

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

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

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

### A) DELIMITACIÓN JURÍDICO-PENAL

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(35) *Vide infra*, págs. 330 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(72) *Vide infra*, pág. 329 ss.

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

(74) Arts. 11, 14 y 15.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### C) LA DOCTRINA DE LA "DIMINISHED RESPONSIBILITY"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(167) *Vide infra*, 362 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(198) SCHRÖDER, H.: *Bedingte Verurteilung*, en *NJW*, 1952, 7.

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

ellos la posibilidad “relativamente objetiva” (200) de reforma, y autores no acesibles a la eficacia de la pena, pero sí reformables —v. gr., los psicópatas (201).

2. Habida cuenta, pues, de la insuficiencia, para estos supuestos, encarnada en la simple atenuación de la pena —cuya utilidad es, sin embargo, innegable, sobre todo en aquellos sistemas en que, existiendo un “límite legal” para la concesión de la condena condicional, dicha atenuación sea un medio que permita al autor caer de lleno dentro del límite referido (202)—, la inmensa mayoría de las legislaciones suelen estructurar sus sistemas de punibilidad en base a las ideas de garan-

---

(200) A la tesis de VON LISZT sobre los delinquentes habituales incorregibles (LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch*, 26 ed., 1932, 12 ss.), objeta NOLL (en *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en R. P. S., 86 [1970], 31 y 32): “Las modernas experiencias de terapéutica criminal realizadas en Dinamarca y en Holanda han mostrado, también, que la llamada capacidad o incapacidad de reforma representa una simple función de lo que se ha invertido en los esfuerzos de resocialización, a la vista de la dificultad congénita u otra condicionada cualquiera en el autor.” Idéntica opinión, en MAUCH, G.: *Psychotherapie an Kriminellen in Holland*, en *Mischkrim.*, 1965, 177 ss.; WIDMER: *Erfahrungen mit sogenannten Psychopathen im dänischen Strafvollzug*, en *Ibidem*, 1963, 145 ss.

(201) STÜRUP, G. K.: *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV, *Allg. Teil*, Bonn, 1958, 181.

(202) Como sucede, por ejemplo, en nuestro Código penal, donde, en virtud de lo dispuesto en el art. 93, será condición indispensable para suspender el cumplimiento de la condena: 3.ª Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa”; o, a título excepcional, el beneficio puede ampliarse a los reos condenados a penas de hasta dos años de duración. Por consiguiente, en ciertos supuestos, podría llegar a llenarse tal requisito, al concurrir una eximente incompleta, por el juego del art. 9, núm. 1, en relación con el 61, 5.ª, que autoriza al Tribunal a imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola según la entidad, etc... Sin embargo, en el caso de la eximente incompleta de enfermedad mental o trastorno mental transitorio, sería de aplicación preceptiva el art. 66, que autoriza también al Tribunal a imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estime pertinente, según la entidad de la circunstancia, número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren. No creo, pues, viable, la acumulación de los efectos atenuatorios de los artículos 61, 5.ª y 66, en este supuesto concreto.

Pero, es que, aparte de la posibilidad de aplicar *motivadamente* la condena condicional, en nuestro caso, deberá aplicarse siempre por *ministerio de la Ley*, “cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código” (art. 94, 1.º); supuesto en el que encaja perfectamente la eximente incompleta del núm. 1.º del art. 9. Sin embargo, así como está claro que, a efectos de conceder la condena condicional *motivadamente*, deben concurrir los requisitos previstos en el artículo 93 (*obligatorios*, en opinión de algunos autores, tanto para la condena condicional motivada como para la legal; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código penal*, 1966, 154 ss., 415 ss.), no lo está tanto si deben ser o no obligatorios en orden a la concesión de la condena condicional por ministerio legal. En este sentido, en Sentencia de 22 de mayo de 1963, el T. S. apreció que no eran obligatorios.

tías jurídicas para el condenado, una eficaz protección de la comunidad —cuestión ésta íntimamente relacionada con la de la peligrosidad del autor y las medidas de internamiento—, ejemplaridad y reinserción social del condenado.

Por lo tanto, salvo rarísimas excepciones (203), lo usual en estos supuestos suele ser añadir a la pena atenuada una medida de seguridad por tiempo indeterminado (204) en función de la peligrosidad del autor (205) y de la protección de la comunidad; si bien tiende hoy la mayoría de las legislaciones, por influjo de los modernos métodos de tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico, a la sustitución total de la pena por la medida (206).

#### A) PROCEDENCIA DE LA CONDENA CONDICIONAL EN LOS IMPUTABLES DISMINUIDOS

Mayor relevancia posee en la actualidad la posibilidad de conceder a los imputables disminuidos, en especial a los psicópatas, la condena condicional. Sin embargo, no es esta una cuestión cuyo planteamiento en el campo doctrinal sea reciente, aunque lo es, empero, en el legislativo.

Y no deja de resultar curioso que las primeras voces pronunciadas en favor de la aplicación del “beneficio” de la condena condicional a tales sujetos hayan venido de los países que *importaron* la institución, es decir: los europeos, particularmente Alemania, donde CRAMER, IWANOF y HÜBBE, entre otros muchos, propugnaban hacer algún intento o ensayo mediante la suspensión condicionada de la ejecución

(203) Así, no existe en el marco de nuestra legislación penal, ninguna medida de seguridad aplicable a los imputables disminuidos, es decir, a aquellos individuos a quienes se aplica la eximente incompleta del artículo 9, número 1.º; lo cual no ha impedido que voces autorizadas hayan abogado por la adopción de una medida para tales supuestos (*Vide*, ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal. Parte general*, 1949, 330; FERRER SAMA, A.: *Comentarios*, I, 270, suscribiendo la opinión, en idéntico sentido, de ALBERCA). Por el contrario, en virtud del *Decreto de 5 de junio de 1933* se arbitró la posibilidad, hoy inexistente, de ingresar en el *Hospital Psiquiátrico Judicial* (erigido en la antigua *Prisión Central de mujeres de Alcalá de Henares*, una vez trasladadas éstas por Orden de 27 de mayo de 1933), “a los sentenciados con arreglo a la circunstancia 1.ª del artículo 9.º, en relación con la primera del artículo 8.º del Código penal” (art. 2.º, 1).

(204) En la actualidad, casi todas las legislaciones se pronuncian en favor de las medidas de duración indeterminada (véase, *ad exemplum*, art. 1.º de la Ley belga de defensa social de 1 de julio de 1964; STÜRUP, G. K.: *Niederschriften*, IV, 196).

(205) En torno a la peligrosidad *in concreto*, *vide*: STRATENWERTH, G.: *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht*, en *R. P. S.*, 82 (1966), 337 ss.

(206) Dirección que arranca del *Proyecto Ferri* de 1921 y del *Mental Deficiency Act inglés* de 1913. Una visión comparada en HERMANN, Horst: *Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, Bonn, 1954, 201 ss.; Acerca del internamiento en el Derecho penal alemán, *vide*. BAUMANN, J.: *Unterbringungsrecht*, Tübingen, 1966.

de la pena (*bedingte Strafaussetzung*) o por medio del perdón condicionado (*bedingte Begnadigung*) en alguno de los casos límite que caen dentro del concepto de imputabilidad disminuida (207). Mas, de un lado, las voces que se pronunciaron en favor de la aplicación de la condena condicional tenían que provenir necesariamente de países en los que se admitía *de facto* y con visos de sanción legal próxima la denominada imputabilidad disminuida, por cuanto en los sistemas legislativos partidarios de la tesis de la *indivisibilidad*, la lógica jurídica impedía o, cuando menos, dificultaba enormemente su aplicación allí donde se fijaba un “límite legal” en orden a su concesión y faltaba, por añadidura, un régimen de prueba, pues tales individuos venían, a efectos de tratamiento, equiparados a los inimputables, a no ser que normas posteriores estableciesen un tratamiento diferenciado (208). Y, de otro, porque, al requerirse en los supuestos de imputabilidad disminuida una atenuación obligatoria de la pena y concebirse la suspensión condicionada de la misma y el perdón condicionado —que, durante algunas décadas, han recorrido su camino europeo por sendas paralelas—, como actos de premio (*Lohntheorie*) o, en todo caso, como una “suavización o minuciación” de la penalidad, la aplicación de una y otro venía a resultar necesariamente lógica en aquellos supuestos a los que correspondía “una pena disminuida” (209).

Sin embargo, el planteamiento inicial del problema era del todo incorrecto, puesto que, con arreglo a sus premisas, quedaban sin cumplimiento, de una parte, el fin de prevención especial —la curación del condenado—, y, de otra, el de prevención general —la eficaz protección de la comunidad—, a pesar de ir complementada la condena condicional con una especie de patronato o tutela (210). Ello

---

(207) CRAMER: *Gerichtliche Psychiatrie*, Jena, 1903, 38 s.; IWANOF: *Referat, en Neurol. Col.*, 21, 733 ss.; HÜBBE: *Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Breslau, 1902, 24 ss.

(208) Cómo ha hecho Inglaterra a partir del *Criminal Justice Act de 1948* y del *Mental Health Act de 1959*. *Vide infra*, 360 ss.

(209) Esta latitud de “graciosidad” que en sus orígenes ha presentado la condena condicional determinó el que se la tachase por algunos de “bono de impunidad” (*Vide*, SALDAÑA, Q.: *Los Orígenes de la Criminología*, Madrid, Suárez, 1915, 457 ss.).

(210) En este sentido, en Alemania se ha recurrido a la denominada *Schutzaufsicht*, especie de tutela o vigilancia (patronato), cuyo desarrollo se ha verificado en el derecho penal de los menores, pero que, a pesar de que puede imponerse como una obligación o carga (*Auflage*) del régimen de prueba (*Bewährung*), se diferencia netamente de éste, pues se llevaba a cabo por autoridades u oficiales diversas de las judiciales u ordinarias de ejecución de la pena (*Vide*, a este respecto: GOLDSCHMIDT: *Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs, mit einem Beiträge über Strafwesen und Strafvollzug in den Vereinigten Staaten von Amerika*, von Dr. HERR, en *VDA. Allg. Teil, IV* (1908), 386 ss., 435 ss., 459; DALLINGER-LACKNER: *Jugendgerichtsgesetz*, 1955, § 12, nota 18). Similar a la *Schutzaufsicht* es la *guardianship order* inglesa. Información detallada, en MAYER, H.: *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, 168 ss.; PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 331; GRAVEN, Philippe: *Quelques consi-*

ha venido a poner en claro que siendo la circunstancia atenuante de semi-imputabilidad una circunstancia modificativa de la responsabilidad debe lógicamente influir en la gradación de la pena (*régimen jurídico de aplicación*), pero no debe extenderse, sin más, a un terreno tan técnico como es el de la ejecución de dicha pena (*régimen jurídico material de ejecución*); pues así como la pena es medida de la imputación de una responsabilidad, su ejecución dependerá, en cambio, más que de otra cosa, de consideraciones de interés público y de las específicas disposiciones personales del sujeto en orden a su readaptación.

De ahí que, a la hora de la concesión de la condena condicional, deban tenerse en cuenta no solo la naturaleza del hecho delictivo —como índice, no de la peligrosidad del autor, sino de su personalidad real (211)—, sino también una *prognosis* de autor que no venga basada, como hasta ahora, en métodos puramente intuitivos (212).

Por consiguiente, no me parece oportuno conceder a los psicópatas la condena condicional allí donde falta un sistema apropiado de *prueba* que pueda proveerles de las medidas médicas y psicoterapéuticas aptas para lograr su curación (213) y asegurar, de otra parte, la protección de la colectividad mediante la oportuna vigilancia o supervisión.

Mas, llegados a este punto, hemos de reconocer que no *todos* los *sistemas de prueba* ofrecen, a este respecto, garantías suficientes en orden a realizar una aplicación correcta y, lo que es aún más importante, eficaz de la condena condicional en los semi-imputables. En este sentido, los problemas que presentan mayores dificultades son precisamente no tanto los relativos al *acto de concesión* de la condena condicional y de la orden de sometimiento al *régimen de prueba* —donde éste exista—, cuanto los inherentes a la revocación de dicha medi-

---

*derations sur le sursis*, en *Rev. inter. de crim. et pol. tech.*, XXIV (1970), 19; HELDMANN, H. H.: *Die Massnahmen der Sicherung und Besserung ohne Freiheitsentziehung*, en *Materielen...*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, Bonn, 1954, 241 ss. La reforma alemana de 1969 ha introducido en el capítulo de las medidas de seguridad la denominada *Führungsaufsicht*, especie de supervisión del comportamiento, distinta de la *Bewährungshilfe*, y muy similar a la *Schutzaufsicht* (*Vide*, PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 682 ss.).

(211) Debe advertirse que, a veces, la misma motivación impulsa a actuar al sano que al enfermo (GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 12). Y el fijar la atención sobre el acto (v. gr., falsificación de un documento público) nos demuestra la imposibilidad de que haya sido realizado por un individuo enfermo (v. gr., un imbecil).

(212) OHLIN y DUNCAN: *The Efficiency of Prediction in Criminology*, en *Amer. J. of Sociology*, 54 (1949), 441 ss.; MONACHESI, E. D.: *Prediction Factors in Probation*, 1932; HAKEEN, M.: *Prediction of Criminality*, en *Federal Probation*, 9 (1945), 41 ss.; WEIS, Kurt: *Zur Kontrolle und Bewährung Glueck'scher Prognosetafeln*, en *ZStW*, 82 (1970), 804 ss.

(213) Obsérvense, a tal efecto, los resultados expuestos en GRÜNHUT (*Probation and Mental Treatment*, 1963, 12 ss.), obtenidos por medio de medidas psicoterapéuticas perfectamente ensambladas en el mecanismo del *régimen de prueba* inglés.

da, tratándose, como en este caso se trata, de personalidades a caballo entre la imputabilidad disminuida y la inimputabilidad.

Así, suele ser motivo general de revocación —aparte, claro está, del no cumplimiento de alguna de las condiciones insertas en la *orden de prueba* (214)—, la realización de un nuevo delito por el condenado durante el período de prueba. Imaginemos, sin embargo, que el individuo sometido al *régimen de prueba* fuese un imputable disminuido —v. gr., un psicópata—, que, a causa de una agravación en su enfermedad, hubiera cometido durante el período de prueba ese segundo delito, pero como *inimputable*, en el sentido del art. 8.º, núm. 1.º, de nuestro Código penal. No cabe duda de que, en este caso, no tendría lugar la reacción estatal primaria, es decir, la pena. Pero, de otro lado, parece también correcta la revocación de la pena en suspenso correspondiente al primer delito, por cuanto el condenado condicionalmente ha incumplido uno de los requisitos que debería haber cumplido, no alcanzándose, por consiguiente, los fines perseguidos con dicha medida (215).

Sin embargo, la segunda solución no me parece admisible. Y la razón, a mi juicio, es que la validez del principio “no hay pena sin culpabilidad” debe hacerse extensiva también a la ejecución de la pena —en este supuesto, a las reglas de ejecución de la remisión condicional contenidas en la Ley de Condena condicional de 17 de marzo de 1908 (216)—. De modo que, no pudiendo reprochársele al autor la culpabilidad por el segundo delito —del que no es responsable—, si, en cambio, se le hiciese el reproche de haber incumplido las obligaciones o requisitos del régimen de prueba (es decir, el haber incurrido en los motivos que conforman los presupuestos del “*tipo*” de la *revocación*), dicho reproche sería idéntico al que valdría para llegar a

---

(214) Es fundamental delimitar claramente qué se entiende por requisitos o condiciones legales y cuáles son éstos, a fin de distinguirlos de los no preceptivos, en orden a la revocación (*Vide*, a este respecto: JOHNSON, A. R.: *Recent Developments in the Law of Probation*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 [1962], 200 ss.).

(215) Se trata, sobre todo, de que el sujeto *no reincida*, es decir, que no delinca de nuevo (la expresión reincidencia se toma aquí en un sentido muy lato), razón por la cual, uno de los presupuestos que conforman el *tipo de la revocación*, pero no el único, es siempre la comisión de un nuevo delito por el condenado condicionalmente.

(216) Así, en nuestro derecho, el *tipo de la revocación* está formado no sólo por la comisión, a título de dolo o de culpa, de un nuevo delito, sino también por el cambio de residencia del condenado, sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción o del municipal donde aquél no existiere o, una vez trasladado a otro lugar, sin advertirlo al Juez de instrucción o el municipal, en su caso, del lugar a que se hubiere trasladado dentro de los tres días siguientes al de su llegada. Véanse, en este sentido, los artículos 9.º, 10.º y 14.º de la Ley de Condena Condicional de 17-III-1908, que sigue vigente —en lo que no haya sido derogado por el Código penal o disposiciones posteriores—, incluso en aspectos *no adjetivos*, en contra de lo que suele afirmarse con ligereza, sino, más bien, *materiales o sustantivos*, como son los presupuestos que determinan la revocación de la condena condicionada.

fundamentar la nueva penalidad por los dos delitos, siendo así que el segundo no existe (217). En fin, revocar, en tal caso, la condena condicional equivaldría a admitir que el sujeto había violado culpablemente las obligaciones inherentes al régimen de prueba, que había realizado culpablemente el segundo delito. Y ello sería una aberración. Pues, si el sujeto no es culpable en lo que respecta al segundo delito, tampoco lo será para realizar los actos constitutivos de la revocación, cuyo *tipo* exige, en cualquier caso, que el sujeto sea imputable.

Estas consideraciones ponen de relieve que la realización de un hecho típicamente antijurídico durante el período de prueba no debe bastar por sí sola para llenar el *tipo de la revocación*; como tampoco es suficiente, a mi modo de ver, la realización de un delito (con todos sus elementos), mas *sin conciencia de la antijuridicidad de la revocación de la suspensión de la pena*, por cuanto la relevancia del *error de prohibición* —inadmisible en nuestro Derecho penal a estos efectos, y, por consiguiente, en lo que respecta a la suspensión condicionada de la pena (218)—, debería constatarse y apreciarse en algunos supuestos límite. En consecuencia, la revocación no debe ser ninguna consecuencia jurídico-penal inmediata de la nueva conducta punible, puesto que cabe siempre la posibilidad de que el inculpado cometa con dolo alguna infracción penal, pero desconozca su significación de delito o de falta, con la consiguiente relevancia que ello puede entrañar respecto a la revocación del “beneficio”. Otro tanto cabría decir en lo que hace referencia a las conductas culposas. Por consiguiente, en los sistemas legalistas —por lo general, la mayor parte de las legislaciones europeas continentales—, donde la comisión de un nuevo delito suele originar la revocación automática del “beneficio”, habrá de probarse y declararse en el proceso penal consiguiente que el sujeto no sólo conocía la antijuridicidad de su conducta, sino también que dicha acción constituía el *tipo de lo injusto de la revocación*, es decir, que actuaba con conciencia de que infringía la suspensión condicionada de la pena. Claro está, que, en definitiva, la contestación a tan difícil problemática

---

(217) Sin embargo, ello no impedirá la aplicación al sujeto (en consideración a su peligrosidad, de la que es índice la comisión de un nuevo delito, y a las necesidades que presente en orden a recibir un tratamiento psicoterapéutico clínico-estacionario), de una medida de seguridad.

