX SCHELER, que, sem repudiar o valor propiciatório da retribuição, chama sobretudo a atenção para que o mal do crime desperta o sentimento de co-responsabilidade, de tristeza e de solidariedade moral, impondo que cada um e a sociedade colaborem activamente na recuperação do delinquente, que justamente se encontra num estado de necessidade e de desespero.

Ora, tudo isto é repetido pelos paladinos da *nova* defesa social. Só que, se a ala direita deste movimento, encabeçada por MARC ANCEL, reafirmando embora que a ressocialização constitui um direito do indivíduo em face da sociedade, não deixa de negar o positivismo naturalista e de apelar para o sentimento de responsabilidade como coadjuvante dessa ressocialização, já a sua ala esquerda, chefiada por GRAMATICA, procura construir um direito de defesa social despreendido de toda a ideia de responsabilidade e de culpa ética. Como LANGE acentua, no pensamento de GRAMATICA está a ideia de ROUSSEAU de um homem naturalmente bom que a sociedade corrompe e torna perigoso, só o ela pois cabendo o dever de recuperar e regenerar o delinquente. Dirse-ia porventura que a tudo isto não são estranhas nem as ideias de LACASSAGNE de que a sociedade tem os criminosos que me-

rece, nem o *slogan* de IHERING de que a história do direito penal é a história do seu desaparecimento, nem mesmo uma certa ultrapassada concepção marxista de que o crime é um fenómeno transitório fruto da sociedade capitalista e repressiva, de que fala MARCUSE.

A verdade porém é que nenhum destes pressupostos é confirmado pelas modernas ciências que estudam o homem. Se este não é, como diz LANGE, aquele ser naturalmente mau de que partia HOBBS, certo é também que não é aquele ser naturalmente bom que ROUSSEAU idealizava no seu *Emílio*. O Homem é antes um ser em que o conflito entre o bem e o mal é o centro da sua existência, é um ser ameaçado ou em perigo mas para o qual as determinantes causais não são mais de que meras probabilidades, no seio das quais ele conserva um certo espaço para exercício da personalidade, que o mesmo é dizer, para o exercício da liberdade.

Isto aliás é reconhecido pela própria moderna criminologia dos países de Leste, bem como pela moderna estrutura do seu direito penal, onde de novo se surpreendem as ideias de culpa e de responsabilidade. Sem estas, aliás, não será possível justificar a intervenção do Estado na regeneração ou recuperação dos delinquentes. Até porque a traduzir-se a regeneração dos delinquentes num puro dever da sociedade, a esse dever corresponderia um direito que poderia ser recusado: *beneficia non obtrahuntur*. E tal ideia vale especialmente quando a pretendida protecção pode implicar uma profunda ingerência na esfera do seu beneficiário, a ponto de lhe faer perder em largo grau, se não totalmente, a liberdade.

Desta sorte, só a culpa, legitimando a retribuição e a expiação e assim reclamando a inflicção de uma censura ou impondo ao delinquentes o dever de a suportar, limita a um tempo a *medida* e a *natureza* de qualquer inter-

venção ressocializadora do Estado, salvo quando se queiram tirar as garantias que a todos os homens devem ser dadas de não só viver, mas também conduzir livremente a sua vida.

Arrancar-se da culpa ético-jurídica parece ser, deste modo, o único caminho possível para salvar a construção do direito penal que não queira negar a personalidade do homem e as garantias que são seus corolários.

4. Com o apontar a culpa ético-jurídica como fundamento e medida das penas criminais não deixaram contudo de ser afrontar os mais complexos problemas.

Pois sendo essa culpa, culpa pelo crime, culpa pelo facto criminoso, parece que não poderão ser abrangidos pelo direito penal os chamados estados de pré-delinquência, l'état dangereux, como não parece haver meios de reagir, nos seus quadros, contra a especial perigosidade de delinquentes habituais, por tendência ou de imputáveis portadores de anomalias mentais, como ainda contra todo o grupo dos inimputáveis perigosos. Como vencer então estas dificuldades?

a) No que toca à perigosidade de certas formas de vida parasitária, como a vadiagem, mendicidade, rufianaria, prostituição, homossexualismo, etc., a solução bem poderia estar em desligar esses indivíduos do direito criminal, justamente porque constituem estados de pré-delinquência, sujeitando-os a medidas de segurança ou equiparadas como se fez entre nós a partir de 1896 e particularmente depois do Decreto 35.042, reproduzido no art.º 71.º da reforma do Código Penal de 1954, e também na Bélgica com a lei de defesa social, na Espanha com a lei de perigosidade social, de 4 de agosto de 1970, ou como se sugeria nos projectos alemães de 1922 (RADBRUCH), de 1925, etc.

O que pode pôr-se em dúvida é que assim deva ser

forçosamente. Com efeito, a remissão destas situações para fora do direito penal, pode explicar-se por razões dogmáticas no sentido de que tais formas de vida não podem considerar-se factos ou acções em sentido jurídico-penal, nem, portanto, formar verdadeiros tipos legais de crime, com assento na parte especial do Código.

Mas a verdade é que esta consideração é, porventura, demasiadamente formal: a negação de valores que os comportamentos criminais realizam, tanto pode operar-se através de uma acção isolada como através de uma forma de vida. Aliás, remetendo as reacções contra estes estados perigosos para o domínio das medidas de segurança, faz-se incorrer em sério risco a liberdade das pessoas, quaisquer que sejam as garantias processuais que se adoptem, como acentuam BOUZAT e GRISPIGNI. Por isso mesmo se propôs no projecto da parte especial o regresso à solução consagrada no nosso Código de 1852, e se tipicizam como crimes a vadiagem e outras formas de vida equiparadas. Assim, v.g., art.º 334.º (vadiagem), 335.º (mendicidade), 261.º e segts. (prostituição), 269.º (rufianaria), etcétera.

b) Mais complicada é naturalmente a solução para os criminosos imputáveis especialmente perigosos. A quem permaneça firme na ideia de que só há culpa pelo crime e que a medida da pena é a medida dessa culpa, parece só restar a solução dualista que o direito italiano e o direito alemão têm vindo a consagrar: ao lado das penas pelo facto, medidas de segurança pela perigosidade.

Um tal dualismo tem sido, como se disse, desde longe objecto de grandes críticas. Mal se compreende que, por um lado, a protecção dada a um indivíduo pela ideia da culpa ético-jurídica se afirme tão intransigente em relação ao crime, e, por outro lado, se deixe o criminoso entregue inerte ao Estado para que este, pelos meios

que lhe pareçam mais adequados, se defenda contra a sua perigosidade. Além disso, tendo também a pena um fim ressocializador, separar a execução da pena das medidas de segurança que visam o mesmo fim, significaria tão-só uma mudança de etiqueta ou então uma alteração do regime executivo, que não deixaria de comprometer a recuperação do delinquente.

Por isso mesmo muitos países —como por exemplo a Suécia, com o código de 1962, a Inglaterra, depois do *Criminal Justice Act* de 1967, a Alemanha do Leste, a U.R.S.S., no novo Código Penal de 1968, e recentemente a Suíça, depois da reforma do Código Penal de 18 de Março de 1971— têm vindo a consagrar a ideia de um sistema monista, muito embora possam divergir no que toca à fundamentação e natureza da reacção criminal unitária cuja aplicação prevêem.

Por seu turno, o dualismo do direito alemão, ele próprio, foi forçado a atenuar-se pela segunda lei de reforma do Código Penal, recentemente entrada em vigor, que prevê um sistema de *vicariato* em que as medidas de segurança se cumprem antes da pena, a que pode renunciar-se, embora não aplicável a criminosos por tendência ou habituais.

5. Ora, em face disto, qual a solução proposta pelo Projecto português de 1963 para resolver estes problemas?

a) A solução proposta foi a da pena *relativamente* indeterminada, conceito ou instituição tão brilhantemente tratada pelo grande criminalista espanhol que foi JIMÉNEZ ASÚA.

No seu quadro, tal como a prevê o projecto, os delinquentes especialmente perigosos, verificados que sejam os pressupostos formais e materiais que indiciam essa perigosidade, sofrerão uma pena de duração variável, com

um limite mínimo correspondente a dois terços da prisão concreta que caberia ao crime ou aos crimes cometidos e com um limite máximo, o representado pelo *quantum* desta pena aumentado entre dois a seis anos.

Quando seja aplicável esta pena relativamente *indeterminada*, prevê-se *obrigatoriamente* a elaboração de um plano individual de recuperação do delinquente, que pode ser modificado durante a sua execução. Este plano e as suas modificações devem ser homologados pelo tribunal, ouvidos os órgãos de assistência social e o próprio delinquente. Por outro lado, estabelece-se a possibilidade ou obrigatoriedade de o tribunal examinar se as condições que justificam a privação de liberdade até ao seu limite máximo ainda se verificam.

b) Simplesmente —há-de perguntar-se— como se fundamenta esta possibilidade de a pena ultrapassar a medida da culpa correspondente ao facto? Pois, pela aceitação, para além de uma culpa pelo crime, de uma culpa pela personalidade.

A ideia, como é sabido, tem uma longa história e é fonte das mais vigorosas discussões. Não nos resta espaço para descrever aqui a sua evolução.

Num estudo publicado em 1945 e traduzido por JUAN DEL ROSAL para a *Revista de Estudios Penales*, procurámos traçar as coordenadas do problema e tomar posição crítica relativamente às teses de BOCKELMANN e MEZGER, concluindo pela equiparação da culpa pela personalidade a uma culpa que se traduz na censura ético-jurídica ao agente por não ter corrigido, educado ou mesmo tratado (v.g., caso de psicopatia) o seu modo de ser de maneira a modelá-lo pelo tipo de personalidade que os valores jurídico-criminais de um certo sistema requerem. Na medida em que o direito criminal protege certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever

jurídico de formar a sua personalidade de modo a que, na sua actuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses. Violando esse dever, pela omissão de corrigir as suas tendências perigosas, incorre o delinquente em culpa pela não formação conveniente da sua personalidade.

A ideia permite resolver muitos problemas da dogmática criminal, como o da antinomia entre a liberdade e as pressões endógenas e exógenas que sobre o agente actuam no quadro dum indeterminismo relativo a que se adere; o do tratamento do erro na proibição; o da punição da negligência inconsciente, etc. Mas permite sobretudo que a medida da pena possa determinar-se também pela culpa na personalidade para além da culpa pelo facto.

A pena indeterminada, tem por seu lado a vantagem de impôr um limite máximo à sua duração, condicionado pela medida da censura ético-jurídica. O que evita a entrega do delinquente (em nome da defesa do Estado contra a sua perigosidade), a medidas de segurança logicamente sem limite, já que o seu termo está, então, tão-só dependente de uma efectiva recuperação social. Ao contrário, a pena indeterminada há-de ter um limite máximo, enquanto é função da culpa pela personalidade.

Para além disso, o partir-se da responsabilidade pelo modo de ser do agente permitirá o apelo ao seu sentimento de responsabilidade e de liberdade, tão importante na execução das penas com um sentido regenerador. Acresce que, fixando um limite máximo à detenção, estimula-se a própria administração penitenciária a promover a recuperação do recluso. Efectivamente, de outro modo, esgotado que fosse o limite máximo da pena indeterminada, a administração penitenciária seria forçada a lançar na sociedade delinquentes ainda não recuperados.

O plano de recuperação ligado à pena indeterminada; a possibilidade da sua modificação, sob controlo judicial e com o devido tomar em conta do ponto de vista da assistência social e do próprio recluso, evitam, por sua vez, em larga medida, os perigos de angústia e insegurança que a indeterminação da pena, aliás sempre relativa, pode trazer ao delinquente.

É, por outro lado, evidente que a pena relativamente indeterminada, de que se fala, não é proposta para o autor de qualquer delito, mas tão-só para aqueles contados casos em que certos pressupostos formais e materiais indicam uma especial perigosidade, censurável ético-juridicamente ao agente, com base, como se disse, para além da culpa pelo seu facto —que determina o limite da sua duração—, pela culpa pela sua personalidade que há-de ter também um limite máximo.

Com tudo isto não se desconhecem as críticas possíveis a esta fundamentação. Tem-se dito, por exemplo, que com a aceitação da culpa pela personalidade, se é conduzido a uma intromissão na esfera interior dos indivíduos, contrária à distinção entre moral e direito ensinada por THOMASIVS e KANT. Afirma-se mais que a culpa ético-jurídica pela personalidade não é mensurável. Acentua-se sobretudo que haverá criminosos incorrigíveis por defeitos congénitos e adquiridos, altamente perigosos, mas cuja censura ético-jurídica é impossível porque eles nada podem contra as forças que os pressionam.

Estas críticas contudo não nos parecem pertinentes. Mal se entende, na verdade, a recusa de referir a culpa à personalidade, quando afinal se admite sem reservas que um delinquente perigoso possa ser objecto de medidas de segurança, com base numa pura ideia de defesa social naturalística.

Por seu lado, se é difícil medir o grau de culpa pela

personalidade, criminalmente perigosa, não deixa menos de ser tarefa altamente melindrosa medir a culpa ético-jurídica dentro da moldura penal do facto. Aliás, justamente porque não é fácil medir de antemão o grau da culpa da personalidade é que a duração da pena não é de antemão fixada, deixando-se que a sua execução possa fornecer índices para a determinar.

c) De resto, se realmente se prova haver delinquentes incorrigíveis, insusceptíveis de serem influenciados pela pena, delinquentes em que falta toda a liberdade para a sua recuperação e integração social, o caminho será, como já propunha V. LISZT, o de os declarar inimputáveis, ideia que amplamente desenvolvemos justamente no estudo «*A influência de Franz v. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa*».

Daí o termos o art.º 18.º do nosso projecto do Código Penal.

Como se escreveu no Relatório do projecto, nesse alargamento possível da inimputabilidade estará verdadeiramente o caminho para separar o direito penal eticamente fundamentado de um ramo de direito de pura defesa social.

O dualismo não será pois de penas e de medidas de segurança referíveis a um mesmo delinquente, mas de penas para delinquentes imputáveis e de medidas de segurança para os não imputáveis.

Para estes últimos não estão, aliás, previstas no projecto tão-só medidas de segurança, mas ainda medidas de cura e tratamento sempre que a razão da perigosidade o exija. Por outro lado, relativamente a casos em que só seja possível, por razões de segurança, a prorrogação indefinida das medidas —a despeito de a Constituição portuguesa nesse caso o permitir— julga-se conveniente limitar o máximo do primeiro internamento, salvo quando

o perigo da prática de outros crimes graves desaconselhe o risco da libertação do inimputável.

Paralelamente às medidas de segurança destinadas a inimputáveis, de tipo institucional ou detentivas, implicando internamento, prevêm-se medidas não detentivas, ou de simples tratamento ou cura, sem privação da liberdade.

A ideia corrente noutros países permite encontrar uma solução para os casos de perigosidade criminal de inimputáveis, contra a qual a sociedade se pode defender sem internamento, mas que, no quadro do sistema vigente em 1963, colocava o tribunal na alternativa de, ou ordenar a aplicação de medidas de segurança detentivas, ou pôr os delinquentes perigosos em liberdade, sem qualquer medida curativa ou terapêutica.

De todo o modo, este direito de inimputáveis ou equiparados, para os quais o Código prevê medidas de defesa social, embora limitadas por certas garantias, não deixa de remeter o delinquentes para um domínio dos fenómenos naturalísticos, olhando-o como um mero paralelograma de forças causais, reduzindo-o a um «outro», a um «alienado» diferente da pessoa livre e responsável. Há, pois, que restringi-lo até ao limite do possível.

6) A finalidade da protecção de certos bens jurídicos através de penas que exprimem uma censura ético-jurídica, ou seja o direito penal, pressupõe assim a liberdade e a culpa.

Esta liberdade não corresponde, porém, a um indeterminismo absoluto, mas a uma liberdade cuja amplitude varia segundo os casos; correspondentemente há-de variar também o grau da culpa e censura ao agente.

Simplemente, esta censura ético-jurídica foi durante muito tempo entendida como exprimindo-se através da

infilção de um sofrimento como puro castigo do mal causado cum culpa pelo agente.

Mas nada exige forçosamente que assim seja. A pena em que se exteriorza a censura devida pela culpa, pode também entender-se no plano ético-jurídico, como forma de expiação ou de libertação do agente das forças que o levaram e o podem de novo levar à prática de um crime, com o sentido da «metanoia» de que falava Pfo XII. Ora a esta luz as penas criminais hão-de caracterizar-se por um sentido que, no próprio plano ético-jurídico, corresponde a uma finalidade ou imperativo de recuperação social.

E esta ideia projectou-se em toda a estrutura do sistema punitivo do projecto.

a) Sabe-se efectivamente que a expressão do mal da pena tomou em certas épocas formas tão duras e aflitivas que a nossa sensibilidade de hoje parecem extraordinariamente cruéis e contrárias ao respeito da pessoa humana.

Pode, pois, considerar-se um extraordinário passo na história da cultura, a substituição das penas corporais por um sofrimento que consiste na privação da liberdade, *de tipo detentivo, ou institucional*, ou seja, a prisão.

A deslocação do centro do sistema punitivo que assim se efectuava não deixou, todavia, de dar lugar a uma difícil problemática.

A prisão foi mesmo por muitos considerada como insuficiente para a defesa da sociedade, na medida em que ainda quando perpétua ou agravada por efeitos infamantes não seria apta a substituir-se à força reprovadora da pena de morte.

A evolução do sistema punitivo português mostra contudo que este tipo de crítica foi entre nós inteiramente repudiado. Desde longe, foi abolida a pena de morte, a

prisão perpétua, se consagrou a pena suspensa e a liberdade condicional.

Ora, uma tal orientação legislativa se, por um lado, nega os reparos à incapacidade preventiva da prisão, tem por outro lado, a maior importância para a compreensão do seu sentido, pois reflecte justamente um pensamento de ressocialização que na última parte do art.º 124.º da Constituição se consagra expressamente e que pode, desde meados do séc. XIX, considerar-se dimensão constante do nosso direito penal.

A esta luz, a prisão, enquanto pena criminal, não pode entender-se como puro mal ou castigo, mas há-de ter um sentido dirigido à recuperação do delinquente.

Só que a introdução deste elemento no conceito de prisão cria-lhe tais dificuldades que chegam a pôr em causa a sua própria legitimidade.

Conhecem-se, na verdade, as reservas à capacidade pedagógica e reeducativa da prisão. Fala-se mesmo, a despeito das tentativas de melhoria que a sua execução comporta, na gravidade dos seus efeitos criminogéneos, que uma certa interpretação da estadística da reincidência de alguma maneira confirma, e chega-se a concluir pela necessidade da sua total abolição.

Semelhante conclusão não parece porém, ao menos no estado actual das concepções dominantes, dever ser aceite. O estudo comparativo dos sistemas punitivos de todo o mundo, onde a prisão continua a considerar-se essencial para a protecção de certos interesses jurídico-criminais ou como *ultima ratio* para a tutela de outros, confirma, de resto, a necessidade da sua manutenção.

Mas por todos os lados também se nota um esforço para a restringir e para a integrar de modo a reduzir tanto quanto possível os inconvenientes e os males que se lhe apontam.

Projecção desta ideia é a tendência das modernas legislações e projectos penais para não multiplicar as suas formas em função da maior ou menor gravidade dos efeitos que lhe correspondem.

Última reminiscência do carácter infamante das penas, essa diversificação compromete, de facto, os fins da ressocialização do delinquente que também cabe à prisão.

A pena de prisão há-de, porém, ser unitária: só pode variar em função da sua duração.

Mas ainda aqui os fins reeducativos que deve visar fazem-se sentir na fixação do seu limite máximo e mínimo.

É, na verdade, ensinamento dominante da ciência penitenciária que a prisão para além de um certo tempo compromete a recuperação de quem a sofre. Por isso, certos códigos recentes fixam o seu limite máximo em 15 anos e outros chegam a reduzi-lo a 10.

Importa, contudo, considerar que os sistemas que assim procedem comportam nos seus quadros punitivos a prisão perpétua ou a própria pena de morte. Ora em Portugal, onde se não deve, como imperativo de consciência nacional, e, de qualquer maneira, se não pode, em virtude das próprias regras constitucionais, recorrer a esse tipo de penas, tem de reconhecer-se que, ao menos para certos casos, deve aceitar-se um limite de duração da prisão mais amplo. E julga-se que 20 anos representam um termo máximo, que pode conciliar os interesses da justa defesa da sociedade com as exigências da readaptação dos delinquentes. Observe-se, aliás, que aquelas legislações que prevêm penas muito mais longas, ou mesmo perpétuas, na prática, e por efeito de vários dispositivos, reduzem-nas sensivelmente.

Por outro lado, como se disse, para o caso de certo tipo de delinquência, prevê-se a chamada prisão *relativa-*

mente indeterminada —já consagrada pela legislação brasileira, por influência da doutrina do Projecto do Código Penal Português de 1963— cujo limite máximo é sensivelmente superior ao da moldura penal, correspondente ao crime cometido e está relacionada com um plano individual de recuperação de delinquente.

Os problemas que envolvem a fixação do máximo de duração da prisão repetem-se no que diz respeito ao seu limite mínimo.

Sabe-se que as curtas penas de prisão têm sido objecto de largas críticas, e tem-se mesmo afirmado repetidamente que nunca devem ser executadas numa duração inferior a 6 meses.

Ainda aqui deve porém estar-se atento à circunstância de que as chamadas penas não institucionais ou não detentivas, que em seu lugar se propõem, podem por vezes frustrar-se e haverá, então, que recorrer, como *ultima ratio*, à prisão. Ora, seria injusto aplicar sempre em tais hipóteses uma pena de privação de liberdade com um limite mínimo tão elevado.