En el sentido apuntado en el texto, el artículo 8.º del Código penal de 1870 disponía en su núm. 1.º: *No delinquen* y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: “El imbécil y el loco, a no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón”.

(218) En nuestro sistema y en la enorme mayoría de los que siguen el Derecho penal clásico-liberal, la *revocación se produce objetivamente*, bastando, así, la comisión de un nuevo delito. Otra cuestión es la de si, en nuestro Código, el término delito debe entenderse como comprensivo de delitos y faltas.

No deja de resultar curioso observar cómo las disposiciones contenidas en los artículos 207 y 208 del *Código de Justicia Militar de 1890* excluían de la aplicación de los delitos propiamente militares a los soldados, “*sin que conste habérselas leído antes de delinquir*”! Aunque, excepcionalmente, sí se aplicaban cuando se trataba de delitos en los que “se hallen también comprendidas las *personas no militares*”.

depende de la naturaleza que el instituto revista y los fines que se le hayan asignado en cada sistema jurídico en particular.

Sin embargo, hemos querido destacar, aquí, la enorme relevancia que posee el primero de los ejemplos traídos a colación —aún admitiendo la posibilidad de aplicar al inculpable una medida de seguridad—, si se tiene en cuenta que, en algunos casos, el revocar el “beneficio” y decretar, a renglón seguido, el internamiento, cuando está indicado un tratamiento ambulatorio representaría agravar deliberadamente la enfermedad, para lo que no puede considerarse que tenga facultades el legislador, porque repugna a cualquier mediana sensibilidad (219). Todas estas reflexiones ponen de manifiesto, una vez más, cómo la rigidez dogmática de los preceptos materiales o sustantivos no se aviene con el carácter eminentemente procesal del moderno instituto; el mecanismo de revocación en el Derecho penal anglosajón es buena prueba de ello.

## B) EL TRATAMIENTO PSICOTERAPÉUTICO AMBULATORIO

A la cuestión de la aplicabilidad de la condena condicional —con independencia de las formas y peculiaridades diversas que ésta suele adoptar en los distintos sistemas jurídicos nacionales (220)—, viene estrechamente vinculada la del tratamiento ambulatorio de las personalidades psicopáticas, por cuanto dicho tratamiento puede recibir aplicación como una obligación o condición inherente a la *orden de prueba* (*probation order* o *Bewährungsplan*) (221), al efecto de cumplirse en régimen de completa libertad o como una medida curativa que habrá de llevarse a cabo en un establecimiento psiquiátrico abierto o semi-abierto (en este segundo supuesto, tratamiento ambulatorio *clínico-estacionario*), mientras dura la suspensión condicionada del pronunciamiento formal de la condena o de la ejecución de la pena; aparte, claro está, de la posibilidad de suspender condicionalmente

(219) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte general*, 1970, 496 y 497.

(220) Resulta un tanto sorprendente observar cómo se habla de la naturaleza jurídica de la condena condicional, de sus fines, de su alcance, etc..., cuando una mera ojeada al Derecho comparado nos muestra que “no existe una condena condicional, sino diversos sistemas”. Véase, a este respecto: SCHRÖDER: *Bedingte Verurteilung*, en *NJW*, 1952, 7 ss.; VON LISZT, Fr.: *Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung*, en *VDA*, III (1908), 1 ss.; Götz: *Die Resozialisierung Verurteilter im neuen französischen Strafrechtsprozessrecht*, en *JZ*, 1960, 161 ss.; HARTENBERG: *Probation und Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Vergleich von Gesetzgebung und Methode zur Vermeidung unangebrachter Freiheitsstrafen in England, Amerika und Deutschland*, Diss. Mainz, 1955; JAUCH, R.: *Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. II, Bonn, 1954, 125 ss.

(221) En tal supuesto resulta imprescindible el consentimiento del inculpado a las imposiciones u obligaciones del régimen de prueba, ya que, en caso contrario, no deberá emitirse una *orden de prueba*. (Vide, en tal sentido, respecto a Alemania Federal: SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.ª ed., 1970, 169 s., en relación con las recomendaciones o instrucciones contenidas en el párrafo 24 b. párrafo 3, del Código penal alemán.)

—después de un transcurso de tiempo suficiente, en opinión de los médicos—, la ejecución de una medida de seguridad de internamiento (222), aunque, en este caso, incide más bien una cierta proximidad con el régimen de *parole system* (libertad bajo palabra) o de libertad condicional.

En la actualidad, el tratamiento psicoterapéutico ambulatorio de los semi-imputables aparece incluido en todos los inventarios de las diversas clases de tratamiento médico-psiquiátrico (223). Pero, a pesar de los resultados que por esta vía se han obtenido en algunos países (224), lo cierto es que, en la mayor parte, su admisibilidad resulta aún muy problemática (225), puesto que no se ha aclarado todavía de un modo definitivo por la doctrina y la jurisprudencia cómo ha de procederse en los casos de imputabilidad disminuida durante el denominado *período de prueba*, cuando efectivamente se haya concedido la condena condicionada (226). Por ello, las soluciones que suelen emitirse son diversas según el sistema jurídico del que provengan. De ahí que nos propongamos estudiar ahora los sistemas de la Alemania Federal y de la Gran Bretaña.

1. Durante largo tiempo se ha sostenido en la *República Federal Alemana* que las personalidades psicopáticas no deberían tener cabida en el *régimen de prueba* anexo a la suspensión condicionada de la ejecución de la pena (*Strafaussatzung zur Bewährung*) (227), por

(222) Como sucede en Inglaterra, Dinamarca, Suecia y, a partir de la reforma penal de 1969, en Alemania, donde se prevé tal posibilidad en el actual parágrafo 42 h del Código penal vigente (*Vide*, PETTERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch, Lehrkommentar*, 26.ª ed., 1970, 124 y 133 s.).

(223) BINDER: *Zur Frage der ambulanten ärztlichen Behandlung nicht voll zurrechnungsfähigen Delinquenten*, en *SJZ*, 48 (1952), 181 ss.

(224) Con relación a Gran Bretaña, *vide*: *The Results of Probation*, en *English Studies in Criminal Science*, X, 1961, y GRÜNHUT, Max: *Probation and Mental Treatment*, 1963, London, 22 ss.; HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, London, 1970, 226 s. Referencias sobre Derecho comparado pueden hallarse en el número extraordinario de *RDPC*, 50, marzo, 1970.

(225) Así, en Suiza, y a pesar de una fuerte corriente de opinión favorable a su admisibilidad, el Tribunal Supremo Federal ha persistido en su negativa a admitirlo (GERMANN, O. A.: *10 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch*, en *R. P. S.*, 67 (1952), 26; EL MISMO: *Ambulante psychiatrische Behandlung*, en *R. P. S.*, 68 (1953), 76 ss.; JACOMELLA, Sergio: *A propos d'une révision éventuelle*, en *R. P. S.*, 69 [1954], 453 ss.).

(226) *Vide*, a este respecto, *OLG Braunschweig*, en *NJW*, 1964, 1581, con anotación de DREHER; PREISER: *Urteilsanmerkung*, en *NJW*, 1965, 117.

(227) Acerca de las denominaciones diversas que la condena condicional ha recibido en Alemania (se ha llamado, con fundamentaciones diversas: *bedingte Begnadigung*, *bedingte Urtheil*, *bedingte Bestrafung*, *bedingte Verurteilung*, *bedingte Straferlass*, *bedingte Strafnachlass*, *bedingte Strafausschub*, *bedingte Strafaussatzung auf/ohne Bewährung*, *bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung*, etc.), y su desarrollo hasta la ley de reforma de 1953, véase: VON LISZT, Fr.: en *VDA*, III (1908), 1 ss.; EL MISMO: *Kriminalpolitische Aufgaben*, en *Aufsätze und Vorträge*, I (1905); DOHNA, Graf zu: *Die reichsrechtliche Regelung der bedingte Strafaussatzung*, en *Beiträge zur Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, Heidelberg, 1926, 82; EBERMAYER, L.: *Bedingte Stra-*

cuanto la falta de contención (228), la rareza, la falta de arrepentimiento, de sentido del honor y de conciencia, unidas frecuentemente a una inteligencia débil, por parte de tales individuos, llevarían a los asistentes u oficiales del régimen de prueba (*Bewährungshelfers*) a los límites de su paciencia; representando, de otro lado, una grave carga en lo que respecta a la restante tarea que dichos oficiales deben llevar a cabo (229). En este sentido, se afirmaba que el mecanismo inherente al régimen de prueba no produciría influjo alguno en la personalidad de esos autores.

Ello no obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953 (230) y de la Ley de Tribunales de menores (*JGG*), de idéntica fecha que la anterior, se introdujeron modificaciones sustanciales en lo tocante a la naturaleza de la condena condicional (231), instituyéndose, además, por vez primera.

*fassung und bedingte Verurteilung*, en *Hdw. der Rechtswissenschaft*, t. I, Berlín y Leipzig, 1926, 554 ss.; SIEVERTS, R.: *Bedingte Strafaussetzung und bedingte Verurteilung im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes*, en *EvJuHilfe*, 1952, cuaderno 3, 2 ss.; VON HIPPEL, R.: *Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurteilung in Deutschland*, en *GA*, 43, 99 ss. VON LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch*, 26.<sup>a</sup> ed., 1932, I, 444 ss.

(228) RECKLESS, W. C.: *The Crime Problem*, New York, 1961, 335 ss.; EL MISMO: *Halttheorie*, en *MschKrim*, 44 (1961), 1 ss.; donde ofrece una exposición detallada de las *Drucktheorie* y de las *Zugtheorie*.

(229) FAUST: *Gedanken zum Psychopathiebegriff im Rahmen der Bewährungshilfe*, en *BwH*, 9, 38 ss.; BROCHER, H. H. T.: *Die seelische Situation des Probanden*, en *BwH*, 4 (1957-1958) 143 ss.; KÖSTER, B.: *Greisenkriminalität und strafrechtliche Zurechnung*, Diss. Münster, 1958, 96 ss. Sobre el alto porcentaje de reincidencia, vide: SCHNEIDER, K.: *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 1950, 69 ss.

(230) GERSTNER, Alois: *Die Strafaussetzung zur Bewährung nach dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz (Strafrechtsbereinigungsgesetz)*, §§ 23-25 StGB, Diss. München, 1958; GRETHLEIN, G.: *Jugendgerichtsgesetz*, Berlín, 1959; EL MISMO: *Jugendarrest, Jugendstrafe und Bewährung*, en *NJW*, 1957, 1462 ss.; LANGE, R.: *Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz*, en *NJW*, 1953, 1161 ss.

(231) Las opiniones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la "Strafaussetzung zur Bewährung" han sido tan abundantes como desacordes (Vide, SCHUMACHER Theodor: *Die Rechtsnatur des Strafaussetzung zur Bewährung*, Diss. Göttingen, 1960). Ha sido considerada: a) Como una "medida de seguridad": VRIJ, M. P.: *Zum Problem der Strafaussetzung*, en *ZStW*, 66 (1954), 218 y 219; b) Como un "acto de gracia o perdón" (*Gnadenakt*): JUNKER: *Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (bedingte Straferlass) durch die Gerichte*, en *ZStW*, 63 (1951), 428, 444; MEISTER, H. G.: *Mängel der neuen §§ 23 ss. StGB*, en *DRiZ*, 1953, 218; ROESEN, A.: *Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1954, 867; c) Como "un acto de premio o recompensa" (*Lohntheorie*): OFTKER, Fr.: *Strafe und Lohn*, en *GS*, 70 (1907), 321, 362; FISCHER, Heimir: *Die bedingte Strafaussetzung*. Diss. Würzburg, 1927, 40; MAYER, Hellmuth: *Strafrecht, Allg. Teil*, 1953, § 65, I, 2; d) Como un "acto de medición de la penalidad por el juez": DALLINGER, W.: *Gerichtsverfassung und Strafverfahren*, en *JZ*, 1953, 432, 435; FREY, E.: *Ausbau des Strafsystems?*, en *ZStW*, 65 (1953) 22; EGNER, H.-E.: *Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht*, en *NJW*, 1953, 1860; e) Como "una medida de reforma" (*Besserungsmaßnahme*): SCHMIDT, E.: *Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges...*, en *ZStW*, 64 (1952), 7; KAUFMANN, Armin: *Die Strafaussetzung zur Bewährung*

en Alemania, el régimen de prueba (*Bewährung*) —según el modelo del *probation system*—, así como en lo que respecta a las obligaciones o prescripciones (*Auflagen*) inherentes a dicho régimen, las cuales, dicho sea de paso, siguiendo, asimismo, el modelo del *Criminal Justice Act de 1948* (232), pasaron a constituir la novedad más importante de la reforma en esta materia; hasta tal punto que un sector de la doctrina ha pretendido basarse en ellas para ver en todo el sistema “una medida unitaria de carácter general” (233).

*und das Verbot der reformatio in peius*, en *JZ*, 1958, 298; f) Como “una clase de pena independiente”: JAGUSCH, H.: *Über die Strafaussetzung zur Bewährung* §§ 23-25 StGB, en *JZ*, 1953, 688; ANMELUNXEN, R.: *Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter*, en *DRiZ*, 1953, 148; MAASSEN, H.: *Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsvereinigungsgesetz*, en *MDR*, 1954, 1; BLAU, G.: *Nochmals: “Die Sonderstrafe”*, en *JR*, 1953, 323; REH, H. J.: *Anmerkung zu einem Beschluss des OLG Köln vom 1.12.1953*, en *NJW*, 1954, 484; CÜPPERS, J.: *Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes...*, en *NJW*, 1952, 993; g) Como “una modificación de la ejecución de la pena privativa de libertad”; MITTELBACH, H.: *Zur Frage der Neuregelung des Gnadenrechts*, en *NJW*, 1951, 96; EL MISMO: *Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter*, en *JR*, 1955, 5; BRUNS, H. J.: *Die Strafaussetzung zur Bewährung*, en *GA*, 1956, 200; HELLMER, J.: *Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung*, en *JZ*, 1956, 714; PREISER, Fr.: *Zwei Grundfragen der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1956, 1221; SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 15 ed., 1970, § 23, *Ann.*, II; SCHÄFFSTEIN, Fr.: *Jugendstrafrecht*, 1959, § 25, I; h) Como “un nuevo medio o móvil de reacción”; DEMSKI, M.: *Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsaussetzung nach den, §§ 23, 24, 24a StGB*, *Diss Münster*, 1955, 22 ss.; PETERS, K.: *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, 1932, 168 ss.; i) Como “un tipo mixto” (*Mischtypen*): WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.ª ed., 1969, § 33, I, 4, 252; MAURACH, R.: *Deutsches Strafrecht*, 3.ª ed., 1965, *Allg. Teil*, § 64a, II, A; DREHER, E.: en *Stragesetzbuch*, de SCHWARZ-DREHER, 27.ª ed., 1965, § 23 *Ann. I*; DÜNNEBIER, Hans: *Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den Freiheitsentziehenden Massregeln im Entwurf 1960 eines Stragesetzbuchs*, en *ZStW*, 72 (1960), 32 ss. En sentido similar, vide: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2.ª ed., 1969, que habla de la “tercera vía o posibilidad” (*dritte Spur*) entre penas y medidas.

(232) La entrada en vigor del *Criminal Justice Act inglés de 1948* atrajo considerablemente la atención de los penalistas germanos, aumentando de forma sensible la literatura sobre el proceso inglés y la institución en concreto. Vide, en tal sentido: BARRELET, Horst: *Das Rechtsinstitut der Probation des angelsächsischen Rechtes*, *Diss.*, Hamburg, 1950; von CAEMMERER, Dora: *Probation; Aufbau und Praxis des englischen Systems der Bewährungshilfe*, München y Düsseldorf, 1952; HARTENBERG, W.: *Probation und Strafaussetzung zur Bewährung. Ein Vergleich von Gesetzgebung und Methode zur Vermeidung unangebrachter Freiheitsstrafen in England, Amerika und Deutschland*, *Diss.*, Mainz, 1955; PRANGE, K. P.: *Probation und Parole. Amerikanische Methoden zur Behandlung von Rechtsbrechern und ihre Bedeutung für die deutsche Strafrechtsreform*, *Diss.*, Mainz, 1953; WAHL: *Zur Strafrechtspflege in England (Criminal Justice Act, 1948)*, en *NJW*, 1950, 810 ss.

(233) Así, para JAGUSCH (en *Über die Strafaussetzung zur Bewährung*, en *JZ*, 1953, 688.), “la imposición de la pena, la orden de suspensión de la misma y las obligaciones forman una medida unitaria general”, “una pena a prueba” (*eine Bewährungsstrafe*). En sentido similar al de JAGUSCH, se han expresado también, aunque, tal vez, solamente en un aspecto meramente formal: BUCHWALD: *Zur Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe*, en *SJZ*, 1948,

Así pues, entre las diversas obligaciones o presupuestos (*Auflagen*) que preveía el parágrafo 24 del Código penal alemán, el núm. 3 del párrafo 1.º incluía la posibilidad de que el Tribunal impusiese al condenado, por todo el tiempo que durase el período de prueba, la indicación o recomendación (*Weisung*) de someterse a un tratamiento médico curativo (234). De ahí que, abierto el camino a la posibilidad de aplicar la condena condicional a los imputables disminuidos —siempre y cuando concurriesen los presupuestos del parágrafo 23—, comenzase la doctrina a plantearse la cuestión de los requisitos y límites de la imposición judicial de las obligaciones e indicaciones contenidas en el parágrafo 24 (235); y, ya en un plano más concreto, la posibilidad de encajar en dicho precepto la indicación de someterse a un *tratamiento psicoterapéutico*, bien fuese *ambulatorio*, bien *clínico-estacionario* (236).

Ahora bien, dicha finalidad suponía un alcance preventivista especial más allá del que encerraban los preceptos de la reforma. Y es que, aunque el parágrafo 23 exigía, para conceder la *Strafaussetzung zur Bewährung* la constatación de una *prognosis* favorable en el autor (*Täterprognose*) (237) —problema que, en todo caso, tendría que

211 ss.; WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.ª ed., 1969, 252: "... es materialmente un medio penal de un género especial"; JESCHECK, H. H.: *Die Konkurrenz*, en *ZStW*, 67 (1955), 549: "... una clase especial de pena"; LORENZ: *Die bedingte Verurteilung und die bedingte Entlassung*, en *JR*, 1949, 398: "... pena en el sentido técnico de la palabra"; CUPPERS: *Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes*, en *NJW*, 1952, 993: "... una nueva clase de pena"; ANMELUNXEN: *Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter*, en *DRiZ*, 1953, 148: "... una nueva pena educativa".

(234) Vide, 356 ss.

(235) Véase, al respecto: BRUNS, J.: *Rechtsgrundlagen und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen*, en *GA*, 1959, 193 ss.; EL MISMO: *Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen*, en *NJW*, 1959, 1393 ss.; DEMSKI, María: *Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsansetzung nach den §§ 23, 24, 24a StGB*, Diss. Münster, 1955; SCHNITZERLING, Manfred: *Von den Bewährungsauflagen und den Grenzen richterlicher Zuständigkeit, besonders aus verkehrsstrafrechtlicher Sicht*, en *MDR*, 1957, 201 ss.; PENTZ, A.: *Ist die Auflage, den Anweisungen des Bewährungshelfers zu folgen, zulässig?*, en *NJW*, 1958, 1768 ss.; PETERS, K.: *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters*, 1932, 183 ss.

(236) HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 245 ss., con un planteamiento crítico de la problemática que presenta la aplicación de la psicoterapia a cierto grupo o tipo de delincuentes sometidos al régimen de prueba: EL MISMO: *Die psychotherapeutische Behandlung von Rechtsbrechern*, en WÜRTEMBERGER, Th.: *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, 1961; REDHARDT, R.: *Strafaussetzung zur Bewährung*, en *MschKrim.*, 1958, 164 ss.

(237) MIDDENDORF, W.: *Teoría y práctica de la Prognosis Criminal*, Madrid, 1970, trad., por RODRÍGUEZ DEVESA, Ed. Espasa, 159 ss.; WEIS, Kurt: *Zur Kontrolle und Bewährung Glueck'scher Prognosetafeln*, en *ZStW*, 82 (1970), 804 ss.; GHERDS, Fr.: *Zur Kriminellen Prognosen*, en *MschKrim.*, 1960, 92 ss.; U. N. O.: *Resultats pratiques et aspects financiers du régime de la probation appliqué aux adultes dans certains pays*, 1954, 106 ss.; SYDOW, M.: *Erfolg und Misserfolg der Strafaussetzung zur Bewährung*, 1963, 68 ss.; Vide,

resolver el juez con sus propios medios, a lo sumo, mediante una "intuición ilustrada" (238)—, los esfuerzos individualizadores no pudieron pasar de ahí, puesto que los fines de prevención especial se vieron defraudados no sólo por el juego —funesto— de una fórmula tan inextricable como la del "interés público" (*öffentliche Interesse*) (239) —que determinaba la no aplicación del instituto a los delitos sexuales o a los delitos de tráfico con resultado dañoso (240)—, sino también por el establecimiento confuso e indistinto, pero obligatorio en todo caso (puesto que no se contaba con el consentimiento del condenado), de las obligaciones y recomendaciones inherentes a la condena condicional y al régimen de prueba, cuyos contornos no podían, de otro lado, ser más vagos e indefinidos, mas, que, al venir posteriormente delimitados por la jurisprudencia, habrían sido un instrumento de enorme utilidad, una vez desaparecido el obstáculo que representaba el no contar con el consentimiento del condenado. En fin, pese a que no faltaron autores que se pronunciaron por la posibilidad de admitir un tratamiento psicoterapéutico ambulatorio

en EXNER (*Kriminologie*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, 308 ss., 313) un programa de 15 puntos en orden a obtener una prognosis social desde un punto de vista racional; U. N. O.: *The Selection of Offenders*, 1959, 7 ss.

(238) OBSTFELD, Günter: *Richter und Bewährungshilfe*, en *BwH*, 61, 230 ss.; VERSELE, S. C.: *Quelques problèmes de la recherche scientifique en Belgique*, en *RDPC*, 1969, 132 ss.

(239) El núm. 1.º del párrafo 3.º del parágrafo 23 disponía: "No puede ser ordenada la suspensión (condicionada) de la ejecución de la pena: Cuando el interés público exija la ejecución de la pena". Ello ha supuesto que muchas de las concesiones de condena condicional ordenadas por los tribunales inferiores, en base a una prognosis de autor favorable, hayan sido revocadas posteriormente por el Tribunal Supremo Federal, en consideración a que el interés público exigía, en el supuesto debatido, la ejecución de la pena privativa de libertad. De otro lado, la doctrina, pese a haber "agriado" sus críticas, no ha logrado todavía descifrar el contenido de dicha fórmula, que tampoco puede entresacarse de la jurisprudencia, la cual se refiere a: "los intereses de la comunidad", "la exigencia de expiación", "la conservación de la fidelidad del pueblo al derecho", "la necesidad de intimidación o disuasión en el caso concreto". La aplicación de la fórmula del "interés público" suele ser muy frecuente en materia de delitos de tráfico (Vide: SCHWARZ-DREHER: *Strafgesetzbuch*, 30.<sup>a</sup> ed., 1968, 90 y 91; FRANKE, W.: *Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung*, en *DRiZ*, 1954, 164 ss.; PREISER, Fr.: *Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung* (§ 23 Abs. 3 Ziff. 1 StGB), en *NJW*, 1956, 1009 ss.; HEINITZ, E.: *Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZStW*, 70 (1958), 12 ss.; ROESEN, A.: *Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1954, 866 ss.; STEIN, H. W.: *Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung in § 23 Abs. 3 Nr. 1 StGB*, Diss. Köln, 1963; SCHNEIDER, R.: *Das öffentliche Interesse am Strafvollzug bei fahrlässigen Verkehrsstraftaten*, Diss. Bonn, 1957; WIMMER: *Entziehung der Fahrerlaubnis, Strafe und Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1959, 1513 ss.).

(240) HEINITZ, E.: *Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZStW*, 70 (1958), 12.

rio (241), permaneció en pie, no obstante, el problema de la *juridicidad* de la imposición de una medida de esa especie. Resulta curioso, además, que las principales objeciones vinieran del lado psicoterapéutico (242), pues, se afirmaba, ésta es materia del psiquiatra y del psicoterapeuta, ya que, en principio, se precisa una prognosis criminal del individuo lo más científica posible, a fin de considerar y prever las posibilidades de reincidencia que presenta —supuesto, en el que habría de negarse un tratamiento de esta especie en libertad y practicarlo entonces “intramuros” (243)—, y otros muchos problemas como los relativos a la duración del tratamiento y de la medida, etc... (244).

Pues bien; estas y otras consideraciones pusieron de relieve el hecho inconcuso de que, al excluirse del ámbito de aplicación de la condena condicional los delitos que revestían cierta gravedad —desde un punto de vista netamente retributivo—, un número considerable de delincuentes se vería privado de la posibilidad de verse sometido a dicha clase de tratamiento (245). Defecto éste que aparece unido al hecho de que el predominio del derecho escrito ha impedido notablemente el desenvolvimiento práctico o empírico de los métodos diversos de suspensión condicionada de la pena en Europa, por cuanto la introducción de tales métodos sólo podía realizarse en nuestro continente por la vía legislativa. Y es que, en definitiva, “El Derecho penal europeo, liberal de nacimiento, como hijo de la Revolución, conserva todavía *recelosa desconfianza* de las vigilancias policíacas y

(241) JAGUSCH (en *LK*, 8.ª ed., 1957, § 24 2). DREHER-MAASSEN (en *StGB*, 2.ª ed., 1956, § 24, 2) y SCHWARZ-DREHER (*StGB und Nebengesetze*, 30.ª ed., 1968, § 24, 2), así como DEMSKI, M.: *Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe*, en *NJW*, 1958, 2100.

(242) DÜHRSEN: *Psychogene Erkrankungen*, Göttingen, 1954, 170, cit. por DEMSKI, en *Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe*, en *NJW*, 1958, 2100.

(243) Debe tenerse en cuenta que, en materia de régimen de prueba, conviene contraponer de un modo claro las medidas educativas “*intra-muros*” y las “*extra-muros*”, como hace RAEBURN, W., en *Die Probation im englischen Gerichtssystem*, en *ZStW*, 70 (1958), 692 (202), pues la *probation* es una medida educativa “*extra-muros*”, “a pesar de que la idea de la pena sea idéntica para ambos casos”. Así, en Alemania se ha sostenido que no puede imponerse la medida o recomendación de “cura de deshabitación” o de “tratamiento psicoterapéutico” en un establecimiento de deshabitación, al menos sin consentimiento del inculpado (DREHER: *StGB und Nebengesetze*, 32.ª ed., 1970, 113).

(244) HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 248 y 249.

(245) Defecto señalado para Alemania por HILDE KAUFMANN, en *Soll die Strafaussetzung zur Bewährung auch weiterhin beschränkt bleiben auf Gefängnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten?*, en *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, 1965, 30 ss.; BIEDERMANN, W.: *10 Monaten Gefängnis*, § 23 *StGB und die Nöte der Strafrichter*, en *DRiZ*, 1956, 175 ss., y MAIHOFER, en *Berliner Universitätstage*, 1964, 19 ss.

de los arbitrios judiciales" (246). Razón por la cual, no debe extrañarnos que la mayoría de los sistemas del continente sean partidarios de establecer límites legales muy estrictos en orden a la concesión de la condena condicional (247), como si realmente tuvieran en sus manos la fórmula secreta "para destilar la duración de la prisión" (248).

Incapaz, pues, de salvar el obstáculo de la falta del consentimiento del condenado para aceptar las "cargas del régimen de prueba" y no atreviéndose a "extender dicho consentimiento" como necesario para todo tipo de obligación que haya de cumplir el sujeto prevenido (249), la dogmática jurídico-penal alemana urdió una distinción tan sutil como inútil y carente de relevancia práctica —pues, el problema sigue incardinado a una ampliación del arbitrio judicial—, aparte de que tampoco responde a una distinción real en el uso del

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

(247) Tanto el Derecho penal inglés como el de la mayor parte de los Estados de U. S. A. [(salvo en lo que se refiere a la *suspended sentence* utilizada en aquéllos desde hace largo tiempo e introducida en Inglaterra por el *Criminal Justice Act of 1967*, cuya sección 39 distingue entre "*Mandatory suspended sentence*" (suspensión de la ejecución de las penas que no excedan de seis meses) y "*Permissive suspended sentence*" (suspensión facultativa de las penas que no excedan de dos años) (Vide: *Criminal Justice Act, 1967, section 39: 1, 2, 3, 4 y 5*)], no establecen límites de pena para conceder la condena condicional y el *probation system*, distinguiendo sólo entre delitos, cuya pena está expresamente fijada por la ley —por lo general, los más graves—, y delitos cuya penalidad se deja al arbitrio judicial —a los que se aplican dichos institutos—. (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 [1968], 14 ss.; EL MISMO: *The English Penal System in Transition*, 1970, 271 ss.). Tampoco en Suecia existe límite. En Francia, puede concederse a penas de hasta cinco años de prisión, pero, en cambio, no se admite su concesión en las contravenciones o faltas (art. 473 del *Cód. de proc. pen.*). En Yugoslavia y en Polonia, el límite se fija en tres años. En Bélgica, a partir de la ley de junio de 1964, en dos años para la *probation* y tres para el *sursis*; en Suiza, un año; en Alemania, al igual que en España, un año y excepcionalmente a penas de dos años de prisión, aunque en el Proyecto de Código penal alemán de 1962 se fijaba el límite, primero en nueve meses y, después, en 18, y el *AE* 1966 lo establecía en los dos años, permitiendo, además, la suspensión condicional de la pena de multa y de la privación del permiso de conducir (Véase: *AE*, 2.<sup>a</sup> ed., 1969, párrafos 40 ss.). El Proyecto de código penal portugués de 1966 fija el límite —en contra del de 1963, que *no lo establecía*—, en los dos años.

(248) SAUERBRUCH: *Das war mein Leben*, Munich, 1951, 395, cit. por MIDDENDORF, en *Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal*, trad. por RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1970, 164.

(249) KRÜGER veía el principal obstáculo a la imposición de una medida de esa naturaleza en la no exigencia del consentimiento del prevenido, por cuanto dicho requisito resulta imprescindible en orden a la eficacia de una medida de naturaleza médico-psicoterapéutica (Vide: KRÜGER, Ralf: *Die psychotherapeutische Behandlung als Auflage im deutschen Strafrecht*, Diss. Freiburg i. Br., 1964; SCHMIDEBERG, M.: *Treating of the Unwilling Patients*, en *British Journal of Delinquency*, 9 [1958/1959], 117 ss.). De otro lado, y en relación con la posibilidad de la ayuda que un psicólogo puede prestar en el régimen de prueba, véase: FLIK, Gotthilf: *Einsatzmöglichkeiten der Psychologie in der Bewährungshilfe*, en *Psychol. Rundsch*, 6 (1955), 172 ss.

idioma (250): la de obligaciones o cargas (*Auflagen*) y recomendaciones (*Weisungen*). De este modo, y con la pretensión de constreñir al máximo (mediante preceptos sustantivos) la discrecionalidad judicial, se afirmó la obligatoriedad de las primeras —por ir dirigidas a la expiación y resocialización del autor— y la facultatividad de las segundas —desde luego, inviables sin dicho arbitrio—, dirigidas a establecer limitaciones de los derechos individuales, como la libertad de movimientos, de residencia, etc... (251).

En consecuencia, tanto el *E 1962* (252) como el *AE 1966* (253) establecieron de modo expreso la distinción entre obligaciones o cargas (*Auflagen*) y recomendaciones (*Weisungen*), en base a considerar que, mientras las primeras revisten un carácter *aflictivo o punitivo* (penal) (254) —por lo que forman un catálogo cerrado o *numerus clausus* que el juez impone al condenado con vistas a lograr la expiación y satisfacción de lo injusto cometido; de ahí que deban imponerse tan solo a aquellos individuos que no tengan necesidad de supervisión y asistencia durante el período de prueba (255), a fin de que experimenten, no obstante, “las reflexiones político-criminales de su condena” (256)—, las recomendaciones, en cambio, se orientan a la prevención especial, pudiendo el juez imponerlas electivamente (*numerus apertus*) al condenado que precise de asistencia en el régimen de prueba, a fin de que pueda llevar una vida ordenada tanto legal como socialmente (257), requiriéndose, además, aunque dentro de ciertos limi-

(250) PREISER, Friedrich: *Bewährungs- und Sicherungsaufsicht*, en *ZStW*, 81 (1969), 256.

(251) BRUNS: *Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen*, en *NJW*, 1959, 1393 y 1394.

(252) *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) - E 1962 - 4 Wahlperiode - Drucksache IV/650 des Deutschen Bundestages*, §§ 71-78 y 80.

(253) *AE eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil, 2.ª ed.*, 1969, §§ 41 y 42.

(254) Razón por la cual, el *AE 1966* (§ 41 (4) en relación con el § 48 (1) y (2), *Aussetzung des Strafrestes = bedingte Entlassung* o libertad condicional), mucho más consecuente que el *E 1962* y la actual reforma, afirma que, cuando se haya expiado totalmente una sentencia a prisión o se cumplan las previsiones referentes a la libertad condicional, no podrá el Tribunal imponer obligaciones (*Auflagen*), pues, su imposición, en tales casos, conduciría, sin duda, a una *doble penalidad*. Esta observación no se ha tenido, sin embargo, en cuenta por la reforma de 1969, que, en el § 57 (3) de la 2. *StrRG*, relativo a la libertad condicional o *Aussetzung des Strafrestes*, dispone que podrán imponerse a los liberados condicionalmente las previsiones contenidas en los §§ 56 a, al 56 f y el 56 (1): 1 y 2, los cuales establecen las obligaciones y recomendaciones que deberán imponerse en materia de condena condicional con régimen de prueba. El absurdo de dicha preceptiva resalta en forma evidente si se observa que, con arreglo a ella, podría imponerse a un individuo liberado condicionalmente —esto es, después de haber sido penado y haber cumplido una parte de su pena—, la obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado, pero como una carga del período de prueba, siendo así que dicha obligación resultaría del pronunciamiento e imposición de la pena privativa de libertad.

(255) § 74 (I), (II) y (III) del *E 1962*.

(256) PETERS-PREISENDANZ: *StGB*, 26.ª ed., 1970, § 24 a I.

(257) § 75 (I), (II), (III) del *E 1962*.

tes (258), el *consentimiento* expreso del prevenido para poder ser sometido a una medida de tratamiento psicoterapéutico o de deshabitación ambulatorios (259).

Ello no obstante, la escasa relevancia práctica de tal distinción se destaca netamente, si se observa que, para imponer las obligaciones (*Auflagen*), es asimismo necesaria la prestación del consentimiento del inculcado (aunque la ley no lo diga expresamente), pues, si el condenado *no se presta* a cumplirlas, obviamente no deberá concedérsele la condena condicional. En fin, el planteamiento doctrinal ha sido recogido y sistematizado por la reforma penal de 1969, que, dicho sea de paso, no ha llenado en este punto el vacío dejado por la reforma anterior de 1953; de modo que han sido la jurisprudencia y legislación de algunos estados de la Federación los que han tenido que colmar la laguna (260). Sin embargo, en esta materia, la reforma ha introducido (261) —“junto a otras pretendidas novedades” como, por ejemplo, la “amonestación con reserva de pena” o *Verwarnung mit Strafvorbehalt* (262)—, una novedad de la mayor importancia, como es el

(258) Así, no tendrán ninguna validez las recomendaciones que violen derechos fundamentales del condenado, como los recogidos en el art. 1 de la *Grundgesetz* (GG) o Ley Fundamental, sus opiniones religiosas, etc... Como tampoco está obligado el individuo a aceptar determinado tipo de tratamiento curativo, como, por ej., el *electroschock*, el narcoanálisis, etc... (Vide: LACKNER-MAASSEN: *Strafgesetzbuch*, 1970, 50 s.).