Entende-se assim, que deve fixar-se o limite mínimo da prisão em um mês, tempo dentro do qual já, de alguma maneira, são possíveis certas formas, sobretudo as aceleradas, de correcção do delinquente.

Completando as ideias apontadas haverá, por seu turno, que recomendar a chamada prisão por fins de semana ou dias livres, que a ciência e a política do direito criminal recomendam para substituir a aplicação da prisão em duração inferior a um mês.

A duração da prisão pode, por outro lado, encurtar-se por força de certas instituições que a integram em regime de liberdade, como a liberdade condicional, já aliás prevista no nosso sistema desde os fins do século passado.

Dado, porém, o seu alto valor reeducativo e a impor-

tância que se lhe atribui, importa desenvolver todas as suas virtualidades alargando o seu campo de aplicação, tornando-a de facultativa *em obrigatória* e sobretudo, continuando a tradição iniciada entre nós com a reforma prisional de 1936, fazer acompanhar a sua execução por uma assistência por funcionários especializados que aumentam a sua capacidade de ressocialização.

A reestruturação das penas de prisão processa-se, para além de tudo isso, vivificando a sua execução por novos métodos —falase modernamente por exemplo no tratamento por grupos— incluindo a aplicação de regimes de transição para a liberdade.

Mas nem assim consegue levar de vencida todos os seus inconvenientes: a cada passo fracassa na sua finalidade de regeneração e recuperação social dos delinquentes. E, a um tempo, vai impondo ao Estado e à sociedade prejuízos e gastos cujo valor nem sempre se representam.

b) Se, pois, a importância de certos valores, a gravidade da culpa ou a perigosidade de certos delinquentes exigem, para protecção e defesa da sociedade —ao menos nas concepções actuais da justiça— a manutenção da pena de prisão nos sistemas punitivos, a verdade é que ela, nem depois de largamente reestruturada, pode continuar a ser, como foi durante muito tempo, o seu único fulcro.

Daqui que a política criminal continue a chamar a atenção para outras formas, *não institucionais ou não detentivas*, de exprimir a censura ético-jurídica, que as penas criminais encarnam e recomenda que por elas se substituam, na medida do possível, a prisão.

Este caminho é, aliás, praticado de há muito pelo mesmo sistema penal. O ponto está tão-só em desenvolver e integrar as virtualidades da ideia a que corresponde.

Assim no que respeita à *multa*, o seu campo de apli-

ção pode ser muito alargado, desde que seja convenientemente reorganizada, nomeadamente no que toca aos seus limites, equivalência patrimonial, modos de pagamento, condições de conversão e suspensão, etc., como se propõe no projecto.

Apena suspensa tem também uma larga tradição entre nós. Deve, contudo, reconhecer-se que as esperanças que inicialmente se puzeram no sea efeito de coacção psicológica: bom comportamento ou execução da pena, nem sempre se cumprem. Se, na verdade, em alguns casos, essa força intimidativa é suficiente, noutros, só através de uma assistência e apoio ao delinquente é possível conseguir a sua recuperação, como, aliás, já se previa na Reforma Prisional de 1936.

Mas não só isso: a fixação na sentença condenatória da medida de prisão a que o delinquente é condicionalmente condenado, sobretudo quando tornada pública, tem muitas vezes um efeito *seriamente infamante que dificulta e impide a recuperação*.

Por isso, se atribui grande valor ao chamado *regime de prova (Probation)* de origem americana e inglesa, procurando-se com ele completar e integrar a pena suspensa.

O regime de prova, partindo da declaração de culpabilidade do agente por um crime, procura atingir a sua ressocialização em liberdade, no quadro de um plano individual de recuperação, executado com a colaboração de certos assistentes sociais especializados.

A ameaça directa da prisão desaparecerá, assim, dos quadros desta forma de reacção criminal, na medida em que não é fixada na sentença ou, quando por razões de economia processual o seja, se deve manter secreta.

Mas nem por isso o regime de prova perde o seu carácter punitivo ou de expressão de censura, já que continua a constituir um sofrimento que se inflige ao delin-

quente. O plano de recuperação, completado pela obrigatoriedade da assistência social, com efeito, força o delinquente a organizar a sua vida de certa forma, limitando em larga medida a sua liberdade pessoal.

E isso a tal ponto que não deixa de ser preocupação de muitos legisladores prevenir o perigo de esse plano conter obrigações que representem uma introdução inadmissível ou vexatória na esfera jurídica de quem é sujeito ao regime de prova.

Ressalvando, contudo, este perigo, a variedade de abrigações ou condições na forma de condução da vida que o regime de prova pode impôr, permite realizar aquele máximo de individualização da pena, aquela penologia diferenciada que a ciência e a política criminal modernas recomendam como o melhor método de luta contra a delinquência.

Certo, o regime de prova exige a preparação dum pessoal especializado, particularmente qualificado e convenientemente remunerado. Mas deve acentuar-se que a acção assistencial que cabe a estes funcionários pode ser apoiada por actividades privadas ou organismos sociais, à semelhança do que sucede no estrangeiro.

Feitas de resto as contas, o custo do regime de prova é muito menor do que as despesas inerentes à execução da pena de prisão.

c) E não se pode já também dizer que as penas não detentivas ou não institucionais, enfraquecem o sistema repressivo e preventivo penal. Deve ter-se presente que a criminalidade do nosso País não tem vindo a aumentar, antes tem diminuído, a despeito da larga aplicação de medidas não detentivas, já existentes na nossa legislação, como a pena suspensa. Por outro lado, uma das razões da alta percentagem de reincidência relativamente a certos crimes, como os patrimoniais, deverá, porventura,

ligar-se à ausência de um plano na recuperação do delinquente acompanhada de controle e apoio de uma assistência por funcionários especializados, sem o mal da privação da liberdade, como justamente oferece o regime de prova.

Nesta perspectiva, constitui uma salutar e necessária medida e política criminal consagrar o princípio da *subsidiariedade* das penas criminais detentivas relativamente às não detentivas.

Se a definição das penas criminais implica a articulação dos seus pressupostos ético-jurídicos e a descrição das suas formas institucionais e não institucionais, é ainda necessário para a sua compreensão referir certos efeitos que se lhe ligam e que vêm a constituir verdadeiras penas accesorias.

Certo, como se disse, que importa repudiar a ideia de fazer seguir à aplicação das penas a perda automática de direitos civis, profissionais e políticos.

Compreende-se, porém, que, para a tutela de certos bens jurídicos, a lei possa ser forçada a prever a demissão ou suspensão de funcionários públicos, a proibição do exercício de certas profissões, a declaração da incapacidade para o exercício de direitos políticos ou para desempenhar certas funções como as ligadas ao poder paternal, à tutela, etc.

A apreensão de bens relacionados com o crime é também, muitas vezes, uma medida exigida como forma de exprimir a *censura devida ao facto*.

A gravidade que podem revestir as penas accesorias exige, por outro lado, que se admita a possibilidade da sua suspensão ou a reabilitação dos seus efeitos.

7. Do que fica dito resulta que o projecto do Código Penal, arrancando da culpa ético-jurídica, não deixa de

dar satisfação em larga medida às exigências da política criminal moderna.

a) As possibilidades do seu êxito estão, todavia, fortemente condicionadas por uma larga cobertura de assistentes sociais, quer durante o cumprimento das penas detentivas ou institucionais, quer relativamente às reacções não detentivas ou não institucionais, como nos nossos trabalhos «*Assistência prisional e post-prisional*» e «*La Prison, les mesures non institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963*» largamente desenvolvemos.

Mas justamente porque o Estado português se reclama de ser um Estado social, é lícito esperar que todo este condicionalismo de assistência, orientação e protecção seja, por imperativo desse sentido social, levado a cabo.

b) Em muitos domínios, aliás, já se vem largamente manifestando a intervenção do Estado com fins salutistas, de promoção do bem-estar social. Facto que, aliás, põe um outro problema: o de saber se as respectivas sanções se podem integrar no direito penal.

A resposta, no entender do projecto, é a de que justamente o sentido ético-jurídico da legislação criminal deve purificar-se pela criação de um novo direito de ordenação social.

Em que termos, e em que medida, é naturalmente problema que tem que ser excluído desta já longa exposição e que foi objecto de uma nossa conferência na Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, em Madrid.

8. Mas temos para nós que esta autonomia de um direito de ordenação social, que LANGE consiera um dos mais importantes progressos que a sociedade deve à ciência criminal, só pode pensar-se partindo de uma concepção ético-jurídica de culpa e da responsabilidade, como fundamento do direito penal.

Mais: o reconhecimento deste pressuposto será mesmo condição da sobrevivência deste ramo de direito, que, ao contrário do que pensavam os positivistas ingénuos do século XIX, não só não é contrariado, mas está implícito, nas modernas ciências que se debruçam sobre o homem, como atrás dissemos, e LANGE no seu referido estudo largamente documenta.

Teria, porventura, razão HELMUTH MAYER quando ensinava que a criminologia devia ser totalmente repensada e reescrita.

E este pensamento não deixou de estar presente na concepção do projecto do Código Penal Português de 1963-66, de que nos foi dada a honrosa incumbência de elaborar.

ANEXO I

PROJECTO DE PROPOSTA DE LEI N.º 9/X (*)

BASES DA REFORMA PENAL

(Penas criminais e medidas de segurança)

BASE I

1. Quem age sem culpa não é criminalmente punível.
2. Só as pessoas singulares podem ser criminalmente responsáveis e só a elas podem ser aplicadas penas criminais.
3. Quem age como titular dos órgãos de qualquer sociedade, pessoa colectiva ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, será

(*) Actas da Câmara Corporativa, n.º 101, 1972 - 5 de Abril, pág. 1463 e segs.

punível, ainda que a descrição do tipo legal de crime exija:

a) Determinados elementos pessoais que só se verificam na pessoa do representado;

b) Que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado.

BASE II

1. As penas principais são:

a) A prisão;

b) A multa.

2. Pode ainda o tribunal suspender a execução da pena ou sujeitar o delinquente ao regime de prova.

BASE III

1. A pena de prisão nunca é perpétua, sendo a sua duração máxima de vinte anos, salvo os casos de pena relativamente indeterminada, e a sua duração mínima de um mês, sem prejuízo dos limites da prisão por dias livres ou daqueles que resultem da conversão da multa em prisão.

2. A pena relativamente indeterminada consiste na aplicação da prisão com duração variável, entre um mínimo, que será igual a dois terços da prisão concreta que caberia ao crime ou aos crimes cometidos, e um máximo, correspondente a esta pena aumentada de dois a seis anos.

3. A prisão pode ser prevista por períodos correspondentes a fins-de-semana ou dias livres. A duração de cada período será no mínimo de trinta e seis horas e no

máximo de quarenta e oito horas, equivalendo a dois dias de prisão. A prisão por dias livres pode ser aplicada num mínimo de dois períodos e num máximo de quinze.

BASE IV

1. A legislação especial que regular a execução da pena de prisão deverá conter os deveres fundamentais e os direitos do recluso.

2. No caso de prisão relativamente indeterminada é obrigatória a elaboração de um plano individual de recuperação social do delinquente, que pode ser modificado durante a sua execução. Este plano e as suas modificações serão homologados pelo tribunal ouvidos os órgãos de assistência social especializada e o delinquente.

BASE V

1. Todos os condenados em pena de prisão determinada de duração superior a seis meses serão, facultativa ou obrigatoriamente, postos em liberdade condicional, quando tenham cumprido metade ou cinco sextos da pena, respectivamente.

2. A duração da liberdade condicional não será inferior a seis meses, nem superior a cinco anos; o limite mínimo será, no entanto, elevado para o tempo de prisão que ao libertado falte cumprir, sempre que este tempo não exceda cinco anos.

3. É aplicável à liberdade condicional o disposto nos n.ºs 3, 4 e 6 da base IX, com as seguintes modificações:

a) O período da prorrogação não pode exceder em mais de um ano a duração fixada para a liberdade condicional;

b) A assistência pós-prisional pode ser dispensada.

4. A pena considera-se inteiramente cumprida e extinta se a liberdade condicional não for revogada até ao termo da sua duração.

5. A revogação é obrigatória quando o delinquente tenha cometido um crime doloso a que corresponda pena de prisão superior a dois anos.

6. A revogação determina a execução da parte da prisão ainda não cumprida, cuja duração pode reduzir-se, mas não impede a concessão de nova liberdade condicional; em nenhum caso poderá o agente exigir a restituição de prestações que haja efectuado.

7. A libertação do delinquente condenado a prisão indeterminada é sempre condicional, podendo na respectiva sentença estabelecerse as condições necessárias para a ressocialização do delinquente e, nomeadamente, o seu internamento num lar ou casa de transição. A duração da liberdade condicional, neste caso, será entre um e dois anos, prorrogáveis até cinco.

BASE VI

A pena de prisão fixada na sentença em medida não superior a seis meses e que não deva ser cumprida em dias livres será substituída pelo número de dias de multa correspondente, salvo quando a execução da prisão for especialmente exigida pela gravidade da culpa do agente ou pela necessidade de prevenir a prática de novos crimes.

BASE VII

1. A pena de multa será fixada em dias, no mínimo de 6 e no máximo de 365.

2. Cada dia de multa corresponde a uma quantia en-

tre 20\$ e 3000\$, que o tribunal fixará em função da situação económica do réu e dos seus encargos pessoais. Se a infracção tiver sido cometida com um fim lucrativo, a quantia correspondente a cada dia de multa será elevada ao triplo.

3. Sempre que as condições económicas do réu o justifiquem, pode o tribunal autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo que não exceda um ano, ou permitir o pagamento em prestações, não devendo a última delas ir além dos dois anos subsequentes à data da condenação. Dentro dos limites referidos e quando razões posteriores o justifiquem, os prazos e os planos de pagamento inicialmente estabelecidos podem ser alterados.

4. A pena de multa pode ser também total ou parcialmente substituída, a requerimento do condenado que não esteja em condições de pagá-la, pelo número correspondente de dias de trabalho em obras ou oficinas do Estado, de outras pessoas colectivas de direito público ou de particulares.

5. Se a multa não for paga será convertida em prisão, desde que o condenado careça de bens suficientes e desembaraçados para se obter o pagamento. Neste caso, cada dia de multa corresponde a um dia de prisão, sem que todavia a totalidade da prisão aplicada em execução da multa possa exceder noventa, ou a sua duração mínima ser inferior a dez dias.

6. Se a multa for paga em parte, a conversão só terá lugar quanto ao número de dias que não tiverem sido pagos.

7. A conversão da multa em prisão pode ser sempre revogada pelo pagamento posterior da multa.

8. A prisão resultante da conversão da multa pode ser suspensa quando se mostre que o condenado está im-

possibilitado, por razões não pré-ordenadas, de a pagar ou de a solver pelo trabalho.

9. A suspensão será revogada se o condenado cometer um crime doloso no prazo de três anos. Se a suspensão não for revogada, a pena de multa e prisão considerar-se-á extinta.

BASE VIII

1. O tribunal pode suspender a execução total da prisão aplicada em medida inferior a três anos sempre que, atendendo à personalidade, condições externas da vida do agente, sua conduta anterior e posterior ao crime, bem como às circunstâncias deste, seja razoável concluir que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o delinquente da criminalidade e as necessidades de repressão e prevenção criminal. O prazo de suspensão será fixado entre um e três anos.

2. A suspensão da pena pode ser subordinada ao cumprimento de certas obrigações destinadas a reparar o mal do crime ou facilitar a reinserção do condenado na sociedade, nomeadamente:

- a) Pagar a indemnização devida ao lesado;
- b) Dar ao ofendido uma satisfação moral adequada;
- c) Satisfazer o pagamento ao Estado de uma importância correspondente a um certo número de dias de multa;
- d) Praticar qualquer outro acto destinado a reparar o mal do crime.

3. Nenhuma das obrigações impostas pode representar uma intromissão inadmissível na esfera moral e jurídica do réu.

4. As obrigações poderão ser sempre modificadas até ao termo do prazo da suspensão.

5. Se o réu deixar de cumprir qualquer das obrigações, por rebeldia ou por negligência grosseira, ou cometer um crime doloso, pode o tribunal, conforme os casos:

- a) Fazer-lhe uma solene advertência;
- b) Obrigá-lo a dar garantia do cumprimento das obrigações pecuniárias;
- c) Prorrogar o período de suspensão até cinco anos;
- d) Revogar a suspensão da pena.

6. A suspensão será sempre revogada se, durante o respectivo período, o réu cometer o crime doloso por que venha a ser condenado a pena de prisão que não seja por dias livres.

7. A revogação determina o cumprimento da pena cuja execução estava suspensa, sem que o réu possa exigir a restituição das prestações que houver efectuado nos termos do n.º 2 desta base. Se a suspensão não for revogada, a pena considerar-se-á extinta.

BASE IX

1. Quando o réu devesse ser condenado em pena de prisão não superior a quatro anos e a simples suspensão da pena seja reputada insuficiente para a recuperação social do delinquente, pode este, consideradas as circunstâncias previstas na base anterior, ser sujeito ao regime de prova, desde que as exigências de reprovação e prevenção do crime não imponham a publicação da condenação e a sua execução. O tribunal, todavia, fixará em protocolo secreto o tempo de prisão que ao delinquente caberia.

2. O regime de prova assenta num plano individual de recuperação do delinquente executado com a colaboração de assistência social especializada.

3. Além das obrigações referidas no n.º 2 de base an-

terior, pode o tribunal impor outras, relativas à condução da vida do réu, que se mostrem necessárias para a sua recuperação social e desenvolvimento do seu sentimento das responsabilidades e, especialmente, determinar o internamento até dois meses em estabelecimentos adequados; pode ainda impor ao réu o dever de prestar caução de boa conduta, ou de se apresentar periodicamente perante o tribunal ou outras entidades que não sejam policiais.

4. Os assistentes sociais a quem são confiados os delinquentes postos sob o regime de prova procurarão aconselhá-los e auxiliá-los, numa base de mútua cooperação e recíproca confiança e amizade, sem deixarem de vigiar com a possível discrição o seu comportamento, o modo como cumprem as obrigações que lhes forem impostas e os termos como reagem no plano de readaptação social.

5. O plano individual de readaptação do delinquente, quando não for organizado pelo próprio tribunal, deve ser por ele homologado. O plano inicialmente estabelecido pode, até ao termo do regime de prova, ser alterado pelo tribunal, ou oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, sob proposta da assistência social especializada, e dele deve ser dado sempre conhecimento ao delinquente.

6. Se o delinquente sujeito ao regime de prova não cumprir as obrigações que lhe forem impostas ou não corresponder ao plano de recuperação previsto, pode o tribunal:

- a) Fazer-lhe uma solene advertência;
- b) Prorrogar o prazo do regime de prova até cinco anos;
- c) Ameaçar o não cumprimento de certas obrigações com a aplicação de sanções pecuniárias;

- d) Revogar o regime de prova.
7. O regime de prova será revogado sempre que no decurso dele o agente pratique um crime doloso a que seja aplicável pena de prisão.
8. A revogação do regime de prova determina a execução da pena correspondente ao crime fixada no protocolo secreto, não podendo o agente exigir a restituição de prestações que haja efectuado.
9. Se o período do regime de prova decorrer sem que haja fundamento para a revogação, será declarada extinta a pena.

BASE X

1. Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos. Pode, porém, na sentença condenatória decretar-se a demissão ou suspensão por período de um a três anos de funcionário que houver praticado, em qualquer das circunstâncias a seguir indicadas, crime a que seja aplicável pena de prisão superior a dois anos:
- a) Com flagrante e grave abuso da função pública que exerce ou com grave violação dos deveres a ela inerentes;
 - b) Fora do exercício das suas funções, mas revelando que é incapaz ou indigno de exercer o cargo;
 - c) Que implique a perda da confiança geral necessária ao exercício da função.
2. O réu, definitivamente condenado a pena de prisão, que não for demitido, incorre na suspensão do cargo, enquanto durar o cumprimento da pena.
3. Salvo disposição legal em contrário, a demissão da função pública determina a perda de todos os direitos e privilégios atribuídos aos funcionários; igual efeito produz a suspensão relativamente ao período em que dura.

4. O disposto nos números anteriores desta base é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, à interdição de profissões ou actividades cujo exercício depende da posse de um título público ou da autorização ou homologação de qualquer autoridade pública.

5. À prática de certos delitos pode ainda corresponder, por força da lei, a incapacidade para eleger os membros de assembleias legislativas ou de corpos administrativos, ou para ser eleito como tal, ou ainda para exercer o poder paternal, a tutela, curatela ou administração de bens.

BASE XI

1. Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes do crime é perda a favor do Estado; tratando-se de qualquer vantagem insusceptível de transferência directa, receberá o Estado o valor correspondente por parte de quem a recebeu ou se obrigou a pagá-la.

2. São ainda pertença do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros, os produtos do crime que não forem apreendidos, bem como os objectos, direitos ou vantagens que, através do crime, hajam sido directamente adquiridos pelos agentes.

3. Se os objectos não estiverem em poder dos agentes do crime, devem estes, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros, pagar ao Estado o valor correspondente.

4. No caso de alguém responder criminalmente por actuação em nome de outrem, e a recompensa pelo crime ou as vantagens dele provenientes aproveitarem à pessoa em nome de quem o facto criminoso foi praticado, estender-se-á a esta o disposto nos números anteriores para os agentes do crime.