(259) § 75 (III) del E 1962 y § 42 (III) del AE 1966.

(260) Vide: *Allgemeine Verfügung Bad.-Württ* de 3 de julio de 1959, *Justiz* 116.

(261) *Das Erste Strafrechtsreformgesetz* (1 *StrRG*), en vigor a partir del 1 de septiembre de 1969 y del 1 de abril de 1970. (Vide, al respecto: STURM, R.: *Die Strafrechtsreform zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts*, en *JZ*, 1970, 81 ss., en esp. 84 ss.; HORSTKOTTE, H.: *Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nach dem 1. September 1969*, en *NJW*, 1969, 1601 ss., en esp. 1602, 1603, 1604 y 1605; KUNERT, Franz: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 537 ss. y 540; SCHWITZKE, H.: *Straferlass oder Strafaussetzung wegen Neufassung von Stravorschriften. Eine kritische Betrachtung zu Art. 97 Abs. 1 des 1. StrRG und § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F.*, en *NJW*, 1970, 550 ss.; HOHLER, R.: *Die Strafrechtsreform, Beginn einer Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1225 ss.; KUNERT, Fr.: *Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1969, 1229 ss.; BERISTAIN, Antonio: *La reforma del Código penal alemán*, en *ADP*, t. XXII, fasc. II (1969), 371 ss.; MÜLLER-EMMERT: *Die Kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1969, 245 ss.

(262) La difusión que la institución de la *Verwarnung mit Strafvorbehalt* (amonestación con reserva de pena), ha recibido en la doctrina penal germana hizo que, incluso BATAGLINI, se ocupase de ella, allá por los años 40 (BATAGLINI: *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 1940, 260, nota 1: la traslada al italiano con el título de “*diffida con riserva di pena*”). Aunque dicha institución no pertenece propiamente al marco de la tradición jurídica alemana, sino más bien al de la tradición anglosajona, la renuncia a la imposición de la pena venía prevista en la *Jugendgerichtsgesetz*, § 27 y en el *Proyecto de Código penal alemán de 1935* (Vide, GRAU: *Verwarnung mit Strafvorbehalt*, en *Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, dirigido por Franz Gürtner, Berlín, 1935, 183 ss.). Con motivo de la preparación de los proyectos de reforma penal, volvió a insistirse de

equivalente a la institución inglesa del “*Absolute o Unconditional Discharge*” (263), esto es, la denominada *Absehen von Strafe* o renuncia a la imposición de la pena, con precedentes en la doctrina y legislación germánicas, y que consiste en la suspensión sin condición alguna de la declaración de culpabilidad, renunciando, de este modo, el tribunal a imponer la pena (264), aunque, a decir verdad, el sentido restrictivo que se le ha dado determinará el que se convierta en un simple acto de gracia o de perdón (265).

nuevo sobre la conveniencia de su introducción legal. Así, prefiriéndola a la *Strafaußsetzung* introducida en 1954: WELZEL, H.: en *Niederschriften*, I, 104, 188; III, 127; HALL, J. E.: en *ZStW*, 66 (1954), 95; MAYER, H.: *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, págs. 144 ss.; partidarios de su introducción al lado de la actual *Strafaußsetzung*, fueron: LACKNER: *Niederschriften*, I, 186 (“especial medio amigable de resocialización”); EL MISMO: *Niederschriften*, III, 122 (“destinada a la pequeña criminalidad”); SCHMIDT, Eb.: *Niederschriften*, III, 126 (“... su introducción al lado de aquella no supondría complicación alguna, sino una necesaria y feliz diferenciación”). Finalmente, el Proyecto Alternativo (en *AE*, 2.ª ed., 1969, 112 ss, 210 y 211) la introdujo en su párrafo 57. En la actualidad, el párrafo 59 de la 2. *StrRG* dispone que en caso de que alguien haya sido condenado a una pena de multa, el tribunal puede, junto a la declaración de culpabilidad, advertirle, determinar la pena y reservarse la condena a esta pena, siempre y cuando es de esperar que en el futuro el autor no cometerá nuevos delitos, si concurren en el hecho y en la personalidad del autor especiales circunstancias; y, finalmente, si “la defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung* = “*öffentliche Interesse*”) no exige la imposición de la condena (Vide. PETERS-PREISDANZ: *Strafgesetzbuch*, 26.ª ed., 1970, 676 y 677; HOHLER: *Die Strafrechtsreform. Beginn einer Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1226; KUNERT, F.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 538). Por consiguiente, junto a unos supuestos discrecionales de renuncia al ejercicio de la acción pública por el fiscal (153 a, párrafo 1.º del *StPO*) o de sobreseimiento por el Tribunal (153 a, párrafo 2.º del *StPO*, así como el 260, párrafo 4.º; Vide: SCHÖNKE-SCHRÖDER: *StGB. Kommentar*, 15ª ed., 1970 *Rdn.* 42 § 13), existe el supuesto obligatorio (?) del actual § 16 (*Absehen von Strafe bei schweren Tatfolgen*). (Véase: MEZGER-BLEI: *Strafrecht*, 14.ª ed., 1970, I, 348 s.).

(263) Vide *infra*, 335, nota 166.

(264) “La renuncia a la imposición de la pena” (*Absehen von Strafe*), tal y como viene prevista por el párrafo 60 de la 2. *StrGB* (párrafo 16 del *StGB*), no debe entenderse como un acto de gracia, puesto que la pena no ha sido todavía impuesta: lo que sí se ha suspendido *sine die*, es decir, incondicionalmente, es la declaración de culpabilidad del Tribunal (Vide: *Alternativ-Entwurf*, 114 y 115; PETERS-PREISDANZ: *Strafgesetzbuch*, 87 y 677; KUNERT, E.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 538; MÜLLER-EMMERT, en *JZ*, 1969, 248). Por consiguiente, si la *Absehen von Strafe* implicase una suspensión “condicionada” de la pena, la transposición literal de la “*unconditional discharge*” inglesa al alemán sería: “*bedingte Absehen von Strafe*” (Vide, en el sentido del texto: HALL WILLIAMS, J. E.: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 [1968], 14).

(265) Así, limitada su concesión a aquellos casos conflictivos o trágicos (en las lesiones de larga duración a causa de accidentes de tráfico o en los casos en que el daño o perjuicio de la víctima ha afectado también al autor —muerte del hijo por una actuación culposa del padre—), siempre que la pena no exceda de un año de duración, su aplicación se verá convertida, con tal reducción, en un acto discrecional de gracia o de perdón (Véase, a este respecto: MEZGER-BLEI: *Strafrecht*, 14.ª ed., 1970, I, 349; PETERS-PREISDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 87 s.; WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 1969, 250, pro-

En resumen, la legislación actual, en base principalmente al *E 1962*, establece una delimitación tajante entre obligaciones y recomendaciones, asignando a unas y otras los mismos fines que el referido proyecto y el *AE 1966* les asignaban (266), reafirmando la flexibilidad de las *Weisungen* y la posibilidad de un tratamiento psicoterapéutico ambulatorio (267), por cuanto se hace más hincapié en la necesidad del consentimiento del condenado en orden a aceptar una medida de tal naturaleza, pero, prestado como un consentimiento positivo, eficaz, de verdadera entrega (268), es decir, no sólo en lo que respecta a la aceptación de una orden tal, sino también en lo tocante a llevarla a cabo con una voluntad real de curación (269).

Descartado, ahora, el problema de la juridicidad de la imposición de tal medida, subsisten, sin embargo, la mayor parte de los obstáculos que en la legislación precedente hacían inviable la efectividad de dicho tratamiento. Así, sigue en pie el problema de la compatibilidad de la duración del tratamiento con la del período de prueba, como también el relativo al hecho de que, siendo el límite legal para la concesión de la condena condicional muy reducido —se aplica a las penas privativas de libertad de un año y, excepcionalmente, de dos años de duración—, la mayor parte de los delincuentes se verán, consecuentemente, privados de una posibilidad de tal naturaleza. Mientras que, de otro lado, al prohibirse expresamente por la ley la posibilidad de suspender condicionadamente las penas de prisión de un *minimum* de seis meses de duración —cuando así lo exija la “defensa del orden jurídico” (270)—, no sólo no se cumplen los fines que en Europa se han asignado a dicho instituto —es decir, la sustitución y progresiva supresión de las penas privativas de libertad de corta duración (271)—,

pugnando su aplicación a “los resultados trágicos derivados de una actuación culposa”).

(266) PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, § 24a, 95 ss.

(267) DREHER: *Strafgesetzbuch*, 1970, 113; PETERS-PREISENDANZ: *StGB*, 1970, § 24b, 96 y 97.

(268) STURM: *Die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1970, 86; PETERS-PREISENDANZ: *StGB*, § 24b (3).

(269) DEMSKI, M.: *Psychotherapeutische Behandlung als Bewährungsaufgabe*, en *NJW*, 1958, 2100; MENG, Hellmuth: *Bewährungsaufgaben in ihrer kriminalpädagogischen Bedeutung*, en *BwH*, julio 1954, 69 ss.; SCHMIDEBERG, M.: *Treating of the Unwilling Patients*, en *British Journal of Delinquency*, 9 (1958/1959), 117 ss.

(270) § 23 (3) del *StGB* actual.

(271) APPELIUS, H.: *Die bedingte Verurtheilung und die anderen Ersatzmittel für kurzzeitige Freiheitsstrafen*, 2.<sup>a</sup> ed., Cassel, 1890; WACH, A.: *Die Reform der Freiheitsstrafe*, Leipzig, 1890; VON LISZT, Franz: *Kriminalpolitische Aufgaben*, en *ZStW*, tomos 9/452; 9/737; 10/51; 12/161; SICHART, E.: *Über Schärfung und Milderung der Freiheitsstrafe. Ein Beitrag zur lex Heinze*, en *ZStW*, XIII (1893), 906 ss.; MITTELSTÄDT: *Für und wider Freiheitsstrafe*, en *ZStW*, II (1882), 419 ss.; VON LISZT, Franz: *Welche Massregeln können dem Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe empfohlen werden?*, en *MittlKV*, I (1889), 44 ss.; VILA Y MIQUEL, E.: *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*, Madrid, 1917. En contra: KIRCHENHEIM: *Gegen “bedingte Bestrafung”*, en *GS*, 38, 12 ss.;

sino que, también, se perturba el tratamiento adecuado a la personalidad de los individuos que caigan dentro de este supuesto. Ello, aparte, claro está, de la subsistencia de la “absurda, arbitraria e indescribable” fórmula del “*interés público*”, que ha pasado ahora a ser sustituida por la no menos enigmática de “defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung*) (272).

2. En *Ingllaterra*, país que, sin lugar a dudas, marcha a la cabeza en materia de tratamiento ambulatorio de las personalidades psicopáticas, el desarrollo y perfeccionamiento legislativo del “*mental treatment*” en el marco de la *probation* se ha producido en dos etapas distintas, pudiendo, no obstante, señalarse algún precedente muy cercano a nosotros (273).

a) En primer término, y al efecto de intensificar el régimen de prueba, el *Criminal Justice Act de 1948* establecía algunas disposiciones facultando al tribunal para imponer ciertos requisitos u obligaciones en la *orden de prueba (probation order)* dirigida al delincuente al que se le ha suspendido el pronunciamiento formal de la condena (274).

En este sentido, la *sección 4.ª*, párrafo 1.º, disponía que, tratándose de un individuo al que no procedía aplicar un *proceso de certificación*

---

EL MISMO: *Bedingte Bestrafung*, en *GS*, 43, 51 ss.; SCHWARZE: *Für die Freiheitsstrafe*, 1880.

(272) Acerca de la problemática que ha planteado este “nebuloso” concepto, véase: KUNERT, F.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1969, pág. 539; HORTSKOTIE: *Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nach dem 1 september 1969*, en *NJW*, 1969, 1603 y 1604; STURM: *Die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1970, 85; HOHLER: *Die Strafrechtsreform. Beginn der Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1227; KUNERT: *Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1969, 1230. Más sugestiva, por referirse a las dificultades de aplicación práctica que encierra este concepto, es la bibliografía siguiente: KOCH, H. J.: *Die “Verteidigung der Rechtsordnung” bei Verkehrsvergehen*, en *NJW*, 1970, 842 ss.; Jurisprudencia alemana, en: *Zur “Verteidigung der Rechtsordnung” bei Fahrlässigkeitstaten*, en *NJW*, 1970, 870; *Zur “Verteidigung der Rechtsordnung” durch kurze Freiheitsstrafen*, en *NJW*, 1970, 871.

(273) En el *Report de 1932*, el Comité departamental para delincuentes habituales sugería en términos generales que un cierto número de esta clase de delincuentes pudiese beneficiarse del tratamiento practicado en el régimen de prueba (párr. 108, pág. 43). De igual modo, una *Circular del Ministerio del Interior*, de 20 de abril de 1932, declaraba que el tratamiento mental exigido por una *probation order* venía a ser incompatible con el carácter voluntario que se procuraba a los pacientes no sometidos a *procesos de certificación* bajo el *Mental Treatment Act de 1930* (Véase, al respecto: GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, London, 1963, 5 y 6).

(274) No debe confundirse el sistema de *Conditional Discharge* con el de *probation order*, puesto que, aunque presuponen ambos una suspensión condicionada del pronunciamiento formal de la condena, *upon conviction* —es decir, los dos presuponen una *conditional discharge*, previa declaración de culpabilidad—, el primero, en cambio, no va seguido de un régimen de prueba, mientras que el segundo es en esencia un “*probation system*” (Vide: GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 2 ss.; WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 168 ss., 273 ss.; GILES, F. T.: *The Criminal Law*, 1963, 165 ss.; CROSS AND JONES: *Introduction to Criminal Law*, 1964, 413 ss.).

(de internamiento) por enfermedad mental o demencia con arreglo a las prescripciones del *Lunacy Act de 1890* ó del *Mental Deficiency Act de 1913*, pero que, ello no obstante, estaba necesitado de tratamiento psiquiátrico o psicoterapéutico, podía entonces el tribunal incluir en la *probation order* (275) la obligación del delincuente a someterse, por un período no superior a doce meses (276), a tratamiento bajo dirección o supervisión médicas.

Las clases de tratamiento previstas, a tal efecto, por el *Criminal Justice Act de 1948* eran:

— Tratamiento en calidad de paciente *voluntario* bajo la sección 1.<sup>a</sup> del *Mental Treatment Act de 1930* en un asilo, hospital o institución aprobadas por el Ministro de Sanidad (*treatment as a voluntary patient*).

— Tratamiento en concepto de paciente *residente* en una institución idéntica o similar (*treatment as a resident patient*).

— Tratamiento en calidad de paciente *no residente* en las mismas instituciones o en las que se especifique en la orden de prueba (*treatment as a non-resident patient*).

— Y, por último, tratamiento bajo la dirección de un médico-psiquiatra debidamente calificado, según se indique en la orden (277).

Por consiguiente, a partir de 1948, eran factibles: un *tratamiento clínico-estacionario* en calidad de paciente voluntario en una institución que podía ser un *Mental Hospital* u otra aprobada por el citado Ministerio; un *tratamiento ambulatorio* en hospitales o instituciones análogas; y, finalmente, un *tratamiento bajo la dirección* de un psiquiatra, psicólogo o psicoterapeuta (278).

Sin embargo, y dado que la terminología usada por la sección citada del *Act de 1948* podría inducir a error, tanto para el sometimiento a una *probation order* como para entrar en un "*mental hospital*", a fin de recibir tratamiento médico-psiquiátrico adecuado, se

(275) Ello no obstante, en los debates sobre el *Criminal Justice Bill*, que derivó en el *Act de 1948*, se discutió, con enorme agudeza, por qué la condición de incluir en una *probation order* el sometimiento a un tratamiento psiquiátrico sólo era factible *antes de los tres meses de establecida dicha orden* por el Tribunal (Véase: *Mental treatment and Probation*, en *The Howard Journal*, VII [1947/1948], 155).

(276) La *Howard League* propuso, sin éxito, que el límite de los 12 meses se aplicase únicamente al tratamiento de naturaleza *residencial* (Vide: *Summary of Criminal Justice Bill*, en *The Howard Journal*, VII [1947/1948], 181).

(277) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 2 ss.; EAST, Sir Nordwood: *Medical Aspects of the Criminal Justice Act, 1948*, en "*A Symposium on the Criminal Justice Act, 1948*", en *The Journal of Criminal Science*, vol. II (1950), 120 ss.

(278) VON CAEMMERER, D.: *Probation. Aufbau und Praxis des englischen Systems der Bewährungshilfe*, 1952, 138 ss.; JAUCH, R.: *Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung*, en *Materialien*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, 1954, 135.

requería indefectiblemente el *consentimiento* del paciente, el cual pasaba en cualquier caso a ser un “*voluntary patient*” (279).

A nadie puede, en suma, ocultársele el enorme progreso contenido en las prescripciones del *Criminal Justice Act de 1948*, pensadas única y exclusivamente para aquellos supuestos en que hubiere recaído una declaración de culpabilidad, es decir, *upon conviction*; razón por la cual se excluyen los supuestos de enfermedad mental (*insanity*) (280); Y, desde el punto de vista de política criminal, dirigidas a algunas categorías de delincuentes contra la propiedad, sexuales y violentos (281), requiriéndose, sobre todo, una sustancial discrecionalidad judicial, asesorada en todo caso por un experto médico, que es el que, en definitiva, habrá de pronunciarse sobre la necesidad que presente el paciente de esa especie de tratamiento (282).

b) Pero de mayor importancia, si cabe, que la legislación precedente es la contenida en el *Mental Health Act de 1959* (283), por cuanto no sólo ha supuesto una reactivación de disposiciones anteriores, sino que, además, ha añadido una serie de preceptos de enorme relevancia acerca de los psicópatas, siendo de destacar la tendencia a conceder a los psiquiatras amplios poderes y responsabilidades, de las que —se ha notado (284)— parecen poco predispuestos a servirse.

α) En primer término, la *sección 60 del Mental Health Act de 1959* reafirma, de un lado, la vigencia de las prescripciones contenidas en la *sección 4.<sup>a</sup> del Criminal Justice Act de 1948* y, de otro, distingue solamente dos clases de tratamiento: el *residencial (clínico-estacionario)* y el *ambulatorio o no residencial*. Pero, además, adquiere

(279) Se exige, pues, el consentimiento prestado a la *probation order* y el dado al tratamiento, el cual puede retirarse sin que implique una negación al cumplimiento de los términos de la *probation order* (vr. gr., negarse a un tratamiento de *electroshock*, a seguir con un determinado psiquiatra, etc...) (*Mental Treatment and Probation*, en *The Howard Journal*, VII [1947/1948], 154).

(280) Sección 4 del *Criminal Justice Act de 1948* (Vide: GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 6).

(281) HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, London, 1970, 229.

(282) En el dictamen psiquiátrico o médico han de pesar, además de las consideraciones puramente técnicas, otras muchas, como la capacidad que posean las autoridades médicas del distrito en orden a facilitar dicho tratamiento. Así, en la práctica, las disposiciones se aplican de modo diverso, según las distintas ciudades o los distritos de la misma ciudad (GRÜNHUT, Max.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 6 s. y 46 s.).

(283) Aunque de escasa relevancia en materia de tratamiento ambulatorio, deben tenerse, también, en cuenta las modificaciones introducidas por el *Criminal Justice Act de 1967* en materia de *probation* (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 255 ss.). Sin embargo, la *Sentence suspended* (suspensión condicional de la pena, introducida en Gran Bretaña por el *Act de 1967*), no podrá incluir el *régimen de prueba*, ni por consiguiente, una *probation order* con la obligación de someterse a tratamiento (Vide: HALL WILLIAMS, J. E.: *Ob. cit.*, 272 ss., esp. 274 y 275).

(284) GIBBENS, T. C. N.: *Le Traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RCSCrim.*, 1969, 633.

aún mayor relieve la eficacia concedida al consentimiento del individuo sometido a tratamiento, puesto que podrá pedir en cualquier momento su liberación del hospital (285); derecho que aparece, sin embargo, limitado por la obligación legal asumida con anterioridad por el interesado y contenida en la *probation order* de permanecer en un hospital por un determinado período de tiempo —12 meses (286)—, salvo que, con arreglo al criterio del personal médico de la institución, no esté todavía en condiciones de salir en libertad. Si bien, interesa subrayar que el rehusarse a determinado tipo de tratamiento por parte del *probationer* [(v. gr., a un tratamiento quirúrgico, eléctrico, etc... (287)] no se valora como una infracción de las condiciones o requisitos ínsitos en la orden de prueba (288).

β) De otra parte, es de destacar que, a fin de soslayar dificultades precedentes, el *Act* referido establece cuatro categorías de deficiencias mentales, al efecto de asignar a cada una de ellas el tratamiento adecuado. La enfermedad mental (*mentally ill*), la anormalidad mental grave (*the severely subnormal*), la anormalidad mental (*the subnormal*) y el desorden o perturbación psicopáticos (*the psychopathic*) (289); de forma que ahora las disposiciones del *Mental Health Act de 1959* son también aplicables a las personalidades psicopáticas (290).

Ahora bien, además de la posibilidad de emitir una *probation order* en conformidad con lo dispuesto en la *sección 4.ª* del *Criminal Justice Act de 1948*, puede el Tribunal, con arreglo a la *sección 60 del Mental Health Act de 1950*, expedir una “*guardianship order*”

---

(285) Así, en una de las objeciones que se han dirigido a la *sección 4.ª* es la de que no da suficientes garantías de que un tratamiento de esta especie será completado o terminado; por consiguiente, aunque el rehusarse a seguir en el hospital puede, en principio, entrañar una ruptura de la *probation order*, el individuo permanecerá en libertad hasta que haya de comparecer ante el tribunal que decidirá sobre la revocación, sin que, de otro lado, el médico pueda obligarle a entrar de nuevo en el hospital (Véase: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 229).

(286) Este es, a mi modo de ver, uno de los principales defectos de la nueva regulación, que, si en época del *Criminal Justice Act de 1948*, parecía disculpable —por cuanto la duración del tratamiento era idéntica o coincidía con la del período de prueba (12 meses)—, no lo es, en cambio, a partir de 1967, en que la duración del tratamiento sigue siendo de 12 meses, mientras que la de una *probation order* alcanza los tres años de duración (así, THOMAS, D. A.: *Sentencing the Mentally Disturbed Offender*, en *Crim. L. R.*, 1965, 685 ss.; HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 256).

(287) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 5 (*secciones 6 (6) y 4 (5) del Criminal Justice Act de 1948*). Sobre el valor diverso que, en orden a la revocación, deben poseer las condiciones *legales* y las *no legales* (JOHNSON, A. R.: *Recent Developments in the Law of Probation*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 [1962], 200 ss.).

(288) GIBBENS, T. C. N.: *Ob. cit.*, 634 ss.; GRÜNHUT, Max.: *Ob. cit.*, 5.

(289) *Sección 4 (4) del Mental Health Act de 1959*. Véase: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 221; GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 51.

(290) GIBBENS, T. C. N.: *Le traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RSCrim.*, 1969, 637 s., y tablas de las págs. 641 y 642.

o una "hospital order". Una "guardianship order" (orden de tutela o vigilancia) implica un tratamiento "extra-muros", mas sin acudir a las normas que rigen en materia de *probation* (291); y puede ser establecida por el tribunal siempre y cuando se trate de delitos cuya penalidad no esté fijada por la ley (292), aunque implica, sin embargo, la declaración previa de culpabilidad (*conviction*). Ello no obstante, en lo tocante a las "hospital orders" u órdenes de ingreso en un hospital (293), el planteamiento es distinto, puesto que, si bien implican casi siempre la declaración de culpabilidad, cuando se trata de personas afectadas por una enfermedad mental o una anormalidad grave, puede el tribunal emitir una orden de esta naturaleza sin necesidad de recurrir a una declaración de culpabilidad (294).

Sin embargo, en relación con las *hospital orders* o decisiones de hospitalización, conviene señalar que, en virtud de lo dispuesto en la sección 65 del *Mental Health Act de 1959*, pueden ir acompañadas de una *restriction order* (295) u orden de restricción de libertad a efectos de salida del hospital, cuando, en atención a la naturaleza del delito, a los antecedentes del delincuente (*prognosis de autor*) y a los riesgos enormes de que aquel cometa nuevos delitos en el futuro (296), es necesario aumentar la protección de la comunidad. Una decisión de esta naturaleza lleva consigo ciertas restricciones, como la limitación de la facultad del paciente a obtener su liberación del hospital; liberación que no depende ya de la decisión de los médicos, sino del Secretario del Interior, por cuanto es éste el único que posee entonces la facultad de liberarle o transferirle a otra institución [sección 65 (3)]. Además, dicho organismo puede liberarle de modo absoluto (297) o bajo alguna condición; y, aún, en el caso de que se trate de un paciente condenado condicionalmente puede ser recla-

(291) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 51.

(292) HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 223 y 224.

(293) En consecuencia, han sido anuladas las disposiciones de la sección 30<sup>a</sup> del *Magistrates Courts Act de 1952* y las del *Mental Deficiency Act de 1913*, en lo tocante a las denominadas *reception orders* (órdenes de internamiento) (Véase: GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 51).

(294) Sección 60 (2) del *Mental Health Act de 1959*. En 1967, fueron emitidas *hospital orders* en el 1,273 % de los casos no penados por el Tribunal, frente a 628 *probation orders* emitidas según el tenor de la sección 4 del *Criminal Justice Act de 1948* (HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 223). Una diferenciación clara entre *guardianship order* y *hospital order*, en WALKER, Nigel: *Crime and Punishment*, 1966, 268 s.

(295) GIBBENS, T. C. N.: *Le traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RSCrim.*, 1969, 636; WALKER, N.: *Crime and Punishment*, 1966, 269; HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 224 s.

(296) GIBBENS, T. C. N.: *Prediction in Criminology*, en *The Howard Journal*, VIII (1952), 202 ss.; OHLIN: *Selection for Parole*, Russell Sage Fondation, 1951.

(297) No se trata aquí del sobreseimiento absoluto de nuestro derecho. Vide *supra*, 335, nota 166.

mado de nuevo mediante una orden de arresto (298). Resulta, de esta forma, una cierta proximidad entre este régimen y el de los establecimientos semiabiertos (299).

En fin, no pretendo estudiar aquí la efectividad de tales medidas —estudiada a fondo por GRÜNHUT (300)—, sino señalar tan sólo algunos de los problemas que tienen todavía vigencia. En este sentido, la mayor oposición al tratamiento “cuasi-extramuros” que implican las “*hospital orders*” ha venido del campo de los oficiales del régimen de prueba, los cuales han argüido, con razón, que, una vez decretado el internamiento del paciente, éste no dependerá ya del *probation officer* (oficial de prueba), sino de la vigilancia del médico o personal del hospital, por lo que, en tales supuestos, debería prescindirse por parte del tribunal de emitir una *probation order*, bastando, por el contrario, el simple establecimiento de una *conditional discharge* o condena condicional (301). Esto pone de relieve, una vez más, que, tratándose de condena condicional o de régimen de prueba, solamente debe procederse a un tipo u otro de internamiento psicoterapéutico, cuando existan establecimientos completamente diferenciados de los ordinarios, al modo, por ejemplo, de los *probation hostels*, etcétera..., establecimientos especiales de escasa capacidad y con un personal altamente especializado: aparte, por supuesto, de que a ellos van a parar individuos que todavía no están marcados con el estigma de la pena (302).

---

(298) HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 224.

(299) Vide, a este respecto: MACDONALD BELL, G.: *A Mental Hospital with Open Doors*, en *The Inter. Journal of Social Psychiatry*, vol. I (1951), 49 ss.; PONS: *Le traitement en milieu ouvert*, en *RDPP*, enero-marzo 1969, 127 ss.; *Zwanzig Jahre “Offene Strafanstalt für Männer”*.—Gustav Radbruch-Haus in Frankfurt am Main 1948-68, en *Z. für Strafvollzug*, 17/1 (1968), 29 ss. El § 42 III, n. 2 del Proyecto Alternativo (Vide: *AE 1966*, 2.ª ed., 1969, 129 y 130), dispone que, cuando no se den los requisitos o presupuestos para decretar el internamiento en un establecimiento terapéutico-social, puede ordenarse la estancia en un establecimiento abierto o semi-abierto como una recomendación (*Weisung*) del sistema de condena condicional (*StrafAussetzung zur Bewährung*), exigiéndose, claro está, el consentimiento del condenado (§ 42 III). En torno al concepto de establecimiento abierto o semi-abierto, vide: KALLWASS, W.: *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 119 nota 159.

(300) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 12 ss., ha estudiado en el año 1953 los resultados obtenidos con delincuentes contra la propiedad, con delincuentes sexuales, y en materia de delitos de violencia y otros.

(301) GRÜNHUT, M.: *Probation and Mental Treatment*, 1963, 7.

(302) *Probation Homes and Hostels*, en *The Howard Journal*, VII (1947/1948), 155 ss., MONGER, M.: *Probation Hostels in Great Britain*, en *Federal Probation*, 31, 3 (1967), 33 ss.; JAUCH, Rolf: *Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung*, en *Materialen zur Strafrechtsreform*, t. II, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, I, *Allg. Teil*, 1954, 135 y 136.

#### IV. EL INTERNAMIENTO DE LOS PSICOPATAS Y LOS ESTABLECIMIENTOS DE TERAPEUTICA SOCIAL

La problemática inherente al internamiento de los psicópatas es realmente una *vetata quaestio*. Durante la primera mitad de la centuria, la *praxis* utilizada normalmente con las personalidades psicopáticas ha sido: bien, declararlas inimputables, decretándose a renglón seguido su internamiento en un hospital o asilo, en el que faltaban los métodos terapéuticos y de disciplina adecuados (303); solución ésta la más frecuente, pero considerada, a todas luces, como insatisfactoria, ya que la especial estructura de la personalidad de tales individuos determinaba el que causarían enormes perturbaciones en el régimen interno de los hospitales, haciéndose indeseables al personal médico-psiquiátrico de los mismos, que, inmediatamente, los encuadraba en la rúbrica de “pacientes molestos” (304); o bien, eran declarados completamente inimputables (305), actuando, asimismo en este supuesto, como “perturbadores” (306) en el régimen normal de ejecución de la pena, donde eran “una verdadera cruz” (307), ya que no podía dárseles un tratamiento adecuado a la especial configuración de su personalidad, aparte de que dificultaban enormemente la labor emprendida con los demás reclusos, con los cuales litigaban de continuo, amén

(303) KALLWASS, W.: *Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme*, 1969, 93.

(304) KALLWASS, W. *Ob. cit., loc. cit.*; GIBBENS, T. C. N.: *Le traitement des délinquants anormaux en Angleterre*, en *RSCrim.*, 1969, n. 3, 633 ss., donde, con referencia al problema en Inglaterra, afirma: “Es necesario que el psiquiatra preste su consentimiento para que un enfermo sea enviado al hospital (privado) por el magistrado... Pues los psiquiatras ingleses andan con mucha cautela, porque los psicópatas son enfermos *impopulares*, que los médicos no quieren admitir en sus hospitales...” En idéntico sentido, *vide*: SACHS, Jan: *Zur Behandlung von kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschrKrim.*, 38 (1955), 78.

(305) DUKOR ha puesto de relieve (en *Zur Praxis der Massnahmen des schweizerischen Strafgesetzbuches*, en *R. P. S.*, 59 [1945], 288 ss., y en *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en *R. P. S.*, 66 [1951], 418 ss.) cómo en un determinado cantón suizo (el de la ciudad de Basilea) psicópatas criminales han sido declarados inimputables, si bien en base a los arts. 42 y 43 del Código penal suizo (no en virtud del 14 y 15). Incluso —afirma DECURTINS (en *Bisherige Erfahrung bezüglich der Art. 14 und 15 des schweizerischen Strafgesetzbuches*, en *R. P. S.*, 67 [1952], 458)—, la *praxis* ampliamente extendida de calificar por lo general a los psicópatas criminales como inimputables disminuidos se debe a un malentendido entre la Psiquiatría y la Ciencia del Derecho. El psiquiatra tendría que caracterizar, desde su punto de vista científico-naturalístico, de “anormales”, de “psicopáticos”, a individuos que, para el juez competente, no deberían ser mirados, desde el punto de vista moral, como enfermos, sino como personalidades “criminales”.

(306) “Difícilmente —destaca PETERS—, podrían tales individuos llegar a incluirse en la ejecución normal de la pena con fines pedagógicos, porque el marco ambiental del tratamiento no puede dejar de lado las características de los psicópatas graves, sin perturbar la adaptación de los demás reclusos” (*Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, Berlín, 1960, 281).

(307) MITTERMAIER, W.: *Gefängniskunde*, 1954, 56.

de dirigir insistentes escritos de queja a los ministerios de justicia. Si bien, en este último caso, las consecuencias eran mucho más lamentables, al no lograrse, de un lado, el fin de prevención especial.—su curación—, y, de otro, el de prevención general, esto es, la eficaz protección de la comunidad contra su peligrosidad. Sin embargo, tampoco mejoró su situación al venir calificados jurídicamente (308) como “imputables disminuidos” (309), pues, a efectos de tratamiento, iban a parar alternativamente a uno de los dos regímenes señalados anteriormente, según precisasen o no de tratamiento o cuidado médicos.

En la actualidad, el problema se ha visto desplazado del campo puramente jurídico-penal al psiquiátrico. Aunque, ciertamente, la psiquiatría no ha alcanzado aún su edad de oro, se encuentra, sin embargo, en constante evolución. Y, conscientes de una tarea que cumplir en la represión de los efectos antisociales que el delito lleva consigo, tanto la psicología general o profunda como la psiquiatría social (310) han hecho irrupción violenta en la moderna penología, reclamando con todo derecho un puesto preeminente en la lucha contra el delito;

---

(308) “El concepto de imputabilidad disminuida, como queda dicho, al igual que el de imputabilidad e inimputabilidad, no es un concepto médico-psiquiátrico, sino jurídico” (*Vide*, en este sentido: WYRSCH: *Gerichtliche Psychiatrie*, Bern, 1946 [hay traducción española del Dr. José M. SACRISTÁN, Espasa-Calpe, Madrid, 1949, 300]; MERGEN, A.: *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des 51 Abs. 2 StGB*, en *GA*, 1955, 193).

(309) “Un psicópata propiamente dicho es, en el sentido de la ley penal—afirmaba EXNER (en *Bemerkungen zu Stumpf: Erbanlage und Verbrechen*, en *MsschrKrim.*, 27 [1936], 338 s.)—, un imputable disminuido, mas no todos los imputables disminuidos son psicópatas”. En el mismo sentido, véase: MITTERMAYER (*Gefängniskunde*, 1954, 56 s.), aunque HELMUTH MAYER destaca cómo solamente pueden servir de base a la imputabilidad disminuida los estados que poseen valor de enfermedad, surgiendo, de este modo, el grave problema de determinar qué estados son tales, pues ni siquiera las definiciones de la psicopatía “dominantes” coinciden (*Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, 160).