5. É extensivo às obrigações patrimoniais referidas nesta base a possibilidade de pagamento diferido em prestações, prevista para a pena de multa.

BASE XII

Na escolha entre várias penas aplicáveis, o tribunal deve preferir as não detentivas às detentivas sempre que, respeitadas as particulares exigências da prevenção e re-provação exigidas pelo facto, as primeiras permitam realizar convenientemente a recuperação social do delinquente.

BASE XIII

As medidas de segurança são:

- a) O internamento do inimputável em estabelecimien-to para cura, tratamento ou segurança;
- b) O tratamento em regime de liberdade de inimpu-táveis perigosos;
- c) A interdição de profissões ou outras actividades;
- d) A expulsão dos estrangeiros;
- e) Apreensão.

BASE XIV

1. Quando o facto ilícito descrito na lei penal for praticado por indivíduo declarado inimputável, será este mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica de que sofre o agente e do crime cometido, houver ou a lei preveja fundado perigo de que ele venha a cometer outros.

2. Quando o facto cometido pelo inimputável consistir em homicídio ou ofensas corporais graves, ou em outros actos de violência puníveis com pena superior a três anos, e existam razões para reear a prática de outros factos da mesma natureza ou gravidade, o internamento terá a duração mínima de três anos.

3. O internamento findará quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem.

4. O primeiro internamento, porém, não pode exceder em mais de quatro anos o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado pelo inimputável, excepto se o perigo de novos crimes contra as pessoas for de tal modo grave que desaconselhe o risco da libertação do agente.

BASE XV

1. Salvo quando a lei o preveja obrigatoriamente por prazos mínimos a estes não tenham decorrido, o internamento de delinquentes inimputáveis perigosos pode substituir-se por tratamento ou cura em liberdade a título de ensaio, quando assim se possa adequadamente prevenir também a sua perigosidade criminal.

2. A decisão que ordenar esta substituição da medida de segurança imporá ao delincente as obrigações consideradas necessárias à prevenção da sua perigosidade e, em especial, a de se submeter a tratamentos e regimes de cura apropriados e de ser prestar a exames e operações nos lugares que forem fixados.

3. Os inimputáveis perigosos mantidos ou postos em liberdade a título de ensaio serão colocados sob a vigilância tutelar de assistentes sociais especializados.

4. O tratamento em liberdade cessará quando se mos-

trar desnecessário ou insuficiente para prevenir a perigosidade dos delinquentes inimputáveis. Quando cesse por se considerar insuficiente, ordenar-se-á o internamento para tratamento e segurança previsto na base anterior.

BASE XVI

1. Quando o delinquente não for declarado inimputável, mas se mostrar que, por virtude da anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe é prejudicial, ou que ele perturba seriamente esse regime, pode o tribunal ordenar o seu internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis, por tempo correspondente à duração da pena.

2. O internamento previsto no número anterior não prejudica a possibilidade de liberdade condicional, nem impede o reinternamento do delinquente em estabelecimentos comuns pelo tempo de privação de liberdade que lhe falte cumprir, logo que cesse a causa determinante do internamento em estabelecimento especial.

3. Se da apreciação conjunta da personalidade do agente, do facto por ele praticado e do seu comportamento prisional o tribunal concluir que a anomalia psíquica do agente justifica o receio de que ele venha a cometer outros crimes graves, pode o internamento ser prorrogado por dois períodos sucessivos de três anos, além do tempo correspondente à pena em que foi condenado.

BASE XVII

1. Se a anomalia psíquica, com os efeitos previstos nas disposições anteriores, sobrevier ao agente depois da prática do crime, o tribunal ordenará o seu internamento nos estabelecimentos destinados a inimputáveis.

2. Findo o seu internamento, será levado em conta na pena o tempo que ele tiver durado; mas, independentemente da duração o internamento, o tribunal pode conceder logo a liberdade condicional ao criminoso.

3. Se a anomalia psíquica sobrevinda ao agente o tornar inimputável, mas não o converter num elemento criminalmente perigoso, nos termos da base XIV, suspender-se-á a execução da pena até que cesse o estado de anomalia psíquica que deu causa à suspensão.

4. A decisão que ordenar a suspensão pode impor ao delinquente as obrigações ou outros comportamentos exigidos nos n.ºs 2 e 3 da base XV.

5. Cessando a causa da suspensão, pode o tribunal, em vez de ordenar a execução da pena que esteja por cumprir, conceder logo a liberdade condicional ou decretar a suspensão da pena.

6. As alterações do regime normal de execução da pena, fundadas no que dispõem as bases anteriores, caducam logo que se mostre que a anomalia psíquica do agente foi simulada.

BASE XVIII

1. Se for invocada a existência de causas justificativas de cessão do internamento ou do tratamento em liberdade, o tribunal pode a todo o tempo apreciar a questão.

2. A apreciação é obrigatória, independentemente de alegação, no prazo de três anos, a contar do início do internamento ou da decisão que tenha substituído o tratamento em liberdade, e de dois anos, a contar da decisão que o tenha mantido.

3. Fica ressalvado, em qualquer caso, o prazo mínimo de internamento fixado no n.º 2 da base XIV.

4. A liberdade definitiva de um internado em esta-

belecimento destinado a inimputável será sempre precedida de um período de liberdade experimental não inferior a dois anos nem superior a cinco.

5. É aplicável à liberdade experimental prevista no número anterior o disposto nos n.ºs 2 e 3 desta base.

6. Se a experiência confirmar a cessação da perigosidade criminal, o tribunal converterá em definitiva a libertação do internado; de contrário, orientar-se-á o internamento dele ou prescrever-se-á a medida que for imposta nos termos da lei.

BASE XIX

Em relação aos estrangeiros, o internamento em estabelecimentos destinados a inimputáveis pode ser substituído pela expulsão do território nacional.

BASE XX

1. Aquele que for condenado por crime cometido com grave violação dos deveres inerentes à profissão, mister, comércio ou indústria que exerce, ou que dele for absolvido só por falta de imputabilidade, pode ser interdito do exercício daquela actividade por um período de um a cinco anos quando, em face do facto praticado e da personalidade do agente, haja fundado perigo de vir a praticar outros crimes nas mesmas circunstâncias.

2. O prazo da interdição conta-se a partir do trânsito em julgado da respectiva decisão, mas suspende-se durante o tempo em que o agente estiver a cumprir qualquer sanção criminal privativa de liberdade.

3. Se, durante o período da interdição, o delinquente exercer a profissão, mister, comércio ou indústria, directa-

mente ou por interposta pessoa, será punível com prisão até um ano.

4. No caso de a prisão ter sido suspensa ou de o delinvente ter sido colocado sob regime de prova, a interdição da profissão ou de outras actividades pode também ser suspensa por um período de dois a cinco anos, mas nunca inferior ao tempo de suspensão da pena.

5. Se a suspensão da pena vier a ser revogada, caducará a suspensão da interdição.

6. A suspensão será revogada, se a conduta do agente durante o período fixado ou o conhecimento posterior de outras circunstâncias aconselharem a revogação.

7. Não havendo lugar à revogação, a medida considerar-se-á extinta findo o prazo da suspensão.

BASE XXI

1. Serão apreendidos a favor do Estado os objectos que serviram ou estavam destinados a servir para a prática do crime, ou que por esta foram produzidos, quando pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou quando haja risco sério de que sejam utilizados para o cometimento de novos crimes.

2. A apreensão dos objectos tem lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada.

3. Se a lei não fixar destino especial aos objectos apreendidos, nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos.

4. Se os objectos a que se referem os números anteriores não pertencerem, na data do crime, a nenhum dos agentes do facto criminoso ou seus beneficiários, ou já lhes não pertencerem no momento em que a apreensão

foi ordenada, será atribuída aos respectivos titulares uma indemnização igual ao valor dos objectos apreendidos, por cuja pagamento os agentes do crime respondem solidariamente.

5. Não há lugar à indemnização quando os titulares dos objectos tenham concorrido censuravelmente para a sua utilização ou produção, ou quando de modo igualmente reprovável os tenham adquirido, ou do crime hajam tirado vantagens, posto que dele não sejam agentes ou encobridores.

BASE XXII

1. Não pode iniciar-se a execução de uma medida de segurança, decorridos três anos sobre a decisão que a decretou, sem que seja novamente apreciada pelo tribunal a situação que lhe deu causa, salvo se o delinquente esteve sujeito durante esse tempo a outra medida privativa de liberdade.

2. O tribunal pode confirmar, suspender, converter ou revogar a medida de segurança.

BASE XXIII

1. São aplicáveis a menores de 16 a 21 anos as penas e medidas de segurança definidas nas bases anteriores, com as modificações, resultantes das particulares necessidades da sua recuperação, a estabelecer pelo Governo em legislação especial.

2. Nesta legislação poderão ainda ser previstas, relativamente a menores imputáveis, penas e medidas educativas autónomas ou providências de natureza puramente tutelar.

ANEXO II

PARECER DA CÂMARA CORPORATIVA
N.º54/X (*)

PROJECTO DE PROPOSTA DE LEI N.º 9/X

BASES DA REFORMA PENAL

(Penas criminais e medidas de segurança)

BASE I

1. Quem age sem culpa não é criminalmente punível.
2. Ressalvados os casos em que a lei preveja especialmente de outro modo, só as pessoas singulares podem ser criminalmente responsáveis e só a elas podem ser aplicadas penas criminais.

3. Quem age como titular dos órgãos de qualquer pessoa colectiva, ou de sociedade que o não seja, ou de mera associação de facto, e bem assim em representação voluntária ou extravoluntária de outrem, será punido, ainda que a descrição do tipo legal de crime exija:

a) Determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado;

b) Que o agente pratique o facto criminoso no seu próprio interesse e o representante tenha agido no interesse do representado.

BASE II

As penas principais são:

a) A prisão;

b) A multa.

(*) Actas da Câmara Corporativa n.º 174, 1973 - 23 de Outubro, págs. 2661 e segs., especialmente págs. 2702 e segs.

2. Pode ainda o tribunal suspender a execução da pena ou sujeitar o delinquente ao regime de experimentação.

BASE III

1. A pena de prisão nunca é perpétua e, sem prejuízo do estabelecido para a pena indeterminada, para a conversão da multa em prisão e para a prisão por fins-de-semana ou por dias livres, tem a duração máxima de vinte anos e a duração mínima de dez dias.

2. A pena relativamente indeterminada consiste na aplicação de prisão com duração variável, entre um mínimo, que será igual a dois terços da pena concreta que caberia ao crime ou aos crimes cometidos, e um máximo, correspondente a esta pena aumentada até seis anos.

3. A prisão pode ser prevista por períodos correspondentes a fins de semana ou dias livres. A duração de cada período será no mínimo de trinta e seis horas e no máximo de quarenta e oito horas, equivalendo a dois dias de prisão. A prisão por fins de semana ou por dias livres pode ser aplicada num mínimo de três períodos e num máximo de dez.

BASE IV

A execução das penas de prisão é regulada em legislação especial, na qual são fixados os deveres e os direitos do recluso.

BASE V

1. Os condenados a pena de prisão determinada de duração superior a seis meses podem ser postos em liber-

dade condicional quando tiverem cumprido metade da pena.

2. A duração da liberdade condicional não será inferior a seis meses, nem superior a cinco anos; o limite mínimo será, no entanto, elevado para o tempo de prisão que ao libertado falte cumprir, sempre que este tempo não exceda cinco anos.

3. É aplicável à liberdade condicional o disposto nos números 3, 4 e 6 da base X, com as seguintes modificações:

a) O período da prorrogação não pode exceder metade da duração inicialmente fixada para a liberdade condicional;

b) A assistência pós-prisional pode ser dispensada.

4. A pena considera-se inteiramente cumprida e extinta, se a liberdade condicional não for revogada, logo que expire o período por que foi concedida.

5. A revogação é obrigatória quando o delinquente seja condenado por crime doloso a que corresponda pena de prisão superior a dois anos.

6. A revogação determina a execução da parte da prisão ainda não cumprida, mas não impede a concessão de nova liberdade condicional, sem que o agente possa, em caso algum, exigir a restituição de prestações que haja efectuado.

BASE VI

1. Quando se aplique pena de prisão relativamente indeterminada, é obrigatória a elaboração de um plano individual de readaptação social do delinquente, que deve ser homologado pelo tribunal quando por este não tenha sido organizado. O plano pode durante a sua execução ser alterado pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento

do Ministério Público, ouvidos os órgãos de assistência social especializada, devendo dele e das suas alterações ser dado sempre conhecimento ao delinquente.

2. A libertação do delinquente condenado a prisão indeterminada é sempre condicional, podendo na respectiva sentença estabelecerse as condições necessárias para a sua readaptação social e, nomeadamente, o seu ingresso num lar ou casa de transição. A duração da liberdade condicional é, neste caso, de um a dois anos, prorrogável até cinco.

3. A revogação da liberdade condicional determina o cumprimento de prisão por um período fixado entre o mínimo por que o regime de liberdade condicional fora concedido e o máximo possível de prorrogação desse regime, mas sem nunca poder exceder um período que seja superior à duração mínima da pena indeterminada inicialmente fixada.

BASE VII

A pena de prisão fixada na sentença em duração não superior a seis meses, e que não deva ser cumprida em fins de semana ou dias livres, será substituída pelo número de dias de multa correspondente, excepto se a execução da pena de prisão for especialmente exigida pela gravidade da culpa do agente ou outra pena se mostrar inadequada.

BASE VIII

1. A pena de multa será fixada em dias, no mínimo de seis e no máximo de setecentos e trinta.

2. Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre 20\$ e 4000\$ que o tribunal fixará em função da si-

tuação económica do réu e dos seus encargos pessoais. Se a infracção tiver sido cometida com fim lucrativo, a quantia correspondente a cada dia de multa será elevada até ao triplo da multa fixada no número anterior.

3. Sempre que as condições económicas do réu o justifiquem, pode o tribunal autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo não excedente a um ano, ou permitir o pagamento em prestações, sem que a última possa ir além dos dois anos subsequentes à data da condenação. Dentro dos limites referidos, e quando razões posteriores o justifiquem, os prazos e os planos de pagamento inicialmente estabelecidos podem ser alterados.

4. A pena de multa pode ser também total ou parcialmente substituída, a requerimento do condenado que não esteja em condições de pagá-la, pelo número correspondente de dias de trabalho em obras ou oficinas do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público.

5. Se a multa não for paga, será convertida em prisão, desde que o condenado careça de bens suficientes e desembaraçados para se obter o pagamento. Neste caso, cada dia de multa equivale a um dia de prisão com o mínimo de dez dias e o máximo de dois anos de prisão.

6. Se a multa for paga em parte, a conversão só terá lugar quanto aos dias de multa não pagos, com o mínimo de cinco dias de prisão.

7. A conversão da multa em prisão pode ser sempre modificada pelo pagamento posterior da multa.

BASE IX

1. O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a dois anos, com ou sem multa, ou da pena de multa imposta ao condenado que não tenha possibilidade de a cumprir, e da prisão

resultante da conversão da multa imposta nas mesmas condições. A suspensão será decretada se o tribunal, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o delinquente da criminalidade e satisfazer as necessidades de repressão do crime. O período de suspensão da pena será fixado entre um e cinco anos.

2. A suspensão da pena pode ser subordinada ao cumprimento de certos deveres destinados a reparar o mal do crime ou a facilitar a reinserção social do condenado, nomeadamente:

a) Pagar dentro de certo prazo a indemnização devida ao lesado, ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea;

b) Dar ao lesado uma satisfação moral adequada;

c) Entregar ao Estado certa quantia, sem atingir o limite máximo estabelecido para o quantitativo da pena de multa;

d) Praticar qualquer outro acto destinado a reparar o mal do crime.

3. O tribunal não pode exigir do réu nenhuma acção vexatória, nem impor-lhe qualquer dever contrário aos bons costumes ou susceptível de ofender a sua dignidade pessoal.

4. Os deveres impostos podem ser modificados até ao termo do prazo da suspensão, sempre que ocorram circunstâncias relevantes ou de que o tribunal só posteriormente teve conhecimento.

5. Se durante o período da suspensão o réu deixar de cumprir qualquer dos deveres impostos na sentença, ou for condenado por outro crime, pode o tribunal, conforme os casos:

- a) Fazer-lhe uma solene advertência;
- b) Exigir-lhe as garantias do cumprimento dos deveres impostos;
- c) Prorrogar o período da suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de um ano;
- d) Revogar a suspensão da pena.

6. A suspensão será sempre revogada se, durante o respectivo período, o réu cometer crime doloso por que venha a ser condenado em pena de prisão que não seja por fins de semana ou por dias livres.

7. A revogação determina o cumprimento da pena cuja execução estava suspensa, sem que o réu possa exigir a restituição das prestações que houver efectuado nos termos do n.º 2 desta base.

8. Se a suspensão não for revogada, a pena considerar-se-á extinta. Quando tenha sido suspensa a prisão resultante da conversão de multa, e não for caso de revogação, considerar-se-á também extinta a pena de multa.

BASE X

1. Se o réu for considerado culpado pela prática de crime a que concretamente corresponda pena de prisão não superior a três anos, com ou sem multa, e a simples suspensão da pena não se mostrar suficiente para a sua recuperação social, pode ser sujeito ao regime de experimentação pelo período de um a cinco anos, contados do trânsito em julgo da sentença, desde que, consideradas as circunstâncias previstas no n.º 1 da base anterior, seja de concluir que por este meio pode ser afastado da criminalidade e as necessidades de repressão do crime não imponham a efectiva execução da pena. Não será dada publicidade à pena fixada, a não ser nos casos expressa-

mente previstos por lei. Este regime não é aplicável quando ao crime corresponder a pena de prisão por fins de semana ou dias livres.

2. O regime de experimentação assenta num plano individual de readaptação do delinquente, executado com a colaboração de assistência social especializada, do qual deve ser dado conhecimento ao delinquente.

3. Além dos deveres referidos no n.º 2 da base anterior, pode o tribunal impor ao réu outros, destinados a assegurar a sua recuperação social e, especialmente, determinar o seu internamento até dois meses em instituições adequadas; pode ainda impor-lhe o dever de prestar caução de boa conduta ou de se apresentar periodicamente perante o tribunal ou outras entidades.

4. Os assistentes sociais procurarão aconselhar e auxiliar os delinquentes numa base de mútua colaboração e de recíproca confiança, vigiando ao mesmo tempo, com a possível discrição, o seu comportamento, o modo como cumprem os deveres que lhe são impostos e os termos em que correspondem ao plano de readaptação social.

5. O plano individual de readaptação do delinquente, quando não for organizado pelo próprio tribunal, deve ser por ele homologado. O plano pode a todo o tempo ser alterado pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, sob proposta da assistência social, devendo ser dado ao delinquente conhecimento das alterações.

6. Se o delinquente sujeito ao regime de experimentação não cumprir as obrigações que lhe forem impostas ou não corresponder ao plano de readaptação social previsto, pode o tribunal:

- a) Fazer-lhe uma solene advertência;
- b) Prorrogar o prazo do regime até cinco anos;

c) Cominar a aplicação de sanções pecuniárias, para o não cumprimento de certas obrigações;

d) Revogar o regime de experimentação.

7. O regime de experimentação será revogado sempre que, no decurso dele, o agente pratique um crime doloso punível com pena de prisão que não seja por fins de semana ou dias livres.

8. A revogação do regime de experimentação determina a execução da pena que tiver sido fixada, não podendo o agente exgir a restituição de prestações que haja efectuado.

9. Se o regime de experimentação não for revogado, a pena considerar-se-á extinta.

BASE XI

1. Nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos. Se, porém, o agente for funcionário, a condenação em pena de prisão não inferior a oito anos produz a demissão do cargo. Em todos os restantes casos o tribunal comunicará a condenação à entidade e que o funcionário depender.

2. O réu, definitivamente condenado a pena de prisão, que não for demitido, incorre na suspensão do cargo, enquanto durar o cumprimento da pena.

3. Salvo disposição legal em contrário, a demissão do cargo determina a perda de todos os direitos e privilégios atribuídos aos funcionários; igual efeito produz a suspensão relativamente ao período da sua duração.

4. O disposto nos números anteriores desta base é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, à interdição de profissões ou actividades cujo exercício depende da posse de um título público ou da autorização ou homologação de qualquer autoridade pública.

5. À prática de certos delitos pœe ainda corresponder, por força da lei, a incapacidade para eleger os membros de assembleias legislativas ou de corpos administrativos, ou para ser eleito como tal, ou ainda para exercer o poder paternal, a tutela, curatela ou administração de bens.

BASE XII

1. Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes do crime é perdida em favor do Estado, se for possível apreendê-la; tratando-se de qualquer vantagem insusceptível de transferência directa, ficará o Estado com o direito de exigir, de quem a recebem ou se obrigou a pagá-la, o valor correspondente.

2. São ainda perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros, os instrumentos, objectos ou os produtos do crime não abrangidos pelo disposto na base XXII, bem como os objectos, direitos ou vantagens que, através do crime, hajam sido directamente adquiridos pelos agentes.

3. Se os instrumentos ou objectos já não estiverem em poder dos agentes, devem estes, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros, pagar ao Estado o valor correspondente.

4. No caso de alguém responder criminalmente por actuação em nome de outrem, e a recompensa pelo crime ou as vantagens dele provenientes aproveitarem a pessoa em nome de quem o facto criminoso foi praticado, estender-se-á a esta o disposto nos números anteriores para os agentes do crime.

5. É extensiva às obrigações patrimoniais referidas nesta base a possibilidade de pagamento diferido ou em prestações, prevista para a pena de multa.