(310) “Se ha hecho corriente el denominar “Psicología profunda” al modo de considerar la vida anímica inaugurado por FREUD y continuado por ADLER y JUNG...”, pero si tenemos en cuenta que el inconsciente pertenece en realidad a la vida anímica tanto como lo inconscientemente vivido, la Psicología no puede dejar de ser “Psicología profunda” si no quiere apartarse de su auténtico objeto” (LERSCH, Ph.: *La estructura de la personalidad*, trad. española por el doctor Ramón Sarró, Ed. Scientia, Barcelona, 1962, 584 y 585). Sobre las aplicaciones de la psicología profunda en la investigación del delito y en el tratamiento de los criminales, a través de AICHORN, ALEXANDER, REIWALD, FREUD, ALEXANDER y STAUB, JUNG, etc..., véase: MAUCH, G.: *Psychotherapie im Strafvollzug*, en *MsschrKrim.*, 47 (1964), 112, 113 ss.). Sin embargo, las cuestiones metafísicas no son susceptibles de resolverse empíricamente; de ahí que sea el juez quien asuma la tarea de valoración de la culpabilidad, pues esta no puede predecirse con ayuda de las fuentes psicológicas del conocimiento. Lo que no obsta, en cambio, para reconocer gran valor a los resultados obtenidos por el método psicopatológico descriptivo en orden a una valoración criminológica general de la personalidad del delincuente (*Vide*: GÖPPINGER, H.: *Psychopathologische und tiefenpsychologische Untersuchungsmethoden und ihr Aussagewert für die Beurteilung des Täterpersönlichkeit und des Schuldfähigkeit*, en *NJW*, 1961, 243 ss.).

razón por la cual ha llegado, en suma, a adquirir carta de naturaleza —gracias, por cierto, al psicoanálisis de FREUD, a la psicología individual de ADLER y al llamado método sintético de C. G. JUNG (311), que han sentado las bases de la ulteriormente denominada teoría de las “psicopatías constitucionales” (312)—, la teoría con arreglo a la cual, la ciencia psiquiátrica debe participar en la lucha contra el delito de dos formas fundamentales: en primer lugar, *directamente*, es decir, mediante la elaboración de análisis científicos de los diversos elementos estructurales de la personalidad que conforman las situaciones criminales típicas; y, en segundo, *indirectamente*, al recibir aplicación en la moderna ciencia penitenciaria, tanto con vistas a la clasificación de los penados, como respecto al tratamiento médico-psiquiátrico que puedan precisar y a la individualización de su régimen carcelario (313). De este modo, en la realización práctica de esta segunda tarea, la psiquiatría forense “selecciona con vistas a un tratamiento especial a aquellos individuos que, sin ser enfermos mentales en el sentido estricto del término, muestran, sin embargo, alguna deficiencia o anomalía mental (incluyendo, por supuesto, las anomalías de carácter sexual) (314); personalidades, en definitiva, que, en lugar de psicópatas, STÜRUP ha preferido llamar “afectas de insuficiencia caracterológica” o “defectuosamente equipadas desde el punto de vista caracterológico para conducirse en el medio en que han de vivir” (315).

En consecuencia, por influjo de la psiquiatría en el campo del Derecho penal (316) y el desarrollo de los modernos métodos de tratamiento han ido atenuándose las diferencias que el primitivo sistema

(311) FORDHAM, Michael: *On Jung's Contribution to Social Psychiatry*, en *The Inter. Journal of Social Psychiatry*, vol. I (1955), 14 ss.

(312) GARNIER, P.: *L'internement des psychopathes criminels*, en *R. P. S.*, 52 (1938), 360.

(313) STÜRUP, G. K.: *The Importance of Psychiatry in Prison Work, Report presented by...* XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950, *Proceedings*, vol. III (1951), 269.

(314) STÜRUP, G. K.: *Ob. cit.*, pág. 271.

(315) STÜRUP, G. K.: *How can psychiatric science be applied in prisons with regard both the medical treatment of certain prisoners and to the classification of prisoners and individualization of the regime?*, *General Report presented by...*; XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 167.

(316) A medida que se ha ido estrechando el acercamiento entre la ciencia médico-psiquiátrica y la jurídica, han ido reduciéndose paulatinamente los antagonismos dogmáticos que separaban al médico o al psiquiatra del juez. Lo que ahora sucede es que las dificultades del trabajo científico en colaboración mutua se derivan muchas veces de que las previsiones psicológicas que contienen las normas jurídicas no concuerdan con la psicología de cada autor individual; y si en ocasiones el psiquiatra no establece una diagnosis que de un modo *claro y concreto* determine los límites entre la imputabilidad completa y la disminuida, no se trata entonces forzosamente de una falta del psiquiatra, sino más bien de que, a menudo, el Derecho hace uso de conceptos ambiguos e insatisfactorios sobre la naturaleza humana (BLEULER: *Richter und Arzt*, en *R. P. S.*, 58, 1 (1944), 1 ss., en esp. 11 y 23). En un sentido más concreto, véase: WILMANN, K.: *Die Stellung des Psychiaters zu den Entwürfen zu einem deutschen Reichsstrafgesetzbuch*, en *R. P. S.*, 48 (1934), 63 ss.

alternativo establecía (317) entre las dos formas de tratamiento de las personalidades psicopáticas, esto es: según se conceptuasen como enfermos —en cuyo caso debían ir a parar a un establecimiento psiquiátrico o a algún otro anexo al mismo (318)—, o como imputables con capacidad de pena —supuesto éste en el que debían ingresar en prisión o en algún establecimiento psiquiátrico anexo a la misma (319)—; llegándose, de esta forma, mas no sin dificultades y vacilaciones, alguna de las cuales aún persisten hoy en día, a la creencia mayoritaria en la necesidad de crear establecimientos especiales para psicópatas, estructuralmente a caballo entre el establecimiento penal propiamente dicho y el de carácter puramente psiquiátrico (320).

Sin embargo, desde que la idea fuera planteada con toda su problemática, aunque en tono un tanto escéptico, por WILMANN (321)

(317) GIBBENS, T. C. N.: *Rapports de la Psychiatrie et du droit pénal*, en *RSCrim.*, 1961, 465 ss.

(318) La posibilidad de crear establecimientos para psicópatas anexos a las casas de salud data del primer tercio de este siglo, aunque entonces fue rechazada de plano por las dificultades que supondría la aglomeración de tales sujetos y, especialmente, por el pequeño ahorro en los costos que supondría. *Vide*, en este sentido: KIEHLHOLZ, A.: *Zur Frage der Versorgung verbrüderischer Psychopathen*, en *R. P. S.*, 53 (1939), 80, quien destaca cómo “resulta muy difícil llevar a cabo de forma consecuente la disciplina penal que exigirían los elementos internados dentro del marco de un tratamiento más libre como es el requerido por el resto del personal allí internado como enfermo”; EL MISMO: *Beurteilung und Behandlung krimineller Psychopathen*, en *R. P. S.*, 60 (1946), 244 ss.; BRINER, O.: *Die Verwahrung von gemeingefährlichen Geisteskranken*, en *R. P. S.*, 57 (1943), 51; MORGENTHAUER, W.: *Die Versorgung verbrüderischer Psychopathen*, en *R. P. S.*, 52, 4 (1938), 339 ss., esp. 353; GARNIER, Paul: *L'internement des psychopathes criminels*, en *R.P.S.*, 52, 4 (1938), 369; LÜSCHER: *Die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Diss. Bern, 1922; todos ellos claramente en contra de la erección de tales anexos.

(319) Entre los partidarios del internamiento de los psicópatas en anexos psiquiátricos a las prisiones o en estas, *vide*: VERVAECK: *Les avantages des annexes psychiatriques des prisons au point de vue pénal et pénitentiaire*, en *RDPC*, 1927, 259 ss. Una visión del estado de la cuestión puede obtenerse en REMY: *Le point de vue psychiatrique dans la question des établissements destinés à l'exécution des peines, y compris les établissements pour l'internement des délinquants atteints de maladies mentales*, en *R. P. S.*, 69 (1954), 481 ss., donde da acogida a la opinión favorable de BINDER, WYRSCH, STÄHELIN, PETER, etc...

(320) PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, Berlín, 1960, 281 ss.; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 93. En 1954, se aprobó en Inglaterra una recomendación hecha 15 años antes por Sir N. East y el doctor Hubert, en el sentido de establecer una institución especial —mitad prisión, mitad hospital—, para el tratamiento de psicópatas (concretamente, para 300) (*Notes of the Year*, en *The Howard Journal*, IX (1954), 7). Así nació la *East-Huber Institution* como un establecimiento especial para el tratamiento de los psicópatas delincuentes (*Vide*: PRINS, H. A.: *The Probation Officer and After-Care Case Worker*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 49 (1959), 561).

(321) WILMANN, K.: *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales problem der Entwürfe zu einem deutschen StGB*, Berlín, 1927, 74 ss., el cual afirmaba que “pese a que las experiencias nos demuestran que los psicópatas son aptos para la pena (pág. 365)..., su encierro en las prisiones traería como resultado una psicosis de masa y una simulación consciente (pág. 232)”;

y más tarde defendida entusiastamente por MORGENTHALE, GARNIER y BRINER (322), se ha visto sometida a un examen crítico de mayor rigor y a un nuevo planteamiento; lo que ha supuesto, en cierto modo, un retroceso en su avance progresivo, determinado por el hecho de que los modernos métodos de tratamiento penitenciario incluyen también formas de clasificación y métodos de tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico (323), con lo que la diferencia entre los establecimientos penales ordinarios y los modernos institutos de terapéutica social ha ido decreciendo paulatinamente. De ahí que sea todavía objeto de discusión la cuestión de si los psicópatas deben ser internados en establecimientos especiales o si, en base, sobre todo, a razones de carácter económico (324), es, por el contrario, pre-

---

aparte de que "en una vida superordenada tanto política como socio-económicamente tal cual es la del siglo XX, sería, en suma, un (imputable) disminuido todo aquel individuo que encontrase dificultades de cualquier tipo en orden a adaptarse a las normas preestablecidas, lo que supondría que un gran número de individuos tendrían que ser excluidos o discriminados de la ejecución ordinaria de la pena, surgiendo, de ese modo, dificultades de carácter económico derivadas de la creación de establecimientos y formación del personal adecuado" (pág. 74).

(322) BRINER, O.: *Die Verwahrung von gemeingefährlichen Geisteskranken*; en *R. P. S.*, 57 (1943), 51; GARNIER, P.: *L'internement des psychopathes criminels*, en *R. P. S.*, 52, 4 (1938), 369; MORGENTHALE, W.: *Die Versorgung verbrennerischer Psychopathen*, en *R. P. S.*, 52, 4 (1938), 339 ss.; pese a que todos ellos se manifiestan decididos partidarios del establecimiento especial, esbozan, no obstante, todo un haz de posibilidades diversas de internamiento para los psicópatas.

(323) La psicoterapia [entendida como un esfuerzo por comprender el sentido del sufrimiento o de la perturbación, a fin de que, tomando el individuo conciencia de ello, logre un cambio estructural de su personalidad, para así alcanzar a través de un contacto interhumano (por la llamada *terapia de grupo*) un desarrollo psíquico que le permita dominar tales dificultades sin ayuda del terapeuta (HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 245 ss., que ofrece un cuadro de tipos delinquentes a los que puede aplicárseles eficazmente psicoterapia)], recibe aplicación en el campo penal por tres conductos distintos, de donde resultan jurídico-penalmente hablando tres clases de psicoterapia, según MAUCH (*Psychotherapie im Strafvollzug*, en *R. P. S.*, 82 [1966], 401 y 402): a) *Psicoterapia aplicada durante el proceso penal*; b) *Psicoterapia concebida como una medida al lado de la pena*; c) y, finalmente, *psicoterapia practicada durante la ejecución de la pena* (supuestos los dos últimos, en que, por existir responsabilidad jurídico-penal, la aplicación de la psicoterapia debe llevarse a cabo en un determinado establecimiento especial, por lo que representa de método de tratamiento curativo —así, por ejemplo, la realizada en establecimientos como el alemán de *Hohenasperg*, el danés de *Herstedvester* y la *van der Hoeven-Kliniek* holandesa—) (Vide, también a este respecto: MAUCH, G.: *Psychotherapie an Kriminellen in Holland*, en *MschKrim.*, 48, 4 [1965], 177 ss., esp. 179; EL MISMO: *Psychotherapie Krimineller im Vollzug als Resozialisierungsmassnahme*, en *Der Krankenhausarzt*, 36 (1963), cuaderno 3; EL MISMO: *Psychotherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 47, 3 [1964], 108 ss.; SPIEL, W.: *Die Pschotherapeutische Möglichkeiten im Strafvollzug*, en *Kriminalistik*, 19 (1965), 272 ss.; HERREN, R.: *Das Stumme Gewissen: Probleme der Psychotherapie in modernen Strafvollzug*, en *Z. F. Strafvollzug*, 14 (1965), 202 ss.

(324) Solución que, por poco ahorrativa, rechaza BRINER (*Die Verwahrung von gemeingefährlichen Geisteskranken*, en *R. P. S.*, 57 [1943], 51).

ferible su internamiento en departamentos o secciones psiquiátricas especiales creadas dentro de las mismas instituciones penales. Lo importante, a mi juicio, es que, partiendo de la premisa, según la cual, tanto desde el punto de vista médico-psiquiátrico como del de una mayor y más eficaz protección de la sociedad, cierta clase de delincuentes —como, por ejemplo, los tuberculosos (325), los pervertidos sexuales (326), etc.—, debe ser tajantemente excluida del régimen normal de ejecución de la pena (porque, en libertad, revestirían un grave peligro para la comunidad, y, en los establecimientos penales ordinarios, ocasionarían graves molestias), la idea de la necesidad de crear establecimientos especiales para las personalidades afectadas de perturbaciones de carácter psicopático ha encontrado una acogida cada vez más favorable en la legislación y en la *praxis* de numerosos países, entre los que cabe contar a Gran Bretaña, Estados Unidos, Noruega, Suecia, Dinamarca, Holanda, Bélgica (327) y, en fecha reciente, la República Federal Alemana, que, en virtud del párrafo 65 de la Segunda Ley de Reforma penal de 4 de julio de 1969 (328), ha introducido los denominados “establecimientos terapéutico-sociales”, en base a la fundamentación que de ellos había elaborado el Proyecto Alternativo y siguiendo el modelo danés del establecimiento de *Herstedvester*, dirigido por G. K. STÜRUP (329).

---

*Vide*, asimismo: JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allg. Teil)*, en *ZStW*, 80 (1968), 54; EL MISMO: *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, 28, con referencia especial a las experiencias danesas, concretamente de *Herstedvester*; PETER: *Die Anstalten für den Strafvollzug und die Verwahrung geisteskranker Rechtsbrecher, Bau- und Finanzfragen*, en *R. P. S.*, 69 (1954), 463.

(325) JOHANNES, Th.: *Der Tuberkulose im Strafvollzug*, Berlín, 1964, que plantea el problema de si los tuberculosos pueden ser tratados con arreglo al párrafo 51, 2, del *StGB* alemán, dado que no existe un diagnóstico del “carácter tuberculoso”.

(326) SCHORSCH, E.: *Die sexuelle Perversion, ihre Differentialdiagnose und Therapie*, en *MschKrim.*, 49, 6 (1966), 253 ss.; STÜRUP, G. K.: *El tratamiento de la criminalidad sexual en Escandinavia*, en *Sexualidad y Crimen*, trad., por E. GIMBERNAT, 1969, 250.

(327) La ley belga de defensa social de 9 de abril de 1930, sin establecer diferencias a efectos de tratamiento, entre enajenados y anormales (inimputables e imputables disminuidos), preveía para tales sujetos un régimen especial de tratamiento que nunca llegó a aplicarse, destacándose por la doctrina, a partir de 1935, su “incompleta e insatisfactoria aplicación”, a causa de que el Estado jamás consintió en realizar el esfuerzo presupuestario preciso para cumplir las previsiones de su articulado (VAN DEN BOSCHE, J. y FETTWEIS, A.: *L'évolution récente de la législation belge de défense sociale*, en *RDPC.*, noviembre 1967, 135 ss.; CORNIL, L.: *La Loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930*, en *RDP*, 1930, 837 ss., 1019 ss.).

(328) 2. *StrRG*, §§ 61 y 65 (BGBl. I 717).

(329) *Alternativ-Entwurf eines StGB, Allg. Teil*, dirigido por BAUMANN, 2.ª ed., Tübingen, 1969, 132 ss.

Pues bien; aunque con ciertas discrepancias relativas a las formas y requisitos del tratamiento a seguir en dichos establecimientos (330)—lo que nos obliga a adoptar una postura crítica ante la problemática que plantean—, debemos, no obstante, adelantar que el tratamiento especial requerido por los psicópatas se distancia del régimen normal a que vienen sometidos los penados ordinarios en una serie de puntos fundamentales que examinaremos seguidamente y que, a grosso modo, constituyen el fundamento y fines de la existencia de dichas instituciones, llámense establecimientos de terapéutica social o de otro modo.

Por consiguiente, se hace, en primer término, imprescindible una labor de clasificación de los individuos aquejados de tales perturbaciones y que *a priori*, es decir, con arreglo a las predicciones deducidas de las distintas tablas de *prognosis*, reúnen las condiciones exigidas para responder positivamente al tratamiento que va a serles practicado con posterioridad en tales establecimientos (331), por cuanto la eficacia de dicho tratamiento depende, en definitiva, de la bondad de la selección y clasificación practicadas (332). Conviene aclarar, sin embargo, que “clasificación no significa ni mucho menos realizar, como suele hacerse a menudo, un *etiquetado uniforme y carente de sentido*” (333), sino, antes bien, como ha puesto de relieve SONDEN (334), debe de verificarse de forma tal que, en sus pronósticos pueda basarse sólidamente el ulterior tratamiento. En consecuencia, resulta obvia la necesidad de que sean psiquiatras quienes realicen la tarea de clasificar a los psicópatas aptos para recibir, con posibilidades de éxito, un tratamiento tal. Ahora bien, a mi modo de ver, el problema más grave que afecta a toda esta primera etapa es, de un lado, el inherente al *valor relativo* que debe atribuirse a los métodos y *tablas de prognosis* (335), por cuanto en ningún caso puede exigírseles una

(330) *Vide*, en idéntico sentido: EISENBERG, Ulrich: *Zum Behandlungskonzept der Sozialtherapeutischen Anstalten* (2. StrRG, § 65), en *NJW*, 1969, 1553, quien subraya cómo “adoptar ante tales establecimientos una postura crítica no significa estar en contra de su erección, apoyada en fundamentos de carácter humanitario, en el sentido de una evolución espiritual...”.

(331) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950, *Proceedings*, vol. III (1951), 170.

(332) FULLER, Justin K.: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950, *Proceedings*, vol. III (1951), 234 y 235.

(333) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, *Ibidem*, 170.

(334) SONDEN, Torsten: *Report presented by...*, *Ibidem*, 260 ss.