BASE XIII

Se ao crime for aplicável pena privativa e pena não privativa da liberdade, deve o tribunal dar preferência à segunda sempre que seja suficiente para promover a recuperação social do delinquente e, ao mesmo tempo, satisfaça às exigências de prevenção e reprovação do facto praticado.

BASE XIV

As medidas de segurança são:

- a) O internamento do inimputável em estabelecimento para cura, tratamento ou segurança;
- b) O tratamento em regime de liberdade de inimputáveis perigosos;
- c) A interdição do profissões ou outras actividades;
- d) A expulsão dos estrangeiros;
- e) Apreensão.

BASE XV

1. Quando o facto ilícito descrito na lei penal for praticado por indivíduo declarado inimputável, será este mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude de anomalia psíquica de que sofra e da natureza e gravidade do crime cometido, houver o fundado receio de que venha a cometer outros crimes graves.

2. Quando o facto cometido pelo inimputável consistir em homicídio ou ofensas corporais graves, ou em outros actos de violência puníveis com pena superior a três anos, e existam razões para recear a prática de outros factos da mesma natureza ou gravidade, o internamento terá a duração mínima de três anos.

3. O primeiro internamento, porém, não pode exceder em mais de quatro anos o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado pelo inimputável, excepto se o perigo de novos crimes contra as pessoas for de tal modo grave que desaconselhe o risco de libertação do agente.

4. O internamento findará quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem.

BASE XVI

1. Decorridos os prazos mínimos fixados na lei, o internamento de delinquentes inimputáveis perigosos pode ser suspenso, a título de ensaio, para tratamento por um período mínimo de dois anos, desde que haja sérias razões para presumir que o internado já não oferece perigo da prática de novos crimes.

2. A decisão que conceda a libertação imporá ao libertado os deveres considerados necessários à prevenção da sua perigosidade e, em especial, o de se submeter a tratamentos e regimes de cura apropriados e se prestar a exame e observação nos lugares que forem indicados.

3. Os internados postos em liberdade a título de ensaio serão colocados sob a vigilância tutelar de assistentes sociais especializados.

4. Se a experiência confirmar a cessação da perigosidade criminal, o tribunal converterá em definitiva a libertação do internado; de contrário, será ordenado o seu internamento ou aplicada a medida que, nos termos da lei e em face da conduta ou da personalidade do agente, se mostre mais adequada.

BASE XVII

1. Quando o delinquente não for delarado inimputável, mas se mostrar que, por virtude da anomalia psíquica de que sofre, o regime dos estabelecimentos comuns lhe é prejudicial, ou que ele perturba seriamente esse regime, pode o tribunal ordenar o seu internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis, por tempo correspondente à duração da pena.

2. O internamento previsto no número anterior não prejudica a possibilidade de liberdade condicional, nem impede o reinternamento do delinquente em estabelecimentos comuns pelo tempo de privação de liberdade que lhe falte cumprir logo que cesse a causa determinante do internamento em estabelecimento especial.

3. Se da apreciação conjunta da personalidade do agente, do facto por ele praticado e do seu comportamento prisional o tribunal concluir que a anomalia psíquica do agente justifica o receio de que ele venha a cometer outros crimes graves, pode o internamento ser prorrogado por dois períodos sucessivos de três anos, além do tempo correspondente à pena em que foi condenado.

BASE XVIII

1. Se a anomalia psíquica, com efeitos previstos nas bases XV a XVII, sobrevier ao agente depois da prática do crime, o tribunal ordenará o seu internamento nos estabelecimentos destinados a inimputáveis.

2. Findo o internamento, será levado em conta na pena o tempo que ele tiver durado; mas, independentemente da duração do internamento, o tribunal pode conceder logo a liberdade condicional ao delinquente.

3. Se a anomalia psíquica sobrevinda ao agente o tor-

nar inimputável, mas não o converter num elemento criminalmente perigoso, nos termos da base XV, suspender-se-á a execução da pena até que cesse o estado de anomalia psíquica que deu causa à suspensão.

4. A decisão que ordenar a suspensão pode sujeitar o delinquente ao cumprimento dos deveres e à vigilância previstos nos n.ºs 2 e 3 da base XVI.

5. Cessando a causa da suspensão, pode o tribunal, em vez de ordenar a execução da pena que esteja por cumprir, conceder logo a liberdade condicional ou decretar a suspensão da pena.

6. As alterações do regime normal de execução da pena, fundadas no que dispõem os números anteriores, caducam logo que se mostre que a anomalia psíquica do agente foi simulada.

BASE XIX

1. Se for invocada a existência de causas justificativas da cessação do internamento ou do tratamento em liberdade, referidas nas base XV e seguintes, o tribunal pode a todo o tempo apreciar a questão.

2. A apreciação é obrigatória, independentemente de alegação, decorridos três anos sobre o início do internamento e dois anos sobre a decisão que o tenha mantido.

3. Fica ressalvado, em qualquer caso, o prazo mínimo de internamento fixado no n.º 2 da base XV.

4. A liberdade definitiva de qualquer internado nos estabelecimentos destinados a inimputáveis, ainda que não haja lugar à libertação a título de ensaio, será sempre precedida de um período de liberdade experimental não inferior a dois anos nem superior a cinco.

5. É aplicável à liberdade experimental prevista no número anterior o disposto nos n.ºs 2 e 3 da base XVI.

6. Se a experiência confirmar a cessação da perigosidade criminal, o tribunal converterá em definitiva a libertação do internado; de contrário, será ordenado o seu internamento ou aplicada a medida que, nos termos da lei e em face de conduta ou da personalidade do agente, se mostre mais adequada.

BASE XX

A expulsão de estrangeiros do território nacional ode também ter lugar em relação àqueles que devessem ser internados em estabelecimentos destinados a inimputáveis.

BASE XXI

1. Aquele que for condenado por crime cometido com grave violação dos deveres inerentes à profissão, mister, comércio ou indústria que exerce, ou dele for absolvido só por falta de imputabilidade, pode ser interdito do exercício daquela actividade por um período de um a cinco anos quando, em face da sua personalidade e do facto praticado, haja fundado receio de, através desse exercício, vir a praticar outros crimes que ponham em perigo, directa ou indirectamente, certas pessoas ou a colectividade.

2. O prazo da interdição conta-se a partir do trânsito em julgado da respectiva decisão, mas suspende-se durante o tempo em que o agente estiver a cumprir qualquer sanção criminal privativa de liberdade.

3. Se durante o período da interdição o delinquente exercer, directamente ou por interposta pessoa, a profissão, mister, comércio ou indústria, incorrerá em responsabilidade criminal.

4. Se não tiver havido condenação por falta de imputabilidade, o delinquente for sujeito ao regime de experimentação ou a pena tiver sido suspensa, a interdição pode também ser suspensa por um período de dois a cinco anos, mas nunca inferior ao do regime de experimentação ou de suspensão da pena. A suspensão da interdição pode ser acompanhada da imposição dos deveres que o tribunal julgue necessários.

5. Se for revogada a suspensão da pena ou o regime de experimentação, caducará a suspensão da interdição.

6. A suspensão será revogada, se a conduta do agente durante o período fixado ou o conhecimento posterior de outras circunstâncias aconselharem a revogação.

7. Não havendo lugar à revogação, a medida considerar-se-á extinta findo o prazo da suspensão.

BASE XXII

1. Serão apreendidos a favor do Estado os objectos que serviram ou estavam destinados a servir para a prática do crime, ou que por este foram produzidos, quando pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou quando haja risco sério de que sejam utilizados para o cometimento de novos crimes.

2. A apreensão dos objectos tem lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada.

3. Se a lei não fixar destino especial aos objectos apreendidos, nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos.

4. Se os objectos a que se referem os números anteriores não pertencerem, na data do crime, a nenhum dos agentes do facto criminoso ou seus beneficiários, ou já

não lhes pertencerem no momento em que a apreensão foi ordenada, será atribuída aos respectivos titulares uma indemnização igual ao valor dos objectos apreendidos, por cujo pagamento os agentes do crime respondem solidariamente. No caso de insolvabilidade destes, será devolvida ao Estado a responsabilidade pela indemnização.

5. Não há lugar à indemnização quando os titulares dos objectos tenham concorrido censuravelmente para a sua utilização ou produção, ou quando de modo igualmente reprovável os tenham adquirido, ou do crime hajam tirado vantagens, posto que dele não sejam agentes ou encobridores.

BASE XXIII

1. Não pode iniciar-se a execução de uma medida de segurança, decorridos três anos sobre a decisão que a decretou, sem que seja novamente apreciada pelo tribunal a situação que lhe deu causa, salvo se o delinquente esteve sujeito durante esse tempo a outra medida privativa de liberdade.

2. O tribunal pode confirmar, suspender, converter ou revogar a medida de segurança.

BASE XXIV

1. São aplicáveis aos menores de 16 a 21 anos as penas e medidas de segurança definidas nas bases anteriores, modificadas de harmonia com as necessidades da sua recuperação, conforme o que for estabelecido em legislação especial.

2. Podem ainda ser previstas em lei especial, relativamente aos menores referidos no número anterior, penas e medidas educativas autónomas ou providência de natureza puramente tutelar.



ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

**Profesor Agregado de Derecho Penal en la Facultad
de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.**



Inducción y auxilio al suicidio



Conferencia pronunciada en el Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela el día 18 de mayo de 1973.

INDUCCION Y AUXILIO AL SUICIDIO

El tema que voy a desarrollar en esta conferencia consta de dos partes. En la primera parte estudio el auxilio y la inducción al suicidio, y en la segunda, el homicidio-suicidio. La conferencia está construida, por consiguiente, sobre los dos incisos del artículo 409 CP, donde se castigan, por un lado, la participación en el suicidio, y, por otro, un homicidio caracterizado por el elemento de que la víctima está de acuerdo con que el autor le quite la vida.

La exposición que voy a realizar se limita estrictamente al Derecho Penal positivo de España. Prescindo, por consiguiente, de los múltiples e interesantes aspectos que ofrece el suicidio desde otras vertientes y que, entre nosotros, han sido brillantemente estudiados y explicados en una reciente monografía del profesor BARBERO SANTOS.

Pero antes de entrar en el estudio del artículo 409 quiero hacer una simple enumeración de esos problemas relacionados con el suicidio, que van a quedar al margen de esta exposición.

Figura entre ellos, en primer lugar, el tratamiento moral del suicidio; aunque desde ese punto de vista el suicidio aparece, en principio, como una conducta condenable, hay que llamar la atención —como ha hecho reciente-

mente BARBERO SANTOS— de que en una serie de casos límite, incluso desde los puntos de vista religioso y ético, el juicio de reprobación del acto suicida parece difícil de pronunciar.

Prescindimos también aquí del estudio de las causas sociológicas y psicológicas del suicidio. Porque el TS se ha ocupado en más de una ocasión de supuestos de doble suicidio amoroso en los que uno de los amantes (consciente o inconscientemente) no consiguió su propósito de poner fin a su vida, planteándose entonces la responsabilidad penal de ese superviviente, quiero hacer referencia aquí únicamente a la interpretación de esas conductas desde el punto de vista de la psicología profunda. Para la escuela psicoanalítica ortodoxa, el suicidio es un homicidio disfrazado. Lo que se desea es encontrar una vía de escape para descargar la agresividad contra una persona odiada; si la energía agresiva no puede encontrar, por los motivos que sea, una distensión en un tercero, se vuelve contra uno mismo; por ello, muchos de esos supuestos de doble suicidio en que el propósito inicial sólo se realiza respecto de una de las personas, sobreviviendo la otra, se explican, para los seguidores del psicoanálisis, porque la tensión agresiva ha quedado satisfecha ya al producirse la muerte de uno de los miembros de la pareja suicida.

No voy a ocuparme tampoco del suicidio en sus vertientes de Historia del Derecho ni de Derecho comparado. Sólo quiero indicar que, frente a aquellos ordenamientos jurídicos que consideran impunes tanto el suicidio intentado como la participación en el suicidio, figuran otros en los que se castiga la tentativa de suicidio. Según el profesor BARBERO, y una vez que en 1961 ha desaparecido de la lista de delitos en Inglaterra el suicidio intentado, parece que ahora esa conducta sólo es punible en Bolivia, en alguno de los Estados de Norteamérica y en la Unión India. Como veremos en seguida, la ley penal española ha adop-

tado una posición intermedia entre esas dos variantes extremas de posibilidades de punibilidad.

Finalmente, queda también fuera del marco de esta exposición el tratamiento jurídicopenal de la eutanasia. La eutanasia en sentido estricto supone la causación de la muerte de otra persona por un móvil piadoso. Pero como en el inciso 2 del artículo 409 sólo se requiere como elemento típico el consentimiento de la víctima, será posible encuadrar dentro de ese precepto casos de homicidio en los que el autor no actúa impulsado por motivo humanitario alguno. Mientras que habrá casos de eutanasia en los que el 409, 2, no podrá entrar en juego porque el autor no ha contado con el consentimiento de la víctima para matarla. De ahí que se haya dicho en la doctrina española que «eutanasia y homicidio-suicidio se comportan como dos círculos secantes».

Tras esta breve introducción, paso a ocuparme del tema desde el punto de vista del Derecho Penal vigente.

Como se ha dicho, en la doctrina española el CP no tipifica como delito el suicidio consumado, por obvias razones de practicidad. El legislador español no ha querido tampoco castigar ni el suicidio frustrado ni el intentado. Al faltar un hecho principal delictivo debería quedar impune asimismo, aplicando las reglas generales, la participación en el suicidio. Pero como el legislador español ha estimado dignas de represión penal esas conductas de contribución al hecho atípico: suicidio, ha tenido que acudir, para criminalizarlas, a la creación de un tipo especial en el Libro II; el artículo 409. En su inciso primero ese precepto dispone: «El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor.» El inciso segundo del 409 tipifica el llamado homicidio-suicidio u homicidio consentido: «Si el sujeto prestare auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con reclusión menor.»

La inducción al suicidio, como tal inducción, no presenta problemas específicos. Rigen, pues, las reglas generales. De ahí que para que exista inducción sea preciso que el sujeto despierte, en quien no tenía hasta entonces la intención de matarse, la decisión de poner voluntariamente fin a su vida. Si no se despierta esa decisión y el agente se limita únicamente a reforzar el propósito de quien ya está determinado a suicidarse, entonces estaremos, no ante una inducción, sino ante un auxilio moral al suicidio.

En una importante contribución aparecida en el homenaje al profesor SERRANO Y SERRANO, TORÍO se ha ocupado con una cierta extensión de la distinción entre inducción al suicidio y homicidio o asesinato en autoría mediata. Así, por ejemplo, queda excluida la inducción al suicidio y se responde por un homicidio o un asesinato cuando el que acaba con su propia vida es un niño o un enajenado mental o cuando actúa bajo error o miedo insuperable.

Dentro de esta conexión hay que mencionar también la conocida sentencia de 7 de julio de 1948 que niega la existencia de inducción al suicidio y castiga por robo con homicidio al delincuente que, después de robar a su víctima, la obliga a arrojarle por un precipicio de 80 metros, presionándole con una navaja.

Además de la inducción, en el primer inciso del artículo 409 se tipifica el auxilio al suicidio, en el que hay que incluir, como con razón mantiene la doctrina dominante, no sólo las conductas de participación del artículo 14, sino también los meros actos de complicidad del artículo 16.

El auxilio al suicidio puede consistir, en primer lugar, en un hacer; hacer que, a su vez, puede exteriorizarse bien en un auxilio material —entrega de la pistola o del tubo de barbitúricos al suicida—, bien en un auxilio mo-

ral —palabras de apoyo que refuerzan la actitud suicida ya tomada.

Y el auxilio puede consistir, también, y en segundo lugar, en un omitir. No es por casualidad que la doctrina haya dedicado especialísima atención al auxilio omisivo al suicidio. El que va a matarse no suele precisar de la cooperación activa de nadie: Para arrojar al tren, para abrir la llave del gas o para colgarse de un árbol se basta el suicida mismo. Por otra parte, la ayuda activa que a menudo precisa el autor en los delitos de homicidio, parricidio y asesinato, para vencer la resistencia que la víctima opone a que la maten, es totalmente superflua en el hecho suicidio, donde el sujeto pasivo —que es, al mismo tiempo, el activo— no sólo no opone resistencia, sino que precisamente desea y causa su propia muerte.

Por todo ello, en el suicidio la ayuda activa se presenta con menor frecuencia que en otros hechos que lesionan el bien jurídico: vida, mientras que en la realidad puede darse fácilmente un comportamiento consistente —no en un hacer cooperador que por lo general el suicida para nada necesita—, sino en la abstención de intervenir para evitar la muerte que un sujeto va a causarse a sí mismo. Cómo calificar estas conductas omisivas es tarea bastante problemática.

El TS se ha ocupado de comportamientos de auxilio o presunto auxilio al suicidio en los que aparecen elementos omisivos, por ejemplo, en las sentencias de 23 de junio de 1916 y de 8 de octubre de 1927. Pero como en ambas sentencias se trata del enjuiciamiento de conductas en las que, junto a la omisión de no impedir el suicidio, aparecen también comportamientos activos de auxilio moral que bastan ya para la subsunción en el 409, 1, el problema de la omisión de impedir el suicidio no se presenta aún en toda su trascendencia práctica.

En toda su trascendencia práctica aparece, en cambio,

cuando en el acontecimiento no existe ninguna conducta activa de auxilio moral: cuando el comportamiento consiste única y exclusivamente en omitir una intervención que habría evitado la muerte del suicida.

Si examinamos las distintas opiniones sobre la calificación de la omisión ante el suicidio, lo primero que hay que constatar es esto: que los criterios están absolutamente divididos. Por lo que alcanzo a ver, existen en la dogmática española las siguientes teorías:

Primera teoría: La no intervención para impedir un suicidio no es subsumible en ningún precepto del CP. Esta es la opinión de, por ejemplo, PACHECO, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN y de la ya mencionada sentencia del TS de 8 de octubre de 1927. De todas formas, estas opiniones fueron expresadas antes de la introducción del artículo 489 bis, que castiga la omisión del deber de socorro.

Con la entrada en vigor de ese precepto, un importante sector doctrinal estima aplicable el 489 bis, al que se abstiene de salvar al suicida. Dentro de este grupo hay que incluir, por ejemplo, a los profesores NAVARRETE, SAINZ CANTERO, DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, RODRÍGUEZ DEVESA y QUINTANO y al fiscal ALAMILLO, en la doctrina; y en la jurisprudencia, a la sentencia de 8 de noviembre de 1961, que es, por lo que alcanzo a ver, la última ocasión en la que el TS se ha ocupado del artículo 409.

Una ulterior tesis consiste en la introducción del criterio de la posición de garante. Si el que omite garantiza frente a la comunidad jurídica, la vida del suicida —así, el padre la vida del hijo—, entonces no hay ya una mera omisión del deber de socorro, sino un auxilio al suicidio en comisión por omisión. En este sentido se han declarado, por ejemplo, los profesores DEL ROSAL, COBO y

RODRÍGUEZ MOURULLO. Y la misma tesis parece apuntarse en la mencionada sentencia de 1961.

Expresamente rechaza la aplicación del 409, 1, aunque haya una posición de garante, el profesor RODRÍGUEZ DEVESA. ALAMILLO, por su parte, estima que el único precepto que puede entrar en juego en la omisión de impedir el suicidio es —tanto si existe posición de garante como si no— el 489 bis.

Los profesores FERRER SAMA, SÁNCHEZ TEJERINA y OLESA defienden una solución distinta. Según ellos, el artículo 409 desplaza siempre al 489 bis. Por ello, el que pudiendo no impide el suicidio de un tercero responde siempre, tanto si tiene como si no una posición de garante, por auxilio al suicidio.

Todavía es imaginable una última solución apenas debatida en nuestra doctrina. La de que si el omitente garante pertenece al círculo de sujetos activos del artículo 405 responda, cuando no impide el suicidio del pariente, no por omisión de socorro ni por auxilio al suicidio en comisión por omisión, sino por un delito de parricidio, o bien por un homicidio o asesinato en comisión por omisión si es garante, pero sin estar unido a la víctima por un vínculo de parentesco.

Lo que acabamos de exponer se puede resumir con una pregunta: El que, pudiendo hacerlo, no impide que otro se suicide, ¿es impune, o responde por un delito de omisión del deber de socorro, o por un auxilio al suicidio en comisión por omisión cuando tiene una posición de garante, o por ese mismo delito de auxilio al suicidio aunque no sea garante, o —caso de que sí sea garante— por un delito de parricidio, homicidio o asesinato en comisión por omisión?

Examinemos, en primer lugar, la tesis de los que afirman que la omisión de impedir el suicidio constituye siempre —haya o no posición de garante, suponga un

auxilio moral o material— un delito del artículo 409, inciso 1. Desde un punto de vista gramatical, QUINTANO tiene razón cuando afirma que la abstención de disuadir al suicida, que el presenciar sin intervenir cómo otro prepara y lleva a cabo su muerte voluntaria, sirve de estímulo a la voluntad del suicida para consumar su designio y constituye un auxilio moral directamente subsumible en el 409, 1. Desde un punto de vista gramatical, yo iría todavía más lejos: también a la omisión de impedir materialmente el suicidio puede aplicársele, sin necesidad de forzar el texto de la ley, el artículo 409: El que no corta la soga de la que pende el suicida que está a punto de morir ahorcado, el que no abre la ventana para que salga el gas de la habitación, está favoreciendo el suicidio en cuanto que no remueve un obstáculo que habría salvado la vida del suicida. No obstante, si acudimos a consideraciones distintas de las de orden literal, parece que habrá que excluir del 409 esas conductas por más que gramaticalmente sea posible la subsunción en el tipo.

Si las conductas referidas son, desde un punto de vista literal, auténticos auxilios al suicidio, también —y por los mismos motivos— son auténticos auxilios al asesinato la conducta de quien no trata de disuadir al asesino de que cometa su crimen, la de quien no le sustrae el veneno con el que va a matar a su víctima o la de quien no avisa a la Policía para impedir la ejecución de la muerte premeditada, de lo que ha tenido noticia de que iba a cometerse. En todos estos supuestos, al no disuadir, al no privar al autor del instrumento de su crimen, al no poner un obstáculo a la ejecución del delito, se está favoreciendo el asesinato. Pero aunque desde un punto de vista literal estas conductas cumplan los presupuestos del artículo 406 en relación con los artículos 14, 3, ó 16, no obstante el precepto aplicable a esas

omisiones es, por el decisivo argumento de que si no el artículo 338 bis no tendría ninguna posibilidad de aplicación, precisamente ese mismo artículo 338 bis, donde, entre otras cosas, se castiga con la pena de arresto mayor o multa o con ambas penas al que pudiendo, con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir un delito contra la vida se abstuviere voluntariamente de hacerlo. De ahí se sigue: Si lo que desde un punto de vista gramatical es auxilio al hecho principal: asesinato —delito castigado con la pena de reclusión mayor o muerte— sólo se pune, en base al tipo de la omisión del deber de impedir determinados delitos del artículo 338 bis, con arresto o multa o con ambas penas, entonces es imposible que las mismas omisiones referidas a un hecho principal que ni siquiera es delito —al suicidio— se castiguen, en base al 409, con la pena de prisión mayor. Con ello queda rechazada la tesis de que la mera omisión de impedir la muerte voluntaria de otro constituya un delito de auxilio al suicidio.

Una vez descartada esa solución vamos a adherirnos ahora a una de las opiniones defendidas en la doctrina española estableciendo, así, una primera tesis positiva: Con la doctrina dominante en nuestra ciencia hay que mantener que la no evitación del suicidio constituye —por lo menos— un delito de omisión del deber de socorro; pues, como acertadamente se ha dicho, el bien jurídico protegido por el 489 bis (la solidaridad humana) se lesiona también aunque el sujeto en peligro trate de poner fin voluntariamente a su vida; expresándolo con palabras de un monografista español de la omisión de socorro: «Es la condición humana la fundamentadora del deber de socorrer y esa condición humana es irrenunciable.» Con esto, y al mismo tiempo, queda rechazada la opinión de que la no evitación del suicidio es impune; opinión que de todas formas, y como ya he

señalado, sólo ha sido defendida en la dogmática española antes de la introducción del 489 bis.

Sabemos ya, por consiguiente, una cosa: quien no impide el suicidio de otro responde, por lo menos, de un delito de omisión del deber de socorro. La cuestión que ahora se plantea es la de determinar si no existen omisiones que, por sus características especiales, han de ser extraídas del régimen general del 489 bis para ser incluidas en el 409. Estimo que es eso efectivamente lo que sucede.

Pero cuando ello es así y por qué ello es así no es tarea fácil de resolver. Para pasar a la discusión del problema —y porque no es éste lugar ni momento de entrar ni en su estudio ni en su crítica— doy por válida, en principio, la teoría general de la comisión por omisión; parto, por consiguiente, de que una omisión equivale a una acción cuando el sujeto tiene una posición de garante, derivada en lo fundamental— de ley o contrato, que le hace responder ante la comunidad por el bien jurídico lesionado. De acuerdo con ello, y como es sabido, el padre que deja morir a su hijo o el lazarillo que no evita que el ciego que tiene a su cuidado se despeñe —ignorando el peligro que corre— por un precipicio responden por parricidio, homicidio o asesinato, y no por una omisión del deber de socorro, delito éste cuyo campo de aplicación queda reservado únicamente a cualquier otro omitente que no está vinculado con la víctima por ninguna relación especial de garante.

Parece, por consiguiente, que de acuerdo con la teoría de la posición de garante habría que argumentar —y así se ha argumentado de hecho en la doctrina científica española— de la siguiente manera: El auxilio al suicidio se comete por acción cuando existe una ayuda positiva al hecho; y se responde de un auxilio en comisión por omisión —y no por una mera omisión del deber de so-

corro— cuando el que no impide el suicidio está vinculado con la víctima por una relación de garante; por ejemplo: cuando el marido no evita el suicidio de la esposa.

Pero que ello sea de esta manera no es algo tan completamente seguro. Pues para la doctrina dominante lo decisivo es la posición de garante, sin importarle para nada si lo que ha puesto en peligro el bien jurídico ha sido la intervención de un tercero o un accidente. Expresándolo con ejemplos: Según la doctrina general de la comisión por omisión, lo mismo responde por parricidio el padre que deja que su hijo pequeño se ahogue en el río o en la bañera que el que no hace trasladar a la clínica al descendiente que ha sido herido por los disparos de un homicida cuando todavía se estaba a tiempo para salvarle la vida. Por consiguiente, si de acuerdo con la dogmática dominante de la omisión responde por parricidio el marido que, pudiendo salvarla, permite que se desangre la esposa herida por las balas de un asesino, parece que también debe responder por el mismo delito de parricidio el hombre que, a pesar de poder salvarla la vida no hace nada para curar las heridas que su esposa suicida se ha causado con una pistola.

Lo dicho parece llevar a una solución sorprendente: El 409, 1, no se puede ejecutar en comisión por omisión. La disyuntiva, más bien, parece ser ésta: Cuando no se evita un suicidio, o hay omisión del deber de socorro si no existe posición de garante, o hay un parricidio (el marido no evita el suicidio de la esposa) o un homicidio o asesinato (el encargado no hace nada para evitar la muerte voluntaria del sujeto depresivo cuya custodia se le ha encomendado) si esta posición de garante concurre. Una ulterior posibilidad podría entrar en juego en estos casos de posición de garante: Aplicar el inciso 2 del artículo 409, donde se castiga con reclusión menor al que

presta el auxilio al suicidio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, entendiendo que este homicidio-suicidio u homicidio consentido se ha realizado en comisión por omisión. Pero sea así o de la otra manera, apliquemos en comisión por omisión el 405, el 406, el 407 o el inciso 2 del 409, una cosa parece clara: No es el auxilio al suicidio sino un tipo más grave el que hay que aplicar al omitente que, teniendo una posición de garante, no evita el suicidio.

Y, sin embargo, por muy claro que ello parezca en principio, creo que la solución contraria no puede todavía descartarse: creo que no puede descartarse la solución de que el garante que no impide la muerte voluntaria responde únicamente por auxilio al suicidio.

A favor de esta solución hablan varios argumentos. Como es sabido, la doctrina de la comisión por omisión gira en torno al criterio de la equivalencia: Determinar cuándo es subsumible en un tipo penal —que por lo general está primariamente recortado para un hecho positivo— una omisión, determinar, pues, cuándo una omisión equivale, es equiparable a una acción. Es ya casi un axioma penal que esa equivalencia, que esa equiparación con la acción se da cuando el que omite tiene una posición de garante. No obstante, la doctrina reconoce que existen tipos en los cuales —aun cuando haya posición de garante— la omisión nunca podrá equivaler a la acción, porque es inimaginable que los elementos de reproche que concurren en el comportamiento activo puedan reproducirse en el omisivo; una situación así se da, por ejemplo, en los delitos de propia mano en los cuales el núcleo del juicio de desvalor penal consiste precisamente en la realización de una determinada actividad; así, en el incesto lo fundamental no es la mera lesión de un bien jurídico, sino que esa lesión se realice mediante la actividad del yacimiento con la hija o la hermana.

Por ello, porque en la omisión no puede concurrir nunca ese elemento desvalorativo que se da en la realización de la actividad: yacer; en el incesto no es posible la comisión por omisión. De ahí que si el padre de la muchacha no impide que el hermano yazca con ella, el omitente, por mucha posición de garante que tenga, no podrá responder nunca por un incesto en comisión por omisión, sino sólo por una cooperación o complicidad al incesto. Lo que interesa retener de este ejemplo es que la doctrina de la posición de garante no puede aplicarse mecánicamente: Aunque haya omisión y aunque el no interviente garantice frente a la comunidad la integridad del bien jurídico lesionado, siempre habrá que examinar además si, en referencia a ese tipo concreto, y a pesar de ello, no existe un obstáculo —como el que existe en los delitos de propia mano— que excluye la autoría en comisión por omisión.

Pienso que si la víctima se suicida se da precisamente uno de esos obstáculos que impide la aplicación de los artículos 405 y siguientes en comisión por omisión. Una de las características del parricidio, asesinato y homicidio por acción reside, precisamente, en que se priva de la vida a la víctima en contra de su voluntad. Pues, como tendremos ocasión de examinar al estudiar el homicidio consentido, si al sujeto pasivo se le mata con su consentimiento, el tipo aplicable es —aunque la víctima sea el hijo o aunque se utilice el veneno— no el de parricidio o asesinato, sino el del homicidio-suicidio del 409, 2. De este principio —que de momento aceptamos axiomáticamente y cuya fundamentación trataré de exponer dentro de unos minutos— se sigue: Si el homicidio, asesinato y parricidio por acción tienen como importante elemento desvalorativo que la muerte se produzca contra la voluntad de la víctima, entonces, por mucha posición de garante que tenga el que se abstiene de intervenir, la

omisión de impedir el suicidio —de evitar, pues, una muerte voluntaria— no podrá nunca equivaler, no podrá nunca ser equiparable a las acciones parricida, homicida o asesina, caracterizadas, entre otras cosas, porque se mata a alguien que quiere seguir viviendo. Excluida la aplicación de los artículos 405, 406 y 407, la única duda que puede surgir es la de si al garante que omite impedir el suicidio se le debe aplicar el inciso 2 (homicidio consentido) o el inciso 1 (auxilio al suicidio) del 409 en comisión por omisión. Lo dicho nos obliga a ocuparnos ya de un aspecto del 409, 2, adelantando así un problema exegético de este tipo que constituye la segunda parte de nuestra conferencia y que muy pronto vamos a pasar a enumerar. Por algunos autores españoles se ha dicho que en el homicidio consentido no cabe la comisión por omisión, dado que en el artículo 409, 2, la ley utiliza la palabra «ejecutar» y que ese vocablo sólo abarca conductas activas. Este argumento se ve reforzado por otro razonamiento, sobre el que se ha llamado también la atención en la doctrina española, del que deriva la misma consecuencia. En el 409, 2 —como en cualquier otro tipo concreto del CP—, no basta la aplicación mecánica del principio omisión + posición de garante = acción, sino que hay que examinar, además, si existe algún obstáculo que imposibilite la equiparación de la omisión del garante a la acción. Este obstáculo existe también, en efecto, en el homicidio consentido y es por ello por lo que también en este tipo queda excluida la comisión por omisión. Pues lo que caracteriza precisamente a la forma activa del 409, 2, es que la víctima no se mata a sí misma, sino que se deja matar, que no es el mismo sujeto pasivo sino un tercero el que acaba con la vida del que voluntariamente desea morir; con otras palabras: Dentro del campo de la acción, por mucho que ayudemos, que facilitemos y que cooperemos, si en última instancia es la mis-

ma víctima la que se mata entra en juego el 409, 1 (con su pena de prisión mayor), y no el 409, 2 (con su pena de reclusión menor). Por ello, si es la propia víctima la que se suicida y nosotros no lo impedimos, a pesar de nuestra omisión y a pesar de nuestra posición de garante, esa inactividad no podrá nunca equivaler, no podrá nunca equipararse a la forma activa del 409, 2, caracterizada precisamente porque la víctima no se suicida; es decir: como un elemento del 409, 2, es la ausencia de suicidio en sentido estricto no puede nunca equipararse a la acción típica de ese inciso una omisión caracterizada por la presencia de un suicidio en sentido estricto que no se impide. Y es que sería una verdadera paradoja: que si el garante hace lo más grave (pues la acción es más grave que la omisión y la equiparación entre una y otra no deja de tener siempre un carácter ficticio), esto es: que si el garante obra positivamente y le da al suicida la pistola, con la que éste se dispara el tiro en la sien, respondiese por auxilio al suicidio con prisión mayor, mientras que si el garante hace lo menos grave (no llega hasta el extremo de procurarle la pistola y sólo se limita a no impedir que la use para privarse de la vida) respondiese por el 409, 2, en comisión por omisión con una pena más grave: la de reclusión menor.

Todavía podría acudirse a otra clase de argumentos para reforzar la solución propuesta; solución que, por otra parte, no tiene nada de revolucionaria en sus resultados y que puede resumirse así: Cuando no hay posición de garante, la omisión de impedir el suicidio de otro constituye siempre un delito de omisión del deber de socorro y nunca un delito del 409, 1; si hay posición de garante ha de aplicarse —sin excepción— el 409, 1, y nunca el 409, 2, ni mucho menos aún el 405, 406 ó 407.

Dentro del estudio del inciso primero del artículo 409 hay que referirse, finalmente, a qué es lo que se ha de

entender por suicidio en el sentido de ese inciso. Y lo que se ha de entender difiere del concepto moral y religioso del suicidio, ya que, en determinadas circunstancias, pero no siempre, aunque el suicida se arrepienta, si no logra detener la cadena causal que él mismo ha puesto en marcha y su muerte se produce de un modo que no difiere esencialmente del que en un principio imaginó, estaremos —a pesar del arrepentimiento— ante un suicidio en el sentido del artículo 409, 1. Por ello, porque jurídicopenalmente existe suicidio, hay que calificar de delito consumado de inducción al suicidio y no de inducción a suicidio frustrado la conducta de quien despierta en otro la decisión de matarse voluntariamente, aunque en el último momento el suicida se arrepienta, pero sin conseguir detener ya el proceso causal que él mismo inició: Ese arrepentimiento puede tener consecuencias éticas; pero a efectos del artículo 409, 1, en tales casos hay que seguir hablando de la existencia de un suicidio. Un examen más detenido de este problema, y que no es posible llevar a cabo aquí, nos habría dado ocasión de ocuparnos, de nuevo, de otro interesante aspecto de la ya varias veces mencionada sentencia del TS de 8 de noviembre de 1961.

Tras este estudio del inciso primero del artículo 409, en el que nos hemos ocupado de la inducción al suicidio y de sus límites, del auxilio activo, de la calificación de la omisión ante el suicidio y del concepto de suicidio que la Ley emplea en ese inciso, paso a estudiar a continuación los dos principales problemas dogmáticos del artículo 409, 2, en donde se tipifica el llamado homicidio-suicidio, esto es: la conducta del que ejecuta la muerte del sujeto pasivo contando con la aprobación de éste.

Prescindiendo del problema, examinado ya a pesar de pertenecer a esta segunda parte de la conferencia, de si es posible o no la comisión por omisión del homicidio-

suicidio, una primera cuestión que preocupa a la doctrina es la siguiente: Si se mata a otro con su consentimiento y la víctima pertenece al círculo de sujetos pasivos del parricidio o concurre en la muerte una de las circunstancias cualificativas del asesinato, ¿qué tipo es el aplicable: el de parricidio o el de asesinato o bien el de homicidio consentido? Con la doctrina dominante en España hemos mantenido que el 409, 2, desplaza a los artículos 405 y siguientes, derivando de ahí importantes consecuencias para la interpretación de la inducción y el auxilio al suicidio.

Lo que no está suficientemente esclarecido en nuestra dogmática es el fundamento de por qué el 409, 2, desplaza a los restantes delitos contra la vida.

Desde GROIZARD, la inmensa mayoría de los autores españoles justifica ese desplazamiento argumentando que la relación entre el 409, 2, por una parte, y el 405 y 406, por otra, es una relación de especialidad. Pero si lo que caracteriza a la ley especial en referencia a la general es que son, en palabras del profesor ANTÓN, «dos círculos concéntricos», es que «el contenido de la especial, de radio menor, reúne a las notas propias de la general otras re restrictivas del concepto», entonces no parece que pueda hablarse de una especialidad del homicidio-suicidio frente al parricidio o al asesinato; pues la nota general de matar a un pariente del 405 o de matar concurriendo alguna de las circunstancias del asesinato del 406 no tiene por qué darse necesariamente en el homicidio consentido: Es perfectamente imaginable un homicidio consentido de una persona que no pertenezca al círculo de sujetos pasivos del 405 y en el que tampoco concorra ninguna de las circunstancias del 406. Con otras palabras: El 409, 2, no es ni una modalidad específica del parricidio ni una forma especial del asesinato; ni siquiera del alevoso. La opinión de QUINTANO de que todo

homicidio consentido era alevoso fue convincentemente rechazada en la doctrina y abandonada posteriormente por el mismo QUINTANO de manera expresa.

Prescindiendo de la tesis de la relación de especialidad, en la doctrina española se ha acudido también, para justificar la prevalencia del 409, 2, a otra solución consistente en fundamentar el desplazamiento del parricidio y el asesinato por el homicidio consentido sobre la base de una relación de subsidiariedad. Pero si la subsidiariedad se caracteriza porque la realización del tipo principal hace nulo el desvalor del tipo subsidiario —así, por ejemplo, es nulo el desvalor de la complicidad si el sujeto es ya, además, inductor— entonces no se puede decir que la realización del 409, 2 —supuesto tipo principal— convierta en irrelevante, haga innecesario someter a un ulterior juicio de desvalor el comportamiento del sujeto que no se limita a matar a un tercero a petición suya, sino que, además, lo hace por precio.

A la vista de los inconvenientes de las tesis de la especialidad y de la subsidiariedad no puede sorprender que un autor español —el profesor FERRER SAMA— haya propuesto solucionar el problema acudiendo al artículo 68: Si el homicidio consentido del pariente o concurriendo alguna de las circunstancias del 406 es subsumible tanto en el 409, 2, como en el 405 o en el 406, entonces, dice FERRER, habrá que castigar, de acuerdo con el artículo 68, por aquel delito que impone la pena más grave, esto es: habrá que castigar por parricidio o asesinato.

Examinemos el problema de la mano de un ejemplo concreto: A, con el consentimiento del enfermo incurable B, mata a éste, recibiendo, además, una cantidad en metálico de los herederos de la víctima por realizar el delito. Con su comportamiento, A está cumpliendo, por consiguiente, tanto el tipo del 406, 2, como el del 409, 2.

En mi opinión, la norma aplicable es el 409, 2; y lo es, en efecto y como estima la doctrina dominante, en virtud de una relación de especialidad cuya fundamentación es la siguiente: En este supuesto nos encontramos con los siguientes tres elementos a los que el CP ha concedido relevancia: Primero, con el elemento de «matar a otro», que es el elemento básico de los capítulos primero y segundo del título VIII; segundo, con el elemento del precio, al que el CP ha dado relevancia, como factor de agravación, en el 406, 2, y, tercero, con la circunstancia del consentimiento del sujeto pasivo, relevante también jurídicopenalmente por constituir un elemento del tipo en el 409, 2. Para la solución que vamos a dar es indiferente que, históricamente, el legislador haya querido o no atribuir al consentimiento del fallecido un signo de privilegio. Probablemente, tenía razón mi maestro QUINTANO cuando pensaba que la intención del legislador al crear el 409, 2, era precisamente la de negar todo valor al consentimiento de la víctima, la de poner de manifiesto que el homicidio se castigaba igual —con reclusión menor— tanto si la víctima estaba de acuerdo como si se oponía a su muerte. Pero cuál fuese la intención del legislador no importa ahora demasiado; lo que importa es que el elemento del consentimiento del fallecido ha sido elevado a elemento típico y que, por ello, entre el simple homicidio del 407 y el homicidio consentido del artículo 409, 2, existe una auténtica relación de especialidad que hace que éste desplace a aquél.

¿Cómo conseguir que no se nos escape de la calificación de nuestro ejemplo ninguno de esos tres factores: muerte, precio y consentimiento, a los que el legislador ha concedido —por los motivos que sea— relevancia de elemento típico? Si en el ejemplo de muerte consentida con precio con el que estamos operando aplicamos el asesinato del 406, 2, se nos escapa el factor consentimiento

de la víctima, que sólo es posible tenerlo en cuenta si enjuiciamos en base al 409, 2. La única manera de abarcar en la calificación jurídica esos tres elementos relevantes para el CP es la de hacer entrar en juego el 409, 2, y la agravante genérica de precio del artículo 10, circ. segunda. Pues como el consentimiento no figura entre las circunstancias genéricas, si prescindimos del tipo del homicidio-suicidio ya no hay manera alguna de tener en cuenta ese factor en el enjuiciamiento del hecho.

Cierto, por consiguiente, que entre el 406, 2, y el 409, 2, no hay relación de especialidad. Pero sí que la hay entre, por una parte, el 406, 2 (ley general), y, por otra el 409, 2 + la agravante de precio (ley especial).

De lo expuesto deriva una importante conclusión que excede de los límites del concurso de leyes por especialidad en referencia al 409, 2. Las circunstancias genéricas del CP español, añadidas a los tipos del Libro II, crean nuevos supuestos de hecho con elementos específicos que son decisivos para establecer relaciones de especialidad. Extraigamos de ahí sólo una de las posibles consecuencias. En el infanticidio con ensañamiento no puede prevalecer el tipo del asesinato del 406, 5. Pues si lo aplicásemos no habría forma de abarcar —por no figurar entre las circunstancias genéricas— el factor al que el CP ha concedido relevancia en el infanticidio, de ser el sujeto pasivo un recién nacido; mientras que si calificamos por el 410 con la agravante de ensañamiento no se nos escapa ninguno de los elementos a los que la ley penal —en el Libro I o en el Libro II— ha atribuido relevancia penal.