(335) Por *Prognosis criminal* —llamada también *prognosis criminológica, biológica-criminal o prognosis social*— se comprenden los diversos intentos de predicción de probabilidad de la conducta criminal futura de los individuos. Mientras la *prognosis criminal* sólo tiene por objeto el comportamiento criminal del individuo y comprende, por tanto, una parte de la *prognosis sociológica*, ésta tiene por objeto determinar la predicción de probabilidades sobre la conducta futura desde el punto de vista social. Dentro de ella se distinguen dos clases: la *prognosis socio-política* —que aporta conocimientos sobre la vida social— y la *social* propiamente dicha, referida a la conducta social futura de una determinada persona. Dejado atrás el método intuitivo, predomina hoy

seguridad, o certeza absolutas en sus predicciones; y, de otro, el *diverso valor* que a la *prognosis* se otorga, primero, por las distintas legislaciones (336) —en alguna de las cuales, pese a declaraciones de marcado acento preventivista especial, suelen prevalecer, empero, las exigencias de prevención general bajo fórmulas soterradas como las de “*defensa del orden jurídico*”, “*interés público*”, etc... (337)—, y, segundo, por las diversas administraciones de justicia, en las cuales se dan, a veces, situaciones un tanto asombrosas, pues —como ocurre en la Alemania Federal—, las *prognosis* establecidas por los jueces no llegan más tarde a ser reconocidas por el Tribunal Supremo Federal (338), motivo por el cual los tribunales inferiores se reprimen bastante en, lo tocante a ordenar ciertas medidas, cuya imposición debe hacerse depender, en todo caso, de una *prognosis* previa sobre la personalidad del inculpado o condenado.

Mas, pese a todo ello, el moderno Derecho penal de medidas exige tomar cada vez más en consideración la personalidad del autor (339); por lo que, aún viniendo afectas las *prognosis intuitivas* de un alto porcentaje de defectos y no siendo posible por este camino una predicción exacta, hay que convenir con LEFERENZ (340) en que la investigación de la personalidad del autor del hecho delictivo debe seguir siendo el fundamento de todos y cada uno de los esfuerzos de *prognosis*, pues sólo así lograrán aplicarse con eficacia —si bien con cierto margen al error—, las medidas individualizadoras.

De otro lado, se pone de relieve la necesidad de que tales establecimientos no revistan la apariencia o figura de hospitales psiquiá-

el estadístico (*Vide*, a este respecto: GEERDS, Friedrich: *Zur Kriminellen Prognose*, en *Mschrkrim.*, 43 [1960], 92 ss., con gran profusión bibliográfica; MIDDENDORF, W.: *Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal*, Madrid, Espasa-Calpe, 1970, trad. por RODRÍGUEZ DEVESA; MEYER, Fritz: *Der Kriminologische Wert von Prognosetafeln*, en *Mschrkrim.*, 42 (1959), 214 ss.).

(336) Así, en el Derecho penal alemán se reconoce valor a la *prognosis criminal de autor* para la aplicación de los párrafos siguientes: 23-26, 42a-42h del StGB y 20 ss. de la JGG, etc. (MERGEN, A.: *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 Abs. 2 StGB*, en *GA*, 1955, 202 y 203, nota 33).

(337) *Vide supra*, 345 ss.

(338) *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 4, 49.

(339) Sobre la valoración criminológica de la personalidad del delincuente y la individualización practicadas en el ámbito del proceso penal, véase, WÜRTEMBERGER, T.: *Zur Beurteilung der Persönlichkeit des Rechtsbrechers vor dem Urteil*, en *NJW*, 1952, 249 ss.; En contra de los intentos de individualización que rozan el llamado *Derecho penal de autor*, vide: RADBRUCH, G.: *Die Wandlung*, 1947, 15. Asimismo, un avance del estado de la cuestión puede verse en DROST, W.: *Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts*, 1930.

(340) LEFERENZ: “*Probleme der kriminologischen Prognose*”, en “*Kriminalbiol. Gegenwartsfragen*”, cuaderno 3, dirigido por BEZGER y WÜRTEMBERGER, Stuttgart, 1958, 36 ss., cit., por MEYER, Fritz: *Der kriminologische Wert von Prognosetafeln*, en *Mschrkrim.*, 42 (1959), 219.

tricos (341), ya que no debe darse al psicópata la impresión de que se le considera y trata como a un enfermo o a persona necesitada de cuidados; pues, por regla general, las personalidades psicopáticas suelen rechazar toda ayuda en base a considerar que “ellas no tienen dificultades, ni necesidad de tratamiento”, sino que, por el contrario, “son los demás quienes realmente les causan las dificultades” (342). Pero es que, de otro lado, lo dicho cobra, además, enorme relieve, si se pretende que tales sujetos adquieran una conciencia social de responsabilidad que les permita su posterior reinserción en la comunidad; para lo cual parece, en principio, bastante adecuado el tratamiento practicado en hospitales con régimen de “*open-door*” o puertas abiertas.

En otro orden de cosas, la serie de dificultades que presenta el carácter de los detenidos —no en vano se ha argüido en contra de tales establecimientos especiales para psicópatas que una aglomeración de personas difíciles no sólo vuelve más difícil el régimen de ejecución de la pena o medida, sino que, por añadidura, acentúa las reacciones anormales de aquéllas (343)—, exige que el número de internos sea limitado, mientras que el de funcionarios ha de ser proporcionalmente mayor (344). Sin duda, estamos aquí en presencia de uno de los mayores problemas a la hora de decidirse por la erección de tales instituciones, pues, además de requerirse un personal psiquiátrico y psicoterapéutico especializado, es menester que posea experiencia en el campo penitenciario y en el trato con psicópatas. De ahí que a la dificultad propia de encontrar un personal competente para la realización de esa tarea deba agregarse la derivada de los enormes gastos de financiación que ello trae consigo; razón ésta que há determinado el nacimiento de una fuerte corriente de opinión opuesta a tales establecimientos (345). Sin embargo, conviene recordar que las experien-

---

(341) SACHS, Jan: *Zur Behandlung von kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschKrim.*, 38 (1955), 74.

(342) STÜRUP, G. K.: en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV, *Allg. Teil*, 1958, 184; SACHS, Jan: *Ob. cit.*, 74 ss.

(343) PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 280; MITTERMAIER, W.: *Gefängniskunde*, 1954, 56.

(344) Así, el establecimiento de Ila, en Noruega, fue erigido para 120 internos (MITTERMAIER, W.: *Gefängniskunde*, 56). El de *Herstedvester*, dirigido por STÜRUP, cuenta con, aproximadamente, 170 psicópatas criminales internos, de los que 25 están internados en departamentos aparte (SACHS, Jan: *Zur Behandlung von Kriminellen Psychopathen*, en *MschKrim.*, 38 [1955], 70). El límite ideal de detenidos parece ser de 180 a 200, según observa STÜRUP (*General Report presented by... XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III [1951], 171 y en *Niederschriften...*, 182 ss.).

(345) Las razones económicas fueron la objeción principal formulada contra las propuestas, en este sentido, del Proyecto Alternativo alemán para un Código penal, especialmente por JESCHECK, para el que los establecimientos terapéutico-sociales previstos por dicho proyecto exigirían un desembolso dinerario muy gravoso para el estado alemán federal, en el que un establecimiento con capacidad para 2.000 personas supondría al gobierno alrededor de unos 67 mi-

cias danesas en este punto han demostrado que puede comenzarse perfectamente con un personal técnico mínimo, aunque con un alto grado de especialización (346), el cual se encargará después de enseñar al resto de los funcionarios las técnicas apropiadas.

Suele, asimismo, afirmarse (347) que el tratamiento de los psicópatas criminales debe llevarse a cabo "intra-muros", es decir, a puerta cerrada, como una exigencia derivada de la peligrosidad que revela la realización de hechos delictivos de cierta gravedad y un relativamente alto índice de reincidencia, así como del principio según el cual, la finalidad perseguida por la pena no debe quedar fuera de dicho tratamiento (348); si bien, como señala SACHS, el tratamiento a puerta cerrada no excluye que dentro del establecimiento se disfrute de una cierta libertad de movimientos. Sin embargo, las modernas experiencias anglosajonas con hospitales en régimen "open-door" y en materia de tratamiento ambulatorio (349) ponen de relieve cómo el criterio anterior no puede aceptarse, sin más, *a priori*, por cuanto el vivir en libertad —señala DUKOR (350)—, es en algunos casos fundamental para desarrollar el sentido social de responsabilidad en el psicópata. Ello no obstante, en los supuestos en que se conceda al internado la libertad condicional, después de haber permanecido un determinado

---

lones y medio de marcos anuales (JESCHECK, H. H.: *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Allg. Teil)*, en *ZStW*, 80 [1968], 54; EL MISMO: *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, 28 ss., con especial referencia a las experiencias danesas). Una opinión similar es la del suizo PETER (*Die Anstalten für den Strafvollzug und die Verwahrung geisteskranker Rechtsbrecher, Bau- und Finanzfragen*, en *R. P. S.*, 69 [1954], 463), claramente opuesto a la erección de tales establecimientos especiales (en contra, propone el internamiento de los psicópatas criminales en pequeños grupos en los distintos establecimientos penales), por considerarla excesivamente costosa, al suponer un gasto, a los ojos del pueblo, innecesario, por cuanto la masa popular está todavía muy enraizada en la pena puramente retributiva.

(346) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, 170.

(347) SACHS, Jan: *Ob. cit.*, 73.

(348) FLITNER, Fritz: *Zur Einrichtung von Psychopathenanstalten*, en *M.schrKrim.*, 49 (1966), 204. Este es un punto sobre el que versa una enorme polémica y que ha dado lugar, en suma, a la erección de dos tipos de establecimientos dentro de los especiales para psicópatas. *Vide infra*, 381, nota 381.

(349) SCHÜTZ: *Erfahrungen in einer offenen Strafanstalt mit Erschäftlingen*, en *Schuld und Schicksal*, 1969, 226 ss. *Vide supra*, 348 ss. El *Henderson Hospital* es un establecimiento abierto.

(350) DUKOR, B.: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 50 ss. *Vide*: MORROW, William R.: *Escapes of psychiatric offenders*, en *J. CRIM L. C. & P. S.*, 60 (1969), 464 ss., donde estudia el elevado índice de evasiones realizadas por delinquentes enfermos mentales reclusos en establecimientos psiquiátricos, relacionándolo con el índice de huidas practicadas en establecimientos con o sin garantías de seguridad; comparando tales resultados con las evasiones sucedidas en las prisiones o instituciones correccionales de carácter no psiquiátrico. Finalmente, estudia también las propensiones a evadirse, de uno u otro tipo de enfermo mental, cuestionando si existen o no características configurativas personales que permitan establecer diferencias entre los delinquentes que intentan evadirse y aquellos que no hacen nada por intentarlo.

período de tiempo en un establecimiento de esta índole, debe prolongarse en libertad el tratamiento médico-psiquiátrico (351) —con lo que adquiere así el carácter de tratamiento ambulatorio—, bien en el propio establecimiento, bien en un establecimiento elegido voluntariamente por el paciente o en otro cualquiera que reúna condiciones para ello, pero sirviéndose siempre de la ayuda de un asistente u oficial de prueba (352), por cuanto, tratándose de personalidades psicopáticas, la ayuda post-penitenciaria deberá organizarse de forma tal que sea una continuación del tratamiento que se les ha practicado en el interior del establecimiento, procurándose, de otro lado, no enviar a los ex-detenidos al medio social en que vivían con anterioridad a su internamiento (353).

Ahora bien, en lo tocante a los diversos métodos de tratamiento a emplear en el interior de dichas instituciones, existe una opinión mayoritaria que aconseja hacer lo posible para que el tratamiento en sus distintas formas y etapas alcance un alto grado de individualización, a fin de poder atender a las peculiaridades que presentan las diversas clases de psicopatías (354). En tal sentido, no se ha vacilado en afirmar, por ejemplo, que “los diez grupos de psicopatías de SCHNEIDER son también grupos de tratamiento” (355); afirmación que debe entenderse, en mi opinión, en un sentido muy lato, so pena de dejar fuera del tratamiento adecuado a infinidad de tipos psicopáticos que no encajan dentro de los del afamado psiquiatra alemán, cuyas definiciones, dicho sea de paso, no coinciden tampoco —pese a ser de las más autorizadas en la materia—, con las de una considerable mayoría de psiquiatras (356).

También es imprescindible que tanto los psiquiatras como los psicólogos procuren algo tan difícil, pero fundamental desde el punto de vista reeducativo, como es “hacer simpáticos a los psicópatas”, para lo cual es menester crear “una atmósfera familiar dentro del estable-

---

(351) SACHS, Jan: *Zur Behandlung von Kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MtschrKrim.*, 38 (1955), 71.

(352) STÜRUP destacaba, en 1950, cómo de los 300 internos de *Hersted-veste*, 200 se encontraban en régimen de libertad condicional y cómo de 150 liberados, definitivamente sólo se constataron tres casos de reincidencia; datos en los que apoya STÜRUP su argumento de que “todos los liberados, condicionalmente o no, hacen todo lo posible para no regresar al establecimiento, a pesar de que la atmósfera que reina en él es puramente psiquiátrica” (*General Report presented by...* 170 y 171). *Vide*, además, sobre el tratamiento ambulatorio, 348 ss.

(353) FULLER, J. K.: *Report presented by...*, *XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 233 ss.

(354) MUTRUX, S.: *Les psychopathes et leur traitement*, en *Rev. inter. de crim., et pol., théc.*, vol. XXII, n. 3 (1968), 193 s.

(355) PETERS, K.: *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 283, nota 540.

(356) *Vide supra*, 322 ss.; MAYER, H.: *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, 160.

cimiento, motivo por el cual no deben crearse grupos de trabajo excesivamente numerosos, cuyo control resultaría muy difícil (357).

Mayor problemática presenta la tarea de delimitación de competencias entre la misión de psiquiátricas y psicólogos dentro de dichas instituciones, esto es: si el psiquiatra debe participar por entero en la empresa de regeneración integral del interno (358) o, si, por el contrario, deberá limitarse en todo caso a la tarea estrictamente psiquiátrica (tratamiento médico-psiquiátrico), mientras el psicólogo será quien se ocupe de la regeneración estrictamente caracterológica (359). No obstante la división de criterios que reina en esta materia, creo que el término ideal sería lograr una colaboración estrecha entre las tareas de ambos y, en suma, una coordinación perfecta entre la labor de todos los funcionarios técnicos que desempeñan su tarea en el establecimiento, por cuanto esta confluencia permitirá, sin lugar a dudas, una más fácil y rápida reeducación del psicópata (360).

Pues bien; pese a la diversidad de conceptos existentes sobre tratamiento, las técnicas utilizadas normalmente en dichos establecimientos van desde el tratamiento médico-psiquiátrico y quirúrgico o en forma de quimioterapia al psicoanálisis, la psicoterapia y la socioterapia; disciplinas éstas dos últimas que constituyen una verdadera novedad científica (361). Mas, antes de proseguir, conviene hacer algunas aclaraciones. Así, por ejemplo, no debe confundirse el psicoanálisis con la psicoterapia, por cuanto el primero no es otra cosa que "una más entre las muchas técnicas psicoterapéuticas" (362) —de gran aplicación, por cierto, en las neurosis—, al lado de la cual exis-

(357) STÜRUP, G. K.: *Niederschriften...* 182 ss.; SACHS, Jan: *Zur Behandlung von Kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschrKrim.*, 38 (1955), 78. En este sentido, FULLER considera que el tratamiento psicoterapéutico en grupo debe aplicarse a grupos relativamente limitados, no superiores a 12 miembros, de características psicopáticas similares (FULLER J. K.: *Report presented by...*; *XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III [1951], 237; SCARFITTI, F. R. y STEPHENSON, R. M.: *The Use of Small Group in the Rehabilitation of Delinquents*, en *Federal Probation*, 30 [1966], 45 ss.).

(358) Así en Suecia, Dinamarca, U. S. A., etc. (STÜRUP, G. K.: *General Report...*, 169).

(359) BAAN, P. A. H.: *Report presented by...*; *XII International Penal and Penitentiary Congress*, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 202 ss.; EL MISMO: *Zur Behandlung und Resozialisierung psychisch gestörter Delinquenten*, en *Psychiatrie und Gesellschaft*, dirigida por EHRHARDT, PLOOG y STUTTE, 1958, 251-262.

(360) Vide, en este sentido: BUSCH, Max: *Die Zusammenarbeit von Psychotherapeuth, Psychologe und Fürsorge*, en *MschrKrim.*, 43 (1960), 204 ss.; GÖPPINGER, H. E.: *Möglichkeiten und Grenzen einer Resozialisierung mit Mitteln der Psychiatrie, Psychologie und Psychotherapie*, en *BvH.*, 14 (1965), 202 ss.

(361) Su aplicación práctica a los reclusos data de la época inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial (Vide, MAUCH, G.: *Verbrechensbekämpfung und Sozialtherapie*, en *Wege zum Menschen*, 1968, 5, 164 ss., en esp. 167).

(362) MUTRUX, S.: *Les psychopathes et leur traitement*, en *Rev. inter. crim. et pol. tech.*, vol. XXII, n. 3 (1968), 194.

ten las denominadas: psicoterapéutica explicativa, racional y, consciente; sugestiva; hipnótica; transferencial, pauloviana y, en fin, las técnicas psicoterapéuticas *behavioristas* de condicionamiento y descondicionamiento estudiadas especialmente por EISENCK y su escuela (363).

En lo que respecta al tratamiento médico-psiquiátrico que se haya de aplicar en dichas instituciones, debe plantearse, en primer lugar, la cuestión de sus límites, ya que, además de tratarse de procedimientos permitidos por las leyes y respetuosos, por ende, con la dignidad de la persona humana —que no se ha perdido por el mero hecho de haber ingresado en prisión o en un establecimiento destinado a cumplir medidas de seguridad— (364), ha de contarse, en todo caso, con el consentimiento del recluso o paciente (365); ello, aparte, claro está, de que tal tratamiento, si se pretende que sea de utilidad, ha de verse complementado por una terapia adecuada.

Pero, la técnica más utilizada con las personalidades psicopáticas es, sin duda alguna, la denominada *psicoterapia criminal* (366), en sus formas de *psicoterapia individual* (367) y de *socioterapia* —de difícil aplicación, por cierto, en los establecimientos penitenciarios ordinarios, al requerir una organización distinta por completo de la que actualmente revisten (368)—. Dentro de la socioterapia, suelen emplearse la denominada *terapia de grupo* (369), y el denominado “*Group Coun-*

(363) MUTRUX, S.: *Ob. cit., loc. cit.*; EISENCK: *The Effect of Psychotherapy*, en *Hb. of Abnormal Psychology*, Londres, 1960, 697 ss.

(364) DELITALA, Giacomo: *Le respect de la Personne Humaine dans l'exécution de la peine en Cahiers du Droit*, núm. 41 (1957), 109-116, cit., por PETERS, en *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 284, nota 542.