Resumiendo: La peculiaridad de la ley española de las circunstancias genéricas, mediante la adición de dichas circunstancias a los hechos criminalizados en el Libro II, hace posible crear nuevos tipos específicos, que son los que han de ser tenidos en cuenta para decidir los pro-

blemas de concursos de leyes. Según esto, el 409, 2, con la adición de, por ejemplo, la agravante de precio prevalece frente al escueto 406, 2, por existir una auténtica relación de especialidad; de nuevo, pues, y en los resultados, volvemos a estar de acuerdo con la tesis dominante en España de que el 409, 2, prevalece frente al parricidio y al asesinato.

Junto a la relación de especialidad entre el 409, 2, y el parricidio o asesinato, el problema más interesante que plantea el homicidio consentido es el de distinguir en algunos casos límite dónde está la frontera entre el auxilio al suicidio y el homicidio suicidio.

En los resultados no existe discrepancia en la dogmática; por ello, apenas vamos a detenernos en su discusión. Siguiendo a CARRARA, los profesores JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN estiman que si el tercero abre la llave de gas de la estancia, existe auxilio al suicidio, pues el que murió permaneció por su propia decisión en la atmósfera venenosa. Lo mismo sucede cuando el sujeto proporciona el veneno al suicida si éste lo toma por sí mismo. Hay homicidio consentido, en cambio, cuando se le inyecta el veneno a la víctima o cuando le dispara el tiro mortal. A análogos resultados llega la doctrina alemana, argumentando con la teoría del dominio del hecho, en la distinción entre homicidio a petición de la víctima y auxilio al suicidio; distinción que en Derecho alemán tiene aún mayor importancia, ya que en ese ordenamiento la cooperación al suicidio es impune. En el supuesto de abrir la llave de gas el que tiene el dominio del hecho es el suicida, pues éste tiene la posibilidad —volviendo a cerrar el gas o abriendo la ventana— de salvar su vida; por ello, ahí existe sólo auxilio al suicidio. Mientras que si se le dispara un tiro al que quiere morir el dominio del hecho pasa de la víctima al que oprimió el gatillo y estamos ante un homicidio consentido.

El fundamento material de por qué el que entrega el arma al suicida sólo realiza un auxilio al suicidio —impune en Alemania— y por qué el que dispara contra él responde de homicidio a petición de la víctima ha sido expresado con palabras muy exactas por un autor alemán: «Muchos se han puesto la pistola en la sién, pero pocos han tenido el valor de apretar el gatillo. El que supera por sí mismo esta última decisión tiene que responder por su propia muerte.» Esto es, ha realizado un suicidio y, por ello, queda excluido el tipo del homicidio a petición de la víctima que tiene, como elemento negativo, la no existencia de suicidio en sentido estricto.

Para finalizar, unas brevísimas consideraciones sobre el delito intentado y la participación. Como el 409, 1, sólo habla de prestar auxilio o inducir a otro para que se suicide, sin aludir para nada a la producción de un resultado, se ha mantenido en la doctrina española —y desde un punto de vista literal esta interpretación es defendible— que se responde por delito consumado aunque el suicidio no haya llegado a producirse. A esta tesis se ha opuesto el profesor TORÍO con tres clases de argumentos, recogidos en la parte especial de los profesores DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, y que demuestran convincentemente que para que haya inducción o auxilio consumados es preciso que se haya producido la muerte del suicida. Si se acepta, además, la teoría de Torío de que el suicidio es una condición objetiva de punibilidad, entonces serán impunes la inducción y el auxilio frustrados al suicidio. En cambio, si esa teoría se rechaza será punible, en principio, la frustración y la tentativa del artículo 409, 1. Pero incluso en esta última hipótesis habrá que establecer algunas limitaciones. Pues, como ha puesto también de relieve Torío, en la inducción y en la cooperación necesaria al suicidio la ley quiere establecer un privilegio frente a la inducción y la cooperación ne-

cesaria al homicidio; mientras que la complicidad al suicidio queda equiparada en penalidad a la complicidad al homicidio. Estos principios deberán ser tenidos en cuenta para el tratamiento de la tentativa y de la frustración del 409, 1. Una consecuencia que deriva de ahí es, por ejemplo, que aun rechazando que el suicidio sea una condición objetiva de punibilidad, en ningún caso podrá ser castigada la complicidad frustrada al suicidio, dado que —según mantiene, con razón, la teoría dominante— en el homicidio la conducta equivalente de complicidad frustrada es impune.

De acuerdo nuevamente con este principio rector interpretativo del 409, 1, del privilegio frente al homicidio, habrá que decidir asimismo el problema de si es punible o no la participación en la inducción y el auxilio al suicidio. La solución dependerá de la actitud que se adopte ante la punición o impunidad de la participación en cadena en el homicidio.



AGUSTIN JORGE BARREIRO

**Profesor Adjunto de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Madrid.**



**Consideraciones en torno a la nueva
defensa social y su relevancia en
la doctrina y reforma penal alemana**



Trabajo realizado para el curso monográfico sobre «La nueva defensa social», dirigido por el profesor doctor A. FERNÁNDEZ ALBOR, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela en el curso académico 1972-73.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NUEVA DEFENSA SOCIAL
Y SU RELEVANCIA EN LA DOCTRINA Y REFORMA PENAL
ALEMANA.

1. DETERMINACIONES PREVIAS.
2. LA NUEVA DEFENSA SOCIAL EN LA DOCTRINA PENAL ALEMANA.
3. LA REFORMA PENAL ALEMANA (AE) Y SUS PUNTOS DE CONEXION CON LA DOCTRINA DE LA NUEVA DEFENSA SOCIAL.
 - a) **Sentido y función de la culpabilidad.**
 - b) **Sistema de lucha contra el delito: penas y medidas de seguridad.**
 - c) **La ejecución de la pena: predominio de la idea de prevención especial.**
 - d) **Las penas cortas privativas de libertad y las medidas de asistencia social.**
4. LA VALORACION CRITICA ACERCA DE LA NUEVA DEFENSA SOCIAL Y DE SU POSIBLE RELEVANCIA EN LA DOCTRINA Y REFORMA PENAL ALEMANA.
 - a) **Crítica de la Nueva Defensa Social.**
 - b) **Consideraciones críticas en torno a la relevancia del movimiento de la Nueva Defensa Social en la doctrina alemana y en el AE.**



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA «NUEVA DEFENSA SOCIAL» Y SU RELEVANCIA EN LA DOCTRINA Y REFORMA PENAL ALEMANA

1. DETERMINACIONES PREVIAS

El movimiento de «Defensa Social» se presenta en la historia del Derecho Penal como un fenómeno moderno que pertenece a nuestro siglo. Su origen directo se remonta a la revolución positivista de los últimos años del siglo XIX (1). Pero las ideas de defensa social tienen sus orígenes remotos en tiempos muy lejanos. Así, ya en PLATÓN se aprecia la idea de la protección de la sociedad contra el delincuente peligroso (2).

El nacimiento del movimiento de «Defensa Social» tiene lugar a finales del siglo XIX y primeros del siglo XX tras la rebelión positivista. Pero la «Defensa Social» no es una doctrina del positivismo sino la consecuencia indirecta, y en cierto modo de segundo grado, de la doctrina positivista (3).

En estos comienzos de la «Defensa Social» debemos

(1) Vid. ANCEL, M.: *La Défense Sociale Nouvelle. (Un mouvement de Politique criminelle humaniste.)*, 2.^a edic., París, 1971, pág. 41.

(2) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 43.

(3) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 87.

tener en cuenta las aportaciones realizadas por V. LISZT, al poner en primer plano las exigencias y la propia noción de una política criminal orientada hacia la lucha contra la delincuencia (4). Pero no fue LISZT quien formuló la primera doctrina de la «Defensa Social», ya que es preciso tener en cuenta que el profesor de Berlín se mantuvo demasiado hondamente jurista para llegar a plantear una teoría de Defensa Social que no podía existir sino enfrente, o al margen, del Derecho Penal propiamente dicho, y hasta en cierta medida en oposición con éste (5).

Dentro de los antecedentes más o menos próximos de la «Defensa Social» debe situarse a la figura y la obra del español DORADO MONTERO (6), quien más que un precursor, como lo consideró CUELLO CALÓN (7), significó un antecedente de aquélla, encontrándose claramente emparentada su doctrina protectora de los criminales con los postulados defensistas (8).

No fue LISZT, ni DORADO, ni V. HAMEL, sino ADOLFO PRINS quien puede considerarse como el primer propagandista y padre de la doctrina de la «Defensa So-

(4) Cfr. LISZT, Fr. v.: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en «ZStW», Bd. 3, 1883, págs. 1 y sigs.; y SCHMIDT, E.: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a edición, Göttingen, 1965, págs. 357 y sigs.

(5) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 91; y REBHAN, A.: *Franz von Liszt und die moderne défense sociale* (Kriminologische Schriftenreihe, Bd. 8), Hamburg, 1963, pág. 80.

(6) Vid. MENEU, P.: *Les Thèmes de Défense sociale dans l'oeuvre de Dorado Montero*, en «Rev. int. déf. soc.», 1953, páginas 184-90; ANTÓN ONECA, J.: *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951, págs. 83 y 84; cfr. del mismo: *Las teorías penales italianas de la posguerra*, en «ADP y CP», 1967, nota 27, pág. 27.

(7) Vid. CUELLO CALÓN, E.: *La Moderna Penología*, I, Barcelona, 1958, pág. 28.

(8) Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Las teorías penales italianas en la posguerra*, cit., pág. 28.

cial» (9). La formulación de ésta se recoge en su obra de 1910 titulada *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. En este libro se exponen los puntos fundamentales del movimiento defensorista, que podemos resumir en los postulados siguientes:

1. El principio de defensa social es el punto básico de la doctrina. El fin perseguido será el de salvaguardar, mediante las medidas adecuadas, al patrimonio de seguridad y moralidad social (10).

2. La noción de estado peligroso ha de figurar en un primer plano (11). Se admite la posibilidad de existencia del estado peligroso sin delincuente, y por tanto se reconoce el derecho de intervención del Estado en donde todavía no hay delito (12).

3. La tarea fundamental del Estado será, en el futuro, la de conciliar el *maximum* posible de seguridad social con el mínimo posible de sufrimiento individual (13).

4. La lucha contra el delito se realizará a través de medidas de defensa, basadas en el juicio de peligrosidad, que serán completadas por medio de una acción preventiva de carácter social (14).

Dentro del actual movimiento doctrinal de la «Defensa Social» se pueden distinguir, de acuerdo con la clasificación formulada por REBHAN (15), tres diferentes direcciones: a) La dirección de Génova o extrema, cuyo principal representante es FILIPPO GRAMATICA (16); b) La

(9) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 92; y REBHAN, A.: *Franz von Liszt...*, cit., pág. 41.

(10) Vid. PRINS, A.: *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruselas-Leipzig, 1910, pág. 44.

(11) Vid. PRINS, A.: *Op. cit.*, pág. 74.

(12) Vid. PRINS, A.: *Op. cit.*, pág. 141.

(13) Vid. PRINS, A.: *Op. cit.*, pág. 40.

(14) Vid. PRINS, A.: *Op. cit.*, págs. 157 y sigs.

(15) Vid. REBHAN, A.: *Franz von Liszt und...*, cit., páginas 56 y 57.

(16) La doctrina de Gramática está recogida, fundamentalmente, en su obra *Principio di difesa sociale*, Padova, 1966. El

dirección de París o moderada, en la que se incluyen a MARC ANCEL y a LEVASSEUR, y c) La dirección conservadora, ampliada en exceso por REBHAN, en la que al lado de NUVOLONE y GUARNERI se incluyen otros nombres como los de JESCHECK y FREY, los cuales —teniendo en cuenta sus posiciones doctrinales (17)— no pueden ser considerados defensores ni siquiera a título de conservadores. Como señala RODRÍGUEZ MOURULLO (18), acer-

representante de la dirección genovesa pretende sustituir el Derecho Penal por un sistema de defensa social basado en el criterio de antisociabilidad subjetiva y realizado a través de medidas de defensa social. Vid. del mismo autor: *La Defensa social como ciencia autónoma*, en «Rev. int. def. soc.», 1957, páginas 1-11; *Le problème de la responsabilité et le systema de défense sociale*, en «Rev. int. def. soc.», 1956, págs. 117-37; *Tre punti di Difesa Sociale (Trois points de Défense Sociale)*, en «Rev. int. def. soc.», 1949, págs. 61-101; *Pericolosità e anti-socialità*, en «Rev. int. def. soc.», 1951, págs. 28-51. Cfr. KAUFMANN, H.: *Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstra frecht*, en «Festschrift für H. von Weber zum 70 Geburtstag», Bonn, 1963, págs. 418-44.

(17) Así, JESCHECK, tanto en su estudio de la función social de la pena (vid. *La fonction sociale de la peine. Considerations sur la doctrine criminelle contemporaine en Allemagne occidentale*, en «Rev. int. def. soc.», 1955, págs. 184 y sigs.) como en su Tratado de Derecho Penal (vid. *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 2.^a edic., Berlín, 1972, págs. 14-15, 303 y sigs., 566 y siguientes, etc.), se muestra partidario del principio de responsabilidad del hombre, defendiendo la significación ética de la pena y la relevancia de la culpabilidad dentro del Derecho Penal.

Por su parte, FREY, en diversas ocasiones, se ha mostrado como uno de los más destacados críticos de las tendencias defensoras, apuntando, certeramente, las graves consecuencias a que conducen los postulados doctrinales de la defensa social, y pronunciándose a favor del Derecho Penal, propiamente dicho, que está en contradicción con todo sistema defensor, dominado exclusivamente por el principio de prevención especial (vid. FREY, E. R.: *El tratamiento de los delincuentes anormales bajo el principio de la responsabilidad penal*, en el XI Curso Int. de la Soc. Int. Crim., sobre «Los delincuentes mentalmente anormales», Madrid, 1961-62, págs. 344-45 y 351 y sigs.; del mismo: *Strafrecht oder Sozial Verteidigung?*, en «Schw ZStr.», Jahrg. 68, 1953, págs. 405-40).

(18) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en «RGL y J», 1965, nota 34, pág. 770.

ca de esta lista de representantes de la tendencia conservadora que confecciona REBHAN, «se corre el riesgo de dotar el movimiento de Defensa Social de una amplitud desmesurada, de suerte que todo penalista que siente, como en efecto se debe sentir, preocupación por el problema de la resocialización del delincuente, debería considerarse partidario de la Defensa Social, aunque sólo fuese a título de conservador».

El objeto de nuestro estudio es la doctrina elaborada por la corriente moderadora y, más concretamente, por la doctrina formulada bajo la denominación de la «Nueva Defensa Social». Esta doctrina se caracteriza por estar lógicamente estructurada y por hallarse, consecuentemente, más libre de extremismos utópicos (19).

La Nueva D. S. (20) se opone, por su aspecto antifilosófico y extrajurídico, al Derecho Penal tradicional, a la doctrina clásica del siglo XIX e incluso al tecnicismo jurídico del siglo XX (21).

La presencia de esta doctrina defensiva coincide con la fase de crisis del Derecho Penal. Esta se deriva de las insuficiencias de la doctrina del Derecho Penal clásico que —según M. ANCEL (22)— pretende dar una solución abstracta y únicamente jurídica a un problema esencialmente concreto que rebasa los límites de la Ley y del Derecho Penal. La Nueva D. S. pretende rechazar al Derecho —considerado como forma de vida— en favor de un orden social sin forma, para de esta manera poder

(19) Vid. BERISTAIN, A.: *Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social*, en «ADP y CP», 1961, págs. 412 y 413.

(20) Desde ahora se utilizará la abreviatura «Nueva D. S.» para designar a la Nueva Defensa Social.

(21) Vid. BESSON, A.: *A propos de la défense sociale nouvelle*, en «Rev. int. Dr. Pé.», 1954, pág. 326; ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 194 y sigs.

(22) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 204.

alcanzar la realidad social que debía servir, únicamente, de base a la nueva política criminal (23).

Esta nueva corriente doctrinal se distingue de la Defensa Social, según M. ANCEL (24), en los puntos siguientes: 1.—El problema del libre albedrío es indiferente para la Defensa Social, mientras que la nueva tendencia lo supone existente; 2.—La Nueva D. S. es activa y actuante, pues trata de combatir y de conseguir anular el peligro, frente a la Defensa Social, que es pasiva, tratando de impedir la producción del daño, y 3.—La Nueva D. S. posee una gran gama de medidas para la lucha contra el delito frente al marco de acción reducida de la Defensa Social, que abarca sólo a los multirreincidentes y anormales.

Por otra parte, la Nueva D. S. se opone al positivismo, según el magistrado francés (25), en cinco puntos de vista diferentes: 1.—La doctrina de la Nueva D. S. rechaza resueltamente el determinismo positivista; 2.—Se desconfía en las clasificaciones del delincuente, y lo que interesa es la explicación de la dinámica del crimen, buscando las razones individuales que desencadenan el hecho delictivo; 3.—Se restauran las nociones de libre albedrío y de responsabilidad; 4.—Las medidas de seguridad deben ser sometidas a un régimen de legalidad y a una intervención judicial, y 5.—La Nueva D. S. pretende llevar a cabo una acción social que supera, igualmente, tanto la investigación científica como la simple técnica jurídica.

La Nueva D. S., según M. ANCEL (26), aporta tres puntos positivos: 1.—Lleva consigo una cierta «desjuridización» de diversos conceptos, lo cual no implica la supre-

(23) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 232.

(24) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 213 y sigs.

(25) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 206 y sigs.

(26) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 230.

sión de un régimen de Derecho propiamente dicho; 2.—Se caracteriza por una aptitud nueva respecto al delincuente, sirviendo de base a una acción social realista de lucha contra la criminalidad, y 3.—Se inspira en un ideal que conduce a una concepción humanitaria de la política criminal, teniendo en cuenta la importante ayuda de las ciencias criminológicas.

El Derecho Penal es considerado, dentro de la concepción racional de la política criminal formulada por la Nueva D. S., como un elemento o instrumento de la misma. Sus principios y nociones fundamentales no existen ni se justifican sino en la medida en que concurren a la finalidad social de la política criminal (27).

Este movimiento de la Nueva D. S. resulta, hasta cierto punto, moderado en cuanto no pretende suprimir el Derecho Penal ni rechazar *a priori* la pena como medio de acción de su política criminal (28).

Un punto fundamental de la Nueva D. S. es el que se refiere a la forma de reaccionar frente al delito. Este, considerado como un hecho individual y como un fenómeno social, ha de tener una respuesta adecuada (29) a la realidad social.

La reacción contra el delito, propuesta por la Nueva D. S., supone tres peculiares consecuencias: a) El estudio de la personalidad del delincuente; b) Conduce a la reorganización general de las sanciones penales, y c) Debe ejercerse a través de una acción esencialmente realista (30).

(27) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 232.

(28) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 224. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *Las teorías penales italianas de la posguerra*, cit., página 29.

(29) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 238; y MERGEN, A.: *Die Antwort der Gesellschaft auf das Verbrechen-Strafe oder Massnahme*, en «Die deutsche Strafrechtsreform», herausg. L. Reinisch, Munich, 1967, pág. 51.

(30) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 240 y sigs.

Uno de los aspectos positivos más importantes de la Nueva D. S. estriba en fundamentar la política criminal en base a una actitud especial frente al delincuente, concediendo gran importancia al estudio de su personalidad (31). Esta posición doctrinal se traduce en una serie de consecuencias que pueden resumirse, fundamentalmente, en las siguientes: 1.º El delincuente debe ser integrado en el proceso penal que hasta ahora era únicamente el juicio de un acto (32); 2.º Esta política criminal exigirá que el juez conozca al delincuente de una forma completa. Este conocimiento no ha de reducirse a la simple individualización de la pena sino que ha de abarcar también a un estudio científico del delincuente (33); 3.º Es preciso integrar este estudio de la personalidad del sujeto dentro del proceso penal (34); 4.º La integración del examen científico en el proceso penal debe dar lugar a algunas modificaciones en el procedimiento tradicional, que permita determinar, a través de medios jurídicos y científicos, el mejor tratamiento para quienes han cometido un hecho delictivo. Esto permitirá conseguir, de una forma más eficaz, la resocialización del delincuente (35), y 5.º De acuerdo con este planteamiento es preciso tener muy en cuenta la conexión que ha de existir entre la fase pre-judicial y la post-judicial o de ejecución (36).

Dentro de la política criminal que preconiza la Nueva D. S. ocupa un lugar relevante la acción general de protección social que redunde en beneficio del delincuente. Se trata de edificar la política criminal moderna en unos fundamentos más amplios que el Derecho Penal clásico, propugnándose un sistema de reacción social

(31) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 241.

(32) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 242.

(33) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 245.

(34) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 249.

(35) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 251 y sigs.

(36) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 255 y sigs.

contra el crimen, en el cual el Derecho Penal y la criminología aparecerán armonizados (37).

Quizá la consecuencia particularmente importante, dentro del sistema propuesto por la Nueva D. S. para la reacción contra el delito, sea la reorganización del sistema actual de sanciones penales, que conducen a una integración racional de la pena y de la medida de seguridad en un sistema unitario de defensa social (38). Tanto una como otra pueden ser igualmente utilizadas, teniendo en cuenta la personalidad del sujeto. Se utilizará la pena o la medida de seguridad sin necesidad de cualificarlas jurídicamente, ya que lo importante —según M. ANCEL (39)— es el contenido y no su denominación jurídica.

En la doctrina de la Nueva D. S. no existe unificación sino más bien integración de la pena y medida de seguridad en un sistema unitario de sanciones penales dirigido por criterios a la vez físicos, sociales y morales. El principio rector de la política criminal radicará en la eficacia de la sanción con respecto al individuo que es el objeto de la misma. Dentro del programa de lucha contra el delito, la Nueva D. S. no renuncia a la pena y admite también las medidas de seguridad predelictuales en base a la realidad sociológica de la protección social (40).

En resumen, esta tendencia de Defensa Social se reduce a un movimiento de política criminal de carácter humanitario (41), que, a pesar de sus graves inconvenien-

(37) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 272 y sigs.

(38) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 258; del mismo: *Droit Pénal et Défense Sociale*, en «Rev. int. déf. soc.», 1953, página 10.

(39) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 265.

(40) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 151 y sigs.

(41) M. ANCEL la define (en *op. cit.*, pág. 372) como una doctrina humanista de protección social contra el delito.

tes, incide positivamente en el momento actual de la reforma penal.

2. LA NUEVA DEFENSA SOCIAL EN LA DOCTRINA PENAL ALEMANA

Se puede decir que hasta época muy reciente el movimiento de «Defensa Social» no ha tenido peculiar relevancia para la doctrina penal alemana, resultando aquélla —la Defensa Social— como una expresión extraña a la teoría del Derecho penal (42). Quizá ello se debió a que la recepción en Alemania de la doctrina defensista tuviera lugar a través de la posición extremista de Gramatica (43). Y consecuentemente, teniendo en cuenta la postura radical del representante de la escuela genovesa, se justificó el desinterés de la doctrina alemana acerca de la Defensa Social (44). A esta teoría defensista se le critica, fundamentalmente, el negar toda idea de responsabilidad y, por consiguiente, de culpabilidad (45).

Sin embargo, existe últimamente en Alemania una tendencia doctrinal (46) que ha reconsiderado la importancia de la «Defensa Social» en su nueva vertiente modera-

(42) Vid. MELZER, M.: *Chancen und Möglichkeiten der Sozialverteidigung in Deutschland*, en «ZStW», Bd. 84, 1972, página 648.

(43) Vid. KAUFMANN, H.: *Gramaticas System der Difesa Sociale...*, cit., pág. 419.

(44) Vid. KAUFMANN, H.: *Gramaticas System...*, cit., páginas 422 y sigs.; SCHMIDT, E.: *Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform*, en «ZStW», Bd. 69, 1957, págs. 359 y sigs.

(45) Vid. BAUMANN, J.: *Strafrecht*, A. T., 5.^a edic., Tübingen, 1968, pág. 15; KAUFMANN, A.: *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, en «Programm für ein neues Strafgesetzbuch», herausg. J. Baumann, Frankfurt am Main und Hamburg, 1968, pág. 56.

(46) Vid. WÜRTEMBERG, T.: *Die geistige situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2.^a edic., Kahlruhe, 1959, pág. 97.

dora. De esta forma se viene a reconocer, justamente, la relevante significación que ha tenido y tiene la Nueva D. S. como movimiento de política criminal. Esta aceptación o reconocimiento del significado político-criminal de la aportación de la Nueva D. S. tuvo lugar y se planteó de forma especial por parte de cierto sector doctrinal, con motivo de la reciente reforma penal alemana, que está orientada en los postulados internacionales de la moderna política criminal (47).

Por otra parte, no debemos olvidar la realidad de ciertos hechos —como las traducciones al alemán de las obras fundamentales del movimiento defensorista (48), la existencia en la República Federal Alemana de un grupo representativo de la Sociedad de Defensa Social (49), los recientes estudios doctrinales acerca de las concordancias existentes entre la Nueva D. S. y el AE alemán (50)— que implican una toma de conciencia, por

(47) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels et faux problèmes de la réforme du droit pénal en République fédérale d'Allemagne*, en «Rev. Sc. Cr.», 1970, págs. 804 y 811.

(48) Así, se han traducido al alemán las obras fundamentales del movimiento defensorista: Gramática, F.: *Grundlagen der Défense Sociale (Gesellschaftsschutz)*, Kriminologische Schriftenreihe, Bd. 18/19, trad. por MERGEN, Hamburgo, 1965; ANGEL, M.: *Die Neue Sozialverteidigung (Eine Bewegung humanistischer Kriminalpolitik)*, trad. por M. MELZER, según la 2.ª edic. francesa, Stuttgart, 1970.

(49) Vid. WÜRTEMBERG, T.: *Défense sociale-Ziele und Wege einer neuen Kriminalpolitischen Bewegung*, en Sonderheft zum IV Congrès Int. Déf. Soc. Vom. 2-6 April 1956 in Milano, en «MSchrKrim», 1956, pág. 63.

(50) El movimiento de «Defensa Social» se tiene en cuenta —por parte de cierto sector doctrinal alemán—, especialmente, a partir del estudio comparativo acerca de las concordancias o conexiones entre sus postulados doctrinales y los del AE alemán. Vid. BAUMANN, J.: *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform*, en Programm für ein neues Strafgesetzbuch, cit., página 21; del mismo: *Problèmes réels et faux de la réforme pénal du droit pénal en République fédérale d'Allemagne*, cit., páginas 803-29; MELZER, M.: *Le projet Alternatif de Code Pénal Allemand et la Défense Sociale Nouvelle*, en «Rev. Sc. Cr.», 1970, págs. 708 y sigs.; del mismo: *Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*, Tübingen, 1970, págs. 10-11.

parte de determinado sector doctrinal alemán, del significado e importancia de la Nueva D. S.

3. LA REFORMA PENAL ALEMANA (AE) Y SUS PUNTOS DE CONEXION CON LA DOCTRINA DE LA NUEVA DEFENSA SOCIAL

Al hablar de la reforma penal alemana nos referimos, especialmente, al Proyecto Alternativo (AE) (51) elaborado por un grupo de catorce profesores alemanes y suizos como respuesta al Proyecto oficial del C. P. alemán de 1962 (52).

El AE pertenece, en su concepción política criminal, a un movimiento actual —de carácter internacional— de reforma penal (53). Y en este sentido se plantea, por cierto sector de la doctrina alemana (54), la posible conexión o posibles concordancias entre el AE y los postulados de la Nueva D. S. Veamos los puntos más importantes en los que puede apreciarse alguna vinculación o coincidencias entre estas modernas tendencias de política criminal.

gen, 1970; del mismo *Chancen und Möglichkeiten der Sozialverteidigung in Deutschland*, cit., págs. 648-65.

(51) Vid. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, AT, 2.^a edic., Tübingen, 1969, por BAUMANN, J.; BRAUMECK, A. E.; HANACK, E. W.; KAUFMANN, A.; KLUG, U.; LAMPE, E. J.; LENCKNER, T.; MAIHOFFER, W.; NOLL, P.; ROXIN, Cl.; SCHMITT, R.; SCHULTZ, H.; STRATENWERTH, G.; STREE, W.

(52) Sobre el proyecto oficial de c.p. alemán (1962), vid. JESCHECK, H. H.: *Moderne Kriminalpolitik in Deutschland und Frankreich*, en «ZStW», Bd. 79, 1967, págs. 874-99, espec., páginas 881 y sigs.

(53) Vid. JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allgemeiner Teil)*, en «ZStW», Bd. 80, 1968, pág. 54.

(54) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels et...*, cit., del mismo: *Was erwarten wir...*, cit., pág. 27; MELZER, M.: *Die Neue Sozialverteidigung...*, cit.; del mismo: *Le Projet Alternatif...*, citado, págs. 708-16.

a) SENTIDO Y FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD.

Uno de los temas más debatidos que presenta el AE es el planteado por el sentido y la función que ha de tener la culpabilidad. La pena —según el párrafo segundo, párrafo segundo del AE— no puede exceder de la medida de la culpabilidad por el hecho cometido («Die Strafe darf das Mass der Tatschuld nicht überschreiten...»). Por tanto, la función de la culpabilidad consistirá, de acuerdo con el AE, no en fundamentar la pena sino limitarla (55). De esta forma la pena pierde su elemento fundamental de desaprobación ético-social del hecho cometido (56) y su fundamento se asienta en postulados de prevención especial (57). Además, la pena ya no se impone por razones metafísicas como la del libre albedrío, que resultan indemostrables, sino en base a las necesidades de conseguir una soportable convivencia social (58).

Planteada así la cuestión de la culpabilidad, parece que existe cierta concordancia entre las ideas desmoralizadoras de la Nueva D. S. y la doctrina mantenida por el AE (59). Pero esta apariencia no es exacta, ya que la doctrina del AE —a pesar de su tendencia desmitificadora del Derecho Penal (60)— gira en torno a la idea de

(55) Cfr. GALLAS, W.: *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, en «ZStW», Bd. 80, 1968, págs. 1 y sigs.

(56) Vid. JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption...*, cit., pág. 59.

(57) Cfr. MAURACH, R.: *Zur Grundlegung des Strafrechts*, en «Kriminalpolitische Erwägungen zu einem neuen Strafrecht», Loccumer Protokolle, 4/1968, pág. 23.

(58) Vid. AE (fundamentación del párrafo segundo), cit., página 29.

(59) Vid. MELZER, M.: *Die Neue Sozialverteidigung und...*, citado, págs. 112 y sigs.; del mismo: *Le Projet Alternatif...*, citado, pág. 711.

(60) Vid. BAUMANN, J.: *Was erwarten wir von...*, cit., página 21; ROXIN, Cl.: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en «Programm für ein neues Strafgesetzbuch», cit., pág. 77.

culpabilidad, teniendo en cuenta que al admitirla como límite de la pena le está reconociendo implícitamente el carácter fundamentador o constitutivo de la misma (61). Frente a esta postura, que admite la culpabilidad como límite y como uno de los presupuestos de la pena (62), la Nueva D. S. considera que las medidas de defensa social de lucha contra el delito se fundamentarán en la peligrosidad social del sujeto (63).

Cierto sector doctrinal considera (64), sin embargo, que también en el ámbito del problema de la culpabilidad existe alguna concordancia entre el AE y la Nueva D. S., teniendo en cuenta la identificación de fines comunes en sus postulados doctrinales y propugnando la supresión de diferencias terminológicas. Pero la realidad es muy distinta, ya que resultan muy diferentes los presupuestos constitutivos de la sanción en una u otra doctrina.

b) SISTEMA DE LUCHA CONTRA EL DELITO: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Uno de los problemas fundamentales que tiene planteado cualquier programa de política criminal es el de encontrar los medios idóneos para la lucha contra la delincuencia.

En el ámbito del Derecho penal, la pena y las medidas

(61) Vid. KAUFMANN, A.: *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekt des Schuldgedankes im Strafrecht*, en «JZ», 1967, páginas 553-60, espec., pág. 555. Cfr. ROXIN, Cl.: *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en «Strafrechtliche Grundlagentheorie», Berlín-Nueva York, 1973, págs. 29 y 30.

(62) Vid. ROXIN, Cl.: *Sinn und Grenzen...*, cit., pág. 30.

(63) Vid. ANCEL, M.: *Droit Pénal et Défense Sociale*, en «Rev. Sc. Cr.», 1953, pág. 147. Cfr. KAUFMANN, H.: *Was lässt die Kriminologie von Strafrecht übrig*, en «JZ», 1962, pág. 195.

(64) Vid. MELZER, M.: *Le projet alternatif...*, cit., pág. 712.

de seguridad son reconocidos como los medios adecuados para luchar contra el delito. Pero esta lucha, a través de estos medios, puede llevarse a cabo por medio de diferentes sistemas que conviene distinguir: 1.—*El sistema dualista*, el cual es partidario de una clara distinción entre pena y medida de seguridad que tienen su fundamento en la culpabilidad y peligrosidad, respectivamente (65). Teniendo en cuenta la diferenciación entre estos medios de lucha contra el delito, se aboga por la aplicación cumulativa de la pena y la medida de seguridad, concediendo preferencia a la ejecución de la pena (66). Este sistema presenta graves inconvenientes prácticos, que hacen pensar en la necesidad de aplicar un tratamiento único para evitar un doble castigo (67) con respecto a una misma persona. Por otra parte, al darse preferencia en la ejecución a la pena, en ciertos casos—como en los ebrios y toxicómanos— se retrasa, de forma absurda, la imposición de una medida adecuada a su peligrosidad; 2.—*El sistema monista*, en el que cualquier diferencia entre pena y medida de seguridad se considera inexistente (68). De esta forma se justifica la aplicación de un sistema unitario de medidas defensivas de carácter preventivo. El monismo resulta criticable en cuanto no respeta la diversidad esencial que existe entre pena y medida de seguridad, dando lugar a consecuencias peli-

(65) Vid. MEZGER, E.: *Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Massnahmen*, en «ZStW», Jahrg. 4, 1954, páginas 172 y sigs.

(66) Vid. EISENBERG, U.: *Strafe und freiheitsentziehende massnahme*, en «Kriminologische Schriftenreihe», Bd. 30, Hamburgo, 1967, pág. 2.

(67) Vid. CAVALLO, V.: *Il problema dei rapporti tra le pene e le misure di sicurezza*, en «Scritti Giuridici in onore di A. de Marsico, a cura del Prof. G. LEONI», I, Milán, 1960, pág. 275.

(68) Vid. GRISPIGNI, F.: *I nuovo diritto Criminale negli avamprogetti delle Svizzera, Germania ed Austria*, en «Sc. Pos», 1911, pág. 219.

grosas para el individuo (69), y 3.—*El sistema vicarial o de sustitución*, que viene a ser una solución intermedia o de compromiso entre los dos sistemas anteriores (70). Este sistema permite al juez, en caso de concurrencia de pena y medida de seguridad, aplicar ésta y el tiempo de ejecución de la misma podrá imputarse el del cumplimiento de la pena concurrente. El organismo jurisdiccional, una vez cumplida la medida de seguridad, podrá decretar la suspensión del resto de la pena que quedase por cumplir, teniendo en cuenta la recuperación experimentada por el sujeto —hasta ahora sometido a la medida de seguridad— y las necesidades de defensa de la sociedad. En resumen, el sistema vicarial permite sustituir la pena por la medida de seguridad. A este sistema se le critica, fundamentalmente, el excesivo arbitrio concedido al juez para decidir acerca de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad o de la sustitución de aquélla por ésta (71). Además, resulta ser un sistema excesivamente abstracto (72) que presenta problemas en su regulación (73).

En la actualidad se puede decir que la doctrina señala

(69) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en «RGL y J», t. 219, 1965, pág. 788.

(70) Vid. MARQUARDT, H.: *Dogmatische und Kriminologische aspekte des vikariens von Strafe und Massregel*, Berlín, 1972, pág. 169.

(71) Vid. JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, cit., pág. 584.

(72) Vid. NUVOLONE, P.: *Funzioni e criteri di determinazione delle misure di sicurezza nell'attuale sistema penale e penitenziario*, en «Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti del Diritto Penale», Milán, 1961, pág. 50.

(73) El sistema vicarial presenta, para su ejecución, una serie de problemas —como, por ejemplo, el posible carácter facultativo u obligatorio de la aplicación preferencial de la medida de seguridad, o el de la imputación obligatoria o facultativa de la ejecución de la medida en el tiempo de la pena, etcétera— que han de ser resueltos, de una forma particular, por cada ordenamiento jurídico. (Vid. MARQUARDT, H.: *Dogmatische und Kriminologische aspekte des vikariens...*, cit., págs. 43 y siguientes.)

como idóneo el sistema mixto representado en la tesis del «dualismo condicionado» («Bedingte Zweispurigkeit») o de la «sustitución en la ejecución» (oder «Vikariierung im vollzug») de la pena por la medida de seguridad (74).

Dentro de este estudio comparativo acerca de la doctrina de la Nueva D. S. y el AE podemos decir que es precisamente en el sistema de lucha contra el delito donde puede apreciarse una clara diferenciación entre ambas. En efecto, mientras el AE se pronuncia (75) a favor de la «doble vía» («Zweispurigkeit»), la Nueva D. S. es partidaria de un sistema unitario de defensa social (76).

El AE, aunque reconoce la necesidad de emplear, para ciertos casos, la solución vicarial (77), sin embargo, mantiene el sistema dualista, diferenciando claramente la pena de las medidas de seguridad (78). De acuerdo con el parágrafo 2 del AE tanto la pena como las medidas de seguridad tienden a un fin común consistente en la protección de los bienes jurídicos y en la reinserción del sujeto en la comunidad jurídica. Pero mientras la imposición de la pena presupone la culpabilidad por el hecho cometido, la aplicación de las medidas de seguridad se fundamenta en el interés común preponderante (79).

Por su parte, la Nueva D. S., consecuente con su tendencia «desjuridizadora», considera (80) que lo importante es el contenido y la coloración de la sanción y no su denominación jurídica. Por ello se pasará de la pena a la medida, no por criterios derivados de la dogmática

(74) Vid. MAURACH, R.: *Deutsches Strafrecht*, A. T., 4.^a edición, Karlsruhe, 1971, pág. 885; JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch...*, citado, pág. 584.

(75) Vid. JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch*, cit., pág. 61.

(76) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 267.

(77) Vid. parágrafo 77, 1.º, del AE, cit., pág. 157.

(78) Vid. GALLAS, W.: *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, cit., pág. 2.

(79) Vid. parágrafo dos del AE, cit., espec., págs. 29 y 31.

(80) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 265.

jurídica, sino por razón de consideraciones biológicas, médicas, psicológicas o sociológicas, teniendo en cuenta la personalidad del delincuente (81). La Nueva D. S. propugna (82) la integración de la pena y de la medida de seguridad en un sistema unitario o de sanciones penales dirigido por criterios a la vez físicos, sociales y morales, y ordenado por una política criminal en donde el Derecho penal juegue, esencialmente, el papel de técnica llamada a servir de garantía necesaria para la libertad individual.

El sistema de sanciones de lucha contra el delito consagrado en el AE, que conserva el dualismo o la doble vía con ciertas variaciones en favor del sistema vicarial, resulta diferente del sistema adoptado y mantenido por la Nueva D. S., que preconiza el monismo o la vía única de sanciones de defensa social.

No cabe duda que en este aspecto fundamental de todo programa de política criminal, como es el de la organización de las sanciones a aplicar, la diferencia entre el AE y la Nueva D. S. es evidente (83).

c) LA EJECUCIÓN DE LA PENA: PREDOMINIO DE LA IDEA DE PREVENCIÓN ESPECIAL.

Este punto es, quizá, uno de los que ofrece mayor concordancia entre la doctrina del AE y la de la Nueva D. S. (84).

La pena, para el AE, ha de tender a la prevención especial (85), y así se declara en el párrafo segundo (párra-

(81) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 265.

(82) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 267.

(83) Cfr. MELZER, M.: *Le Projet Alternatif de code pénal allemand et la défense sociale nouvelle*, cit., pág. 713.

(84) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels et...*, cit., pág. 816.

(85) Vid. MELZER, M.: *Die Neue Sozialverteidigung und...*, citado, pág. 105.

fo primero) del citado Proyecto: «Penas y medidas de seguridad sirven a la protección de los bienes jurídicos y a la reincorporación del autor a la comunidad jurídica («Strafen und Massregeln dienen dem Schutz des Rechtsgüter und Wiedereingliederung des Täters in die Rechts-gemeinschaft»). Se considera (86) que el Derecho penal moderno debe adaptarse a la idea de utilidad social de la pena. Esta o una medida de seguridad será adecuada sólo cuando es necesaria para resocializar al delincuente y en la medida en que favorece su resocialización. Pero el AE también tiene en cuenta —con carácter preferencial— la necesidad de prevención general para las infracciones más graves, como, por ejemplo, en los delitos contra la vida, y para los delitos de imprudencia (87).

En resumen, hemos de reconocer que la doctrina del AE —en cuanto sitúa en primer lugar a la idea de prevención especial, buscando una ley penal más eficaz para la protección de los bienes jurídicos— está más cerca y tiene cierta concordancia con respecto a la tendencia preventivista de la Nueva D. S. (88). Un claro exponente de esta conexión se puede apreciar en los postulados que rigen para la puesta en práctica del establecimiento de terapéutica social que será aplicable a los reincidentes y delincuentes psicópatas no susceptibles de mejora por la vía ordinaria de resocialización (89).

(86) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels et...*, cit., pág. 811.

(87) Vid. parágrafo segundo del AE, cit., pág. 29, y BAUMANN, J.: *Problèmes réels et...*, cit., pág. 816.

(88) Vid. MELZER, M.: *Die Neue Sozialverteilung...*, cit., página 106. Cfr. parágrafo 37 del AE. Vid. ROXIN, Cl.: *Las Nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana*, en «El nuevo pensamiento penal», núm. 3, 1972, página 391.

(89) Las ideas rectoras del funcionamiento del establecimiento de terapéutica social muestran cierta concordancia con los postulados de la Nueva D. S. Vid. MELZER, M.: *Le Projet Alternatif de Code Pénal Allemand et la Défense Sociale Nouvelle*, cit., pág. 714. Sobre el establecimiento de terapéutica so-

d) LAS PENAS CORTAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LAS MEDIDAS DE ASISTENCIA SOCIAL.

En estos punto, el AE presenta una clara relación con la doctrina de la Nueva D. S. (90).

En cuanto a las penas cortas privativas de libertad, el AE excluye las de menos de seis meses (parágrafo 36), y siguiendo los postulados defensistas se reducen al máximo la aplicación de este tipo de sanciones que no son muy adecuadas para la resocialización del delincuente. Se propone la existencia de una sola pena privativa de libertad, cuya ejecución ha de tender, exclusivamente, a la reinserción del sujeto delincuente en la comunidad jurídica (parágrafo 37). Así, el preso ha de aprender a vivir en libertad y se ocupará en trabajos adecuados a su capacidad, siendo remunerado por ellos (parágrafo 39) (91).

El AE trata de evitar, al igual que la Nueva D. E., los graves inconvenientes producidos a consecuencia de la aplicación de las penas cortas privativas de libertad, es decir: a) por un lado la brevedad del tiempo de ejecución no permite conseguir un efecto educativo y sí en cambio resulta un lapsus de tiempo demasiado amplio o, al menos, suficiente para crear un peligro de contagio entre delincuentes ocasionales —como son los sometidos

cial, vid. Dokumentation *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, por BRAUNECK, A. E., en «Programm für ein neues Strafgesetzbuch», citado, págs. 140-43; EINSELE, H.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en «Die Strafvollzugsreform», Hrsg. KAUFMANN, A., Karlsruhe, 1971, págs. 145-158. Cfr. JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption...*, cit., págs. 80 y sigs.

(90) Vid. MELZER, M.: *Le Projet Alternatif...*, cit., pág. 712.

(91) En este sentido se pronunció el VIII Congreso Internacional de Defensa Social, al señalar como una de sus conclusiones, la de ofrecer al delincuente opciones u oportunidades, como la del trabajo remunerado, para ayudarle a ejercitar su libertad. Vid. BUENO ARÚS, F.: *En torno al VIII Congreso Internacional de Defensa Social*, en «BIMJ», núm. 942, 1973, página 7.

a las penas cortas privativas de libertad— con los profesionales, y b) por otro, los problemas prácticos que plantea un régimen de tratamiento adecuado e independiente para los sujetos sometidos a este tipo de sanciones (92).

En definitiva, el AE propone suprimir las penas cortas privativas de libertad —cuya duración sea inferior a los seis meses— y sustituirlas por una pena pecuniaria (parágrafo 49), o, en caso de infracción del Código de Circulación, por la retirada del carnet (parágrafo 50) o a través de la prestación de un trabajo de utilidad común en hospitales o asilos (parágrafo 52).

Por otra parte, el AE —dentro de su concepción político-criminal que tiende a la prevención especial— establece (93) una serie de medidas de asistencia social, como las instrucciones dadas a ciertos órganos administrativos (servicios de empleo, de alojamiento y de higiene), para que el efecto de resocialización obtenido eventualmente a través de la justicia no se destruya, posteriormente, a consecuencia de las intervenciones desafortunadas de los órganos de la Administración (94). De esta forma, se puede apreciar la concordancia del AE —en cuanto se preocupa de la eficacia del tratamiento resocializador del delincuente— con la doctrina de la Nueva D. S. (95).

(92) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels...*, cit., pág. 819.

(93) Vid. parágrafo 43 del AE.

(94) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels...*, cit., nota I, página 816.

(95) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 255.

4. LA VALORACION CRITICA ACERCA DE LA «NUEVA DEFENSA SOCIAL» Y DE SU POSIBLE RELEVANCIA EN LA DOCTRINA Y REFORMA PENAL ALEMANA.

De acuerdo con la sistemática seguida en la exposición de nuestro estudio, vamos a proceder a un análisis crítico de los postulados fundamentales de la Nueva D. S. y de la posible relevancia en la dogmática alemana y en el AE.

a) CRÍTICA DE LA NUEVA D. S.

Los representantes del movimiento de la Nueva D. S., a pesar de mostrar una coincidencia terminológica, conceptualmente —como apunta BERISTAIN (96)— continúan muy distanciados de la escuela neoclásica. Así, se emplean los términos de «culpa», «pena», etc., llegándose a confundir e identificar conceptos tan fundamentales y diferentes como son los de represión y retribución (97).

Dentro de los graves inconvenientes que presenta la Nueva D. S., podemos destacar como más criticables los siguientes:

(96) Vid. BERISTAIN, A.: *Estructuración ideológica de la nueva defensa social*, cit., pág. 425.

(97) Vid. GRAVEN, J.: *Droit Pénal et Défense Sociale*, en «Schw. ZStr.», Jahrg. 70, 1955, pág. 9; del mismo: *La répression pénale selon l'optique de la défense sociale*, en «Schw. ZStr.», Bd. 86, 1970, págs. 37-85. Cfr. COLLIGNON, T.: *A propos de défense sociale*, en «Rev. Crim. Pol. Tech.», 1949, pág. 81. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Significado político...*, cit., página 781, nota 81.

1. *La imprecisión de sus postulados doctrinales.*

Sus principios doctrinales resultan inadecuados —carentes de precisión y de rigor científico (98)— para satisfacer su pretensión de revolucionar el Derecho penal (99). Llevados de un exagerado realismo pragmatista, los defensores tienden a prescindir de fundamentaciones teóricas y adoptan una posición de repulsa contra todo lo que implique retribución ética o cualquier otro concepto que lleve consigo una valoración jurídica (100).

Por otra parte, la Nueva D. S., considerada como movimiento de política criminal, tampoco aparece claramente delimitado (101). A pesar de sus pretensiones de ocupar un lugar dentro del pensamiento jurídico-penal (102), sin embargo, hemos de consignar que tal pretensión no podrá ser satisfecha mientras este movimiento defensorista

(98) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 230 y sigs.

(99) Vid. ANCEL, M.: *Droit Pénal et Défense Sociale*, cit., página 147. Con relación a la posible pugna entre la Nueva D. S. y el Derecho Penal, J. DE ASÚA (en *La Nueva Defensa Social*, en «El criminalista», V, 2.ª serie, Buenos Aires, 1961, pág. 34) considera que «es la lucha de un gigante real con un fantasmagórico pigmeo, que por ser una sombra no puede empuñar la honda de David». Acerca de esta problemática, cfr. FREY, E. R.: *Strafrecht oder Sozial Verteidigung?*, en «Schw. ZStr.», Jahrg. 68, 1953, págs. 405-40; GRAVEN, J.: *Droit Pénal et Défense Sociale*, cit., págs. 1-53, y *Droit Pénal ou Défense Sociale?*, en «Informations de la Rev. int. déf. soc.», 1953, págs. 96-118.

(100) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 232 y sigs.

(101) Teniendo en cuenta el carácter indeterminado de este movimiento defensorista, la doctrina le atribuye una serie de calificativos, que vienen a ser un fiel reflejo de la valoración crítica acerca del sentido de la Nueva D. S. Se habla de «cajón de sastre» (vid. J. DE ASÚA: *La Nueva Defensa Social*, cit., página 24), de «sistema de reminiscencias positivistas pseudo-progresistas» (vid. BETTIOL, G.: *Sulla nuova difesa sociale considerata da un punto di vista cattolico*, en «Scritti Giuridici», II, Padova, 1966, pág. 1007), de «correcionalismo socializado» (vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *La evolución del Derecho Penal moderno (contra corriente)*, en «ADP y CP», 1957, pág. 293), etcétera.

(102) Vid. GRAVEN, J.: *Droit Pénal et Défense Sociale*, cit., páginas 47 y sigs.

no resulte identificable. Al respecto debemos recordar la opinión de J. DE ASÚA, cuando, al referirse a la posible delimitación y contenido de la Nueva D. S. nos habla de que «nadie sabe lo que es: si es la vuelta al positivismo, si es una nueva e inédita conquista...» (103).

2. La Nueva D. S. como sistema de prevención especial.

La Nueva D. S. trata de implantar un sistema de prevención especial, que en última instancia —como señala FREY (104)— tiende, consecuentemente, a rehabilitar el llamado «principio de autor». Como ocurre en todo movimiento defensorista, existe una clara tendencia a establecer un Derecho penal sin pena («ein Strafrecht ohne Strafe») (105), en el que languidece la idea de responsabilidad jurídico-penal (106).

La Nueva D. S. queda reducida a una teoría de prevención especial que, dentro de sus postulados extrajurídicos indeterminados y de tinte «social», resulta imponente para señalar los límites de intervención del Estado (107).

(103) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Nueva Defensa Social*, citado, pág. 23. A los efectos de esclarecer el significado de la Nueva D. S., J. DE ASÚA considera (en *op. cit.*, pág. 35) que «cuanto tiene la Nueva Defensa Social de jurídica es Derecho Penal; cuanto concierne a la busca de las causas del delito y resocializar a los delincuentes, cuya naturaleza ha de armonizarse es criminología». Cfr. KÜLWEIN, H. P.: *Grundlegung zu einer Kritik der Strafrechtstheorien im Lichte der modernen Kriminologie*, en «Kriminologische Schriftenreihe», Bd. 31, Hamburgo, 1968, pág. 43.

(104) Vid. FREY, E. R.: *Strafrecht oder...*, cit., pág. 411.

(105) Vid. FREY, E. R.: *Strafrecht oder...*, cit., pág. 407.

(106) Vid. BETTIOL, G.: *Sulla nuova difesa sociale...*, cit., página 1007.

(107) Vid. ROXIN, CL.: *Sinn und Grenzen staatlichen Strafe*, citado, pág. 6.

3. *La Nueva D. S. como movimiento humanitario de política criminal y las posibles incompatibilidades con los derechos fundamentales del ciudadano.*

La Nueva D. S. tiene como objetivo más importante el de conseguir una política criminal humanitaria, que ha de ser facilitada a través de la desjuridización (de-juridicisation) de sus elementos (108). Este movimiento defensista pretende evitar los inconvenientes de ficciones jurídicas, para llegar a comprender mejor la realidad social que ha de servir de base a la nueva política criminal (109). Se intenta reemplazar el Derecho —considerado como forma de vida social (110)— por un orden social concreto y sin forma, lo cual —como señala R. MOURULLO (111)— es políticamente nefasto.

La Nueva D. S. viene a postular un humanitarismo que, en cierta medida, es falso, al no tener en cuenta el problema jurídico-penal de la responsabilidad del hombre que, en cuanto valora al ser humano como tal, refleja el auténtico sentido humanitario (112) de todo programa de política criminal.

Por otra parte, la Nueva D. S., a través de sus postulados doctrinales, pone en grave peligro la garantía de los

(108) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 230.

(109) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, pág. 232.

(110) Vid. ANCEL, M.: *Penas y medidas de seguridad en el Derecho positivo comparado*, en «ADP y CP», 1956, pág. 453.

(111) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Significado político...*, cit., pág. 772. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Nueva Defensa Social*, cit., pág. 18.

(112) Como señala LANGE (en *Grundfragen der deutschen Strafrechts reform*, en (Schw. ZStr.), Jahrg, 70, 1955, página 388): «Das Verantwortlichsein ist der sinn des menschlichen seins.» También H. MAYER (en *Strafrechtsreform für heute und morgen*, en «Kriminologische Rorschungen», Bd. I, Berlín, 1962, página 407) estima que, sin el reconocimiento de la libertad ético-jurídica de la persona no existe humanidad. Cfr. WÜRTENBERG, T.: *Die geistige situation...*, cit., págs. 87 y 100.

derechos fundamentales del individuo (113). Este riesgo es más evidente en el ámbito de los medios de lucha contra el delito. En base a la mera «peligrosidad social», un sujeto no delincuente podrá ser sometido a medidas de defensa social de muy diverso contenido. Una vez que el acento se pone en la defensa social, quedan abiertas las puertas para la instauración de un clima de terror a través de denuncias, arrestos, internamientos u «otras medidas de defensa social» (114). En tales circunstancias, es realmente fatal que el principio retributivo languidezca (115), pues entonces todo quedará remitido a las exigencias de un arbitrio político que puede fallar por exceso o por defecto (116).

Dentro del ámbito de la lucha contra el delito, el pretender sustituir —como hace la Nueva D. S.— la función de la pena a través de las medidas de defensa social es, como apunta FREY (117), una peligrosa utopía que implicaría el suicidio de nuestro orden jurídico.

En resumen, podemos decir que a pesar de su pregonado humanismo, de la renuncia al determinismo positivista, de admitir la «pena» como medio de lucha contra el delito y de las declaraciones programáticas en torno al

(113) Vid. VASSALLI, G.: *Limiti di diritto in un sistema de difesa sociale*, en «Rev. int. déf. soc.», 1949, págs. 129 y sigs.; CORREIA, E.: *Codigo penal, Projecto da Parte Geral*, 1963, página 14; FREY, E. R.: *Strafrecht oder...*, cit., págs. 420 y sigs.; JACQUINOT, Cl.: *La crise de la Politique Criminelle de Défense Sociale*, en «La Vie Judiciaire», núm. 835, pág. 3, y BETTIOL, G.: *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, en «Stato di Diritto e misure di sicurezza», Padova, 1962, págs. 8 y sigs.

(114) Vid. JACQUINOT, Cl.: *La crise de la Politique Criminelle...*, cit., pág. 1.

(115) Vid. BETTIOL, G.: *Sulla nuova difesa sociale...*, cit., página 1007.

(116) Vid. BETTIOL, G.: *Del Derecho Penal al Derecho Pre-mial*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor L. JIMÉNEZ DE ASÚA», Buenos Aires, 1964, pág. 292.

(117) Vid. FREY, E. R.: *Strafrecht oder...*, cit., pág. 422.

principio de legalidad (118), el movimiento de la Nueva D. S. se muestra incapaz de eliminar los peligros que su ideología implica para el respeto de los valores individuales (119). Y, como señala BETTIOL, «cuando una doctrina no acierta a crear un válido sistema de garantías para la libertad humana, aquélla ha fallado en su fin y viene a ser un instrumento de prevaricación» (120).

Frente a estos aspectos críticos, la Nueva D. S. presenta una vertiente positiva (121). No podemos ignorar la importancia de este movimiento de política criminal que se refleja en diversos sectores como, por ejemplo, en: su aportación reformadora de los caducos sistemas penitenciarios (122); la consolidación de su doctrina a través de congresos y publicaciones periódicas (123);

(118) Vid. NUVOLONE, P.: *Le principe de la legalité et les principes de la défense sociale*, en «Trent'anni di Diritto e Procedura Penal», I, Padova, 1969, págs. 259-68, y CHAZAL, J.: *Où est la Défense Sociale Nouvelle?*, en «Rev. Sc. Cr.», 1961, página 170. Cfr. VASSALLI, G.: *Limiti di diritto...*, cit., páginas 123-44.

(119) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Significado político...*, citado, pág. 777.

(120) Vid. BETTIOL, G.: *Sulla nuova difesa sociale...*, cit., página 1007.

(121) Así, BERISTAIN (en *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en el libro «Homenaje al doctor SERRANO», II, Estudios varios, Valladolid, 1965, págs. 97 y 98) señala como valores positivos de la Nueva D. S. los siguientes: «... el espíritu moderno y universalista, el afán de sinceridad y realismo, el deseo de conocer y aprovechar todas las virtudes de otras instituciones legales y paralegales alejadas en el tiempo o en el espacio, la predilección por los problemas de la juventud, la acertada relación entre individuo y sociedad frente al estatismo absorbente del positivismo sociológico, la revalorización de dimensiones humanas, la insistencia por colocar en el centro de la justicia al hombre —a todo hombre con toda su personalidad y no sólo sus aspectos peyorativos—...».

(122) Vid. DUPRÉEL, J.: *La défense sociale et les méthodes pénitentiaires modernes*, en «Rev. int. Polc. crim.», núm. 103, páginas 306-08.

(123) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Nueva Defensa Social*, citado, págs. 15 y sigs.; BERISTAIN, A.: *Análisis crítico...*, cit., página 98; GRAVEN, J.: *La conciliation des principes criminologiques et de défense sociale avec les exigences de l'Etat fondé*

haber situado en lugar preferencial, dentro de su política criminal, el problema del tratamiento y reincorporación social del delincuente (124); destacar la inutilidad e inconvenientes de las penas cortas privativas de libertad (125); su proyección en el ámbito legislativo de diversos países como, por ejemplo, Bélgica (126), Cuba (127), etcétera, la positiva recepción de su doctrina por ciertos sectores doctrinales (128); etc.

b) CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA RELEVANCIA DEL MOVIMIENTO DE LA NUEVA D. S. EN LA DOCTRINA ALEMANA Y EN EL AE.

Por lo que respecta a la recepción y aceptación de la doctrina de la Nueva D. S. por parte de la dogmática

sur le Droit examinée à la lumière du projet de revision du Code pénal allemand, en «Rev. int. déf. soc.», 1957, pág. 196; SCHARF, H.: *Sozial Verteidigung (Ein Literatur-bericht)*, en «ZStW», Bd. 66, 1954, págs. 118 y sigs.; HERZOG, J. B.: *Chronique de Défense Sociale*, en «Rev. Sc. Cr.», 1955, págs. 136-42.

(124) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 240 y sigs., 301 y sigs.

(125) Vid. ANCEL, M.: *Op. cit.*, págs. 312 y sigs.

(126) Sobre la reciente legislación belga de Defensa Social, vid. JESCHECK, H. H.: *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Deutschland und in Belgien während der letzten hundert Jahre*, en «ZStW», Bd. 80, 1968, pág. 434.

(127) Vid. BLAU, G.: *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massregel im ibero-amerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1951, páginas 153 y sigs.; FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos*, en «ADP y CP», 1966, pág. 48.

(128) El movimiento defensista es bien acogido por las doctrinas francesa y belga (vid. LEGROS, R.: *Für eine erweiterte Sozial Verteidigung*, en «ZStW», Bd. 72, 1960, pág. 315), así como también ha encontrado un eco favorable la tendencia moderada de M. ANCEL en ciertos sectores de la doctrina alemana (vid. WÜRTEMBERG, T.: *Die geistige situation...*, cit., pág. 97; MERGEN, A.: *Die Sozial Zweckmässigkeit in der modernen Kriminalpolitik*, en «Rittler Festschrift», Innsbruck, 1957, página 26) y de la española (vid. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Aportación al estudio comparado...*, cit., pág. 49; CUELLO CALÓN, E.: *La Moderna Penología*, Barcelona, 1958, pág. 28; BERISTAIN, A.: *Análisis crítico...*, cit., págs. 94 y sigs.), etc.

alemana, podemos decir que esta tendencia defensiva —de carácter moderado— ha tenido, últimamente, una acogida favorable en cierto sector doctrinal alemán (129). Anteriormente, el movimiento defensivo venía a ser —para los penalistas germánicos— algo totalmente extraño a la Teoría General del Derecho penal (130).

Quizá una de las mayores dificultades con las que tropezó la Defensa Social, para llegar a ser tenida en cuenta por la doctrina alemana, fue la falta de precisión de su sistema, que resultaba muy diferente y hasta contrapuesto al de la rigurosa dogmática alemana.

Posteriormente, en Alemania se ha llegado a un mejor conocimiento de la doctrina de la Defensa Social a través de una serie de acontecimientos, como, por ejemplo, la traducción al alemán de los libros fundamentales de este movimiento de política criminal, que permiten vaticinar, en el futuro, una mayor comprensión, por parte de la doctrina alemana, del significado y aportaciones de la Nueva D. S. (131). Quizá uno de esos hechos más relevante fue el estudio comparativo —que se llevó a cabo por cierto sector doctrinal (132)— realizado acerca de la posible conexión entre la doctrina de la Nueva D. S. y la del AE. De esta forma, podemos decir que en la actualidad el movimiento de política criminal de la Nueva D. S. es conocido y ponderado, en su auténtico valor y sentido, por un importante sector doctrinal alemán.

En cuanto a la posible relevancia de la Nueva D. S. en

(129) Vid. MELZER, M.: *Die Neue Sozial Verteidigung*, cit.; del mismo: *Chancen und Möglichkeiten der Sozial Verteidigung, in Deutschland*, en «ZStW», Bd. 84, págs. 648-65; BAUMANN, J.: *Problèmes réels...*, cit.; etc.

(130) Vid. MELZER, M.: *Chancen und Möglichkeiten...*, cit., página 648.

(131) Cfr. MELZER, M.: *Chancen und Möglichkeiten...*, cit., página 660.

(132) Vid. MELZER, M.: *Le Projet Allemand et la Défense Sociale Nouvelle*, cit., págs. 708 y sigs.; BAUMANN, J.: *Problèmes réels...*, cit., págs. 803 y sigs.

relación con el AE, se puede afirmar que existen puntos de conexión o de concordancia entre ambas. Estas concordancias radican, fundamentalmente, en sus postulados políticos criminales de carácter humanitario (133), en cuanto tienden a considerar, preponderantemente, la idea de prevención especial (134), y tratan de establecer un sistema racional de política criminal de lucha contra el delito (135).

Conviene puntualizar que también existen importantes diferencias entre ambos movimientos de la moderna política criminal. Estas diferencias son ostensibles en lo que respecta al valor científico del contenido de su doctrina. Así, hemos de distinguir, por un lado, un sistema de Derecho Penal, cuya doctrina aparece científicamente elaborada por los autores del AE, frente a un movimiento de política criminal —con unos postulados abstractos y atractivamente formulados— que renuncia a plantearse, con rigor, cuestiones fundamentales de la dogmática jurídico-penal (136).

(133) Vid. ROXIN, Cl.: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en «Programm für ein neues Strafgesetzbuch», cit., pág. 77; MELZER, M.: *Die Neue Sozial...*, cit., pág. 118.

(134) Vid. BAUMANN, J.: *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, cit., pág. 21.

(135) Vid. BAUMANN, J.: *Problèmes réels et faux...*, cit., página 812.

(136) Vid. KAUFMANN, A.: *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, en «Programm für ein neues Strafgesetzbuch», cit., pág. 56.