(365) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 1970, 425 ss.; EL MISMO: *Derecho penal español, Parte Especial*, 3.ª ed., 1969, 144 s.

(366) No es misión de la psicoterapia criminal minar la estructura social y los valores ético-sociales, sino consolidarlos mediante la mejor comprensión y la mitigación del sufrimiento y de los trastornos funcionales (SEHMIDEBERG, M.: *Prinzipien der Kriminal-psychotherapie. Einige Folgerungen für die allgemeine Psychiatrie*, en *MschrKrim*, 49, 4 (1966), 148). *Vide*, también: FERRACUTTI, F.: *Values in Criminal Psychotherapy*, en *J. Offender Therapy*, 7 (1963), 48 ss.

(367) FEIGE, J.: *Der Individualisierungsgedanke im Vollzug der Freiheitsstrafe*, en *ZStW*, 73 (1961), 614 ss.; EL MISMO: *Neue Psychologische Methoden für die Behandlung der Gefangenen*, en *Z. für Strafvollzug*, 11 (1962), 316 ss.; HOECK-GRADENWITZ, E.: *Die Behandlung der Psychopathen in den Strafanstalten*, en *Psychol. Rundsch*, 14 (1963), 93 ss.; FULLER: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 236 ss.; STÜRUP, G. K.: *Treatment of Criminal Psychopaths*, reimpresión del *Report* al VIII Congreso escandinavo de Psiquiatría, en *Acta Psychiatr. Scand.*, 1948; EL MISMO: *Heilbehandlung*, en *HdW. Krim*, dirigido por SIEVERTS, I (1965), 383-391; HIRSCHMANN, J.: *Die Indikation zur Psychotherapie bei Rechtsbrechern aus der Sicht des Psychiaters*, en *NJW*, 1961, 245 y 246; EL MISMO: *Die psychotherapeutische Behandlung von Rechtsbrechern*, en WÜRTEMBERGER: *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe* 1961, 72-87.

(368) STÜRUP, G. K.: *General Report presented by...*, XII International and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 169 ss.

(369) Bajo la *pedagogía* o *terapia de grupo* suelen comprenderse dos for-

selling" (370), entre otros métodos, que, en suma, vienen a constituir una forma de trabajo pedagógico en grupo. Por consiguiente, a pesar de cierta discrepancia existente en torno a los requisitos que un interno debe reunir para ser sometido a las sesiones de terapia en grupo (371), hoy en día, este método es considerado como el medio técnico más apropiado para el tratamiento de reclusos con defectos o perturbaciones de carácter mental (372). Así pues, similar al principio del autogobierno (*self-government*) y prescindiendo por entero de un marco educativo de matiz autoritario (373), la terapia en grupo se aplica —después de una serie de sesiones de psicoterapia individual, en la que sólo media una relación directa entre psicoterapeuta y paciente (374)—, en base a una programación según la cual, grupos pequeños —el ideal lo constituye el grupo de 12 miembros— se reúnen y discuten sus problemas bajo la dirección de un terapeuta que debe abstenerse de toda intervención que no sea la de coordinar la actividad

mas de trabajo pedagógico en grupo durante la ejecución de la pena o de la medida: la psicoterapia de grupo propiamente dicha y la forma denominada "group counseling" (FEIGE, J.: *Gruppentherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 46, 3 (1963), 117 ss., exponiendo, además, el desarrollo del sistema en U. S. A., Gran Bretaña y en los Países Escandinavos). *Vide*, asimismo: SLUGA y GRÜNBERGER: *Gruppenpsychotherapie mit Strafgefangenen*, en *Zschr., Psychotherapie*, cuaderno 3, 1968, 91 ss.; LOS MISMOS: *Gruppenpsychotherapie in Strafanstalten*, en *Schuld und Schicksal zur Reform des Strafvessens*, Stuttgart, 1969, 190 ss.; SIEBERT, Else: *Bericht über den Sechsten Internationalen Kongress für Psychotherapie in London*, 1964, en *MschKrim.*, 49 (1966), 174 ss.; CORSINI, R. J.: *Methods of Group Psychotherapy*, New York, McGraw Hill, 1957; ECKENSTEIN, C.: *La Psychothérapie de Groupe, une Nouvelle Méthode de Traitement Penitencière*, en *Rev. inter. Crim. et pol. tech.*, 1952, 6, 231 ss.; LAMBRECHTS, C.: *Une Expérience de Therapeutique de Groupe*, en *RSCrim.*, 1964, 629 ss.; McCORKLE, L. W.: *Group Therapy in Correctional Institutions*, en *Federal Probation*, 13 (1949), 34 ss.; EL MISMO: *Group Therapy in the Treatment of Offenders*, en *Federal Probation*, 16 (1952), 22 ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA: *Los métodos modernos de tratamiento penitenciario y la terapéutica de grupo*, en *REEP*, 16 (1960), 2221 ss.; STRASSER, H.: *Strafe und Psychotherapie*, en *Bewährungshilfe*, 7 (1960), 91 ss.; STÜRUP, G. K.: *Group Psychotherapy and the Other Elements of Therapy in Penology*, en *International Colloquium on New Psychological Methods for the Treatment of Prisoners*. International Penal and Penitentiary Foundation, *Report* núm. 4 (1962), 11 ss. Información bibliográfica más detallada en EISENBERG, U.: *NJW*, 1969, 1553 ss.

(370) El término inicial "group counseling", típicamente norteamericano, fue sustituido a partir de 1962 por el inglés "group counselling" (FEIGE, J.: *Gruppentherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 46, 3 (1963), 118, nota 2). Bibliografía, en EISENBERG, U.: *NJW*, 1969, 1553 ss.

(371) CRESSEY, D. R.: *Contradictory Theories in Group Therapy Programs*, en *Federal Probation*, 18 (1954), 20 ss.; YOUNG, H. T. P.: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 293 ss., donde enumera una serie de requisitos que deben darse en el paciente.

(372) CLINARD, Marshal B.: *The Group Approach to Social Reintegration*, en *Amer. Sociological Rev.*, 14 (1949), 257 ss.; FULLER: *Report presented by...*, XII International Penal and Penitentiary Congress, The Hague, 1950; *Proceedings*, vol. III (1951), 237.

(373) FEIGE, J.: *Gruppentherapie im Strafvollzug*, en *MschKrim*, 46, 3 (1963), 117, nota 1.

(374) FULLER: *Report...*, 236.

del grupo (375). De este modo, se proporciona a tales sujetos (por lo general, con síntomas o manifestaciones de asocialidad, en el estricto sentido médico-psiquiátrico del término), experiencia para desenvolverse en el seno de grupos sociales (376) lográndose, a través de dicho procedimiento, una modificación notable en la estructura de la personalidad, incluso de los reincidentes más graves (377), al obtenerse una disminución del aislamiento y del grado de egocentricidad propios de tales pacientes, asimilándolos al grupo en tratamiento (378).

En fin, prescindiendo de entrar ahora en el examen de la procedencia o improcedencia de las diversas técnicas quirúrgicas y quimioterapéuticas utilizables en tales instituciones (379), lo cierto es que

---

(375) Un programa exhaustivo y detallado de "Group Counseling" puede verse en: STEINER, J. M., SCHUMACHER, H. y QUENSEL, St.: *Group Counseling im Erwachsenenvollzug, Erfahrungen aus einem Experiment*, en *MschKrim*, 49, 4 (1966), 160 ss. y en KNOFKA, Gisela: *The Group Worker's Role in an Institution for juvenile Delinquents*, en *Federal Probation*, 15 (1951), 15 ss.

(376) BRINK, O. A.: *Von der Kriminellen zur sozialen Gruppe durch Gruppentherapie in Gefängnis*, *MschKrim.*, 46 (1964), 121 ss.

(377) MAUCH, G.: *Psychotherapie im Strafvollzug*, en *R. P. S.*, 82 (1966), 412.

(378) SLAVSON, S. R.: *An Introduction to Group Therapy*, New York 1943, 1 ss.

(379) Así como se hace de todo punto necesario el establecimiento de ciertos límites al tratamiento psicoterapéutico, por cuanto su puesta en práctica podría en algún caso entrañar un ataque a los derechos civiles o constitucionales de los pacientes internos (Vide, en este sentido: STERNBERG, David: *Legal Frontiers in Prison Group Psychotherapy*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 56 [1965], 446 ss.), también es menester establecer cauces legales taxativos y claros en orden a la admisibilidad de ciertas prácticas médico-quirúrgicas.

Por ejemplo, en lo que respecta al *narcoanálisis*, utilizado en Dinamarca (SACHS, Jan: *Zur Behandlung von kriminellen Psychopathen in Dänemark*, en *MschKrim.*, 1955, 81); al tratamiento por *electroshock*, que se emplea desde hace largo tiempo en *Herstedvester*, según informa SACHS, *loc. cit.* (Vide, al respecto: KALINOWSKY, Lothar y HOCH, P. H.: *Shock Treatments. Psychosurgery and other somatic Treatments*, New York, 1952); a la *castración* —considerada por algún autor (el psiquiatra suizo DUKOR, en *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 (1969), 61 ss.) como una medida de menor gravedad que el internamiento de duración indeterminada, si bien, al comparar la *castración operativa* con la *hormónica*, tiene por más grave esta última, por cuanto produce mayores alteraciones en la personalidad del paciente que la ha sufrido—. La castración se aplica en el establecimiento de *Horsens* (Dinamarca) (Vide: WIDMER, H.: *Erfahrungen mit sogenannten Psychopathen im dänischen Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 46 (1963), 157; STÜRUP, G. K.: *Treatment of Sexual Offenders in Herstedvester*, Copenhagen, 1968; LE MAIRE, L.: *Danish Experience Regarding the Castration of Sexual Offenders*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 47 (1956), 294 ss.). En relación con la legislación vigente en la materia, vide, respecto a Suecia: SIMSON, G.: *Die Sexualdelikte im schwedischen Strafrecht*, en *MschKrim.*, 46 (1963), 166; EL MISMO: *Die rechtliche Grundlage der Sterilisation und Kastration in Schweden*, en *MschKrim.*, 47 (1964), 97 ss., 102 ss.; SIMSON-GEERDS: *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichende Sicht*, 1969, 172 ss., 382 ss. Asimismo, un planteamiento del problema desde el punto de vista teológico, jurídico y médico, respectivamente, puede verse en los estudios de: HÄRING, B.: *Das Gesetz Christi, Moralthologie*, 1957, 1034; HANACK, Ernst Walter: *Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen*, Marburg. Rechts-

este tipo de establecimientos parece ser el más apropiado (380) en orden a crear una "comunidad terapéutica" que trate de un modo eficaz las dificultades que, desde el punto de vista del tratamiento, presenta la especial configuración de las personalidades psicopáticas. De ahí que, sin pretender dar aquí una exposición detallada de todos y cada uno de los establecimientos de esta clase en los diversos países donde existen (381), pasemos, a continuación, a examinar los denominados *establecimientos terapéutico-sociales* introducidos en la República Federal Alemana por la segunda ley de reforma penal de 4 de julio de 1969, cuya entrada en vigor ha sido fijada para el día 1 de noviembre de 1973 (382).

Entretanto, en lo que hace referencia a los autores imputables dis-

---

und Staatswissenschaftliche Abh., Serie A, cuaderno 2, 1959; MAYKEMPER, R.: *Zur Frage der Entmannung von Sexualverbrechern*, en *Z. für Strafvollzug*, 7 (1957), 220 ss., bibl. cit., por K. PETERS, en *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, 286, nota 553.

Digamos, por último, que en la República Federal Alemana se admite la castración voluntaria (*freiwillige Entmannung*) en virtud de la *ley sobre la castración voluntaria y otros métodos de tratamiento (KastrG)*, de 15 de agosto de 1969 (BGBl., I, 1143); es, también, admisible la esterilización voluntaria (*freiwillige Unfruchtbarmachung*) (Vide, PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 372 ss.).

(380) Quizá fuese este el sentido al que aludía MEZGER al hablar de la necesidad, en los supuestos de imputabilidad disminuida, de "una pena desarrollada y adaptada a la personalidad del delincuente" (MEZGER, E.: *Strafrecht*, 1949, 502, trad. al español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, 1954, II, 447).

(381) Entre los establecimientos que pueden encajarse en la "rúbrica" de terapéutica social y que están destinados a enfermos con perturbaciones profundas en la personalidad, así como a autores plurirreincidentes y delincuentes sexuales, se cuentan: *Herstedvester* (dirigido por STÜRUP) y *Horsens* (dirigido por Van SACHS), en Dinamarca; La *Van-der-Hoeven Kliniek*, de Utrecht (Holanda); el departamento o sección especial de *Hohenasperg* (en el Land Baden-Württemberg, Alemania); *Mittersteig* (en Viena); el *Grendon Hospital* (Gran Bretaña); el *Mesdag* (Groningen); *Pompe* (Nimegen). El *Henderson Hospital*, fundado por Maxwell Jones y llamado Maxwell-Jones-Clic, pero conocido por el nombre de su director (durante 12 años, Henderson), no establece diferencias sustanciales en orden al círculo de pacientes a tratar, ni en cuanto a las condiciones de tratamiento. Es realmente un establecimiento abierto.

Establecimientos destinados a reincidentes primarios con una prognosis de autor favorable son: el de Oberfucha, Saxerriet, De Corridor, Kragsskorhde, Lonato Pozzola, etc. (Vide, EISENBERG, Ulrich: *Zum Behandlungskonzept der Sozialtherapeutischen Anstalten*, en *NJW*, 1969, 1554 y 1555).

(382) PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 26.<sup>a</sup> ed., 1970, 124 s. y 677 ss.; EISENBERG, U.: *Zum Behandlungskonzept der sozialtherapeutischen Anstalten* (2 StrRG § 65), en *NJW*, 1969, 1553, 1555; HOHLER, Richard: *Die Strafrechtsreform. Beginn einer Erneuerung*, en *NJW*, 1969, 1227; MÜLLER-EMMET: *Die kriminalpolitische Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1969, 249 y 250; LAST, Günter: *Zur Anwendung des § 42 b StGB*, en *NJW*, 1969, 1558; WELZEL, H.: *Lehrbuch*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, 265; *Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 4 Juli 1969* (BGBl. I, 717 geän. durch das 10 StrAndG vom 7 April 1970, BGBl. I, S. 313, und das 3 StrRG vom 20 Mai 1970, BGBl. I, S. 505), que entrará en vigor el 1 de octubre de 1973. Véanse especialmente los párrafos 61, 65, 48 y 63 de la segunda ley de reforma.

minuidos, permanece todavía vigente, con toda la problemática que su aplicación práctica ha suscitado y aún suscita (383); la medida de internamiento en un asilo u hospital prevista, junto a la pena facultativa atenuada, por el actual párrafo 42 b del Código penal alemán (384); si bien gran parte de las dificultades que encierra la redacción actual del 42 b serán aminoradas por la nueva preceptiva contenida en el párrafo 63 de la segunda ley de reforma, el cual prevé para los imputables disminuidos necesitados de tratamiento médico-psiquiátrico el internamiento en un sanatorio o clínica psiquiátricos (385). Pero, en los casos en que no se requiera tratamiento y asistencia médico-psiquiátricos —es decir, cuando no se den los presupuestos para la aplicación del citado párrafo 63 (386)—, el párrafo 61, en relación con el 65 de la ley citada, incluye entre las medidas de seguridad y de reforma la de internamiento en un *establecimiento terapéutico-social* tanto de los autores imputables disminuidos como de los completamente imputables —punto en el que puede apreciarse una separación tajante de los denominados “esta-

(383) Así, se ha subrayado por SCHLÜTER que el legislador debería ordenar el internamiento de los imputables disminuidos en los hospitales psiquiátricos de los *Länder* únicamente en el caso de que viniesen necesitados de tratamiento médico-psiquiátrico; que el juez debería, asimismo, ordenar el internamiento de los psicópatas delincuentes, condenados con arreglo al § 51.2, según lo dispuesto en el § 42 e (en el que se dispone el internamiento de seguridad o *Sicherungsverwahrung*; véase, al respecto: SCHWARZ-DREHER: *Strafgesetzbuch mit 77 Nebengesetzen*, 30.ª ed., 1968, 173 ss.; PETERS-PREISENDANZ: *Strafgesetzbuch*, 1970, 127 ss.), y no, como hasta ahora, con arreglo al § 42 b (Vide: SCHLÜTER, K.: *Die Problematik des § 42 b StGB in seiner Verbindung mit § 51 Abs. 2 StGB aus der Sicht eines Anstaltspsychiaters*, en *NJW*, 1968, 2276 ss.; HAISCH, E. O.: *§ 42 b StGB-Erfahrungen aus der Sicht des Krankenpsychiaters*, en *NJW*, 1965, 330 ss.; LAST, G.: *Zur Anwendung des § 42 b StGB*, en *NJW*, 1969, 1558 ss.; SCHÖNKE-SCHÖDER: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.ª ed., § 42 b). Jurisprudencia alemana sobre la materia en: BGH de 4 de agosto de 1965, en *NJW*, 1965, 2016; BGH de 3 de febrero de 1955, en *NJW*, 1955, 837 s.; BGH de 30 de noviembre de 1954, en *NJW*, 1955, 272.

(384) Por el momento y hasta la entrada en vigor de la nueva preceptiva de la segunda ley de reforma penal (§ 63), el 42 b ha sido modificado en lo que respecta a la duración del internamiento, que será por tiempo indeterminado, a partir del 1 de abril de 1970, según lo dispuesto en el actual 42 f. (Vide, KUNERT, F.: *Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW*, 1970, 542).

(385) Vide, § 63 en relación con el párrafo 3.º del 65 de la segunda ley de reforma penal. A pesar de ser el autor inimputable o imputable defectuoso, conforme a lo dispuesto en los párrafos 20 y 21, no ordenará el tribunal su internamiento en una clínica o sanatorio psiquiátrico (*psychiatrische Krankenanstalt*), tal como previene el 63, sino que, por el contrario, ordenará su ingreso en un establecimiento de terapéutica social cuando, atendiendo al estado del autor, los especiales medios terapéuticos y de ayuda social de este establecimiento sean más apropiados que el internamiento en un establecimiento psiquiátrico en orden a lograr su resocialización (§ 65 [3]). Por consiguiente, cuando el autor no precisa de tratamiento médico-psiquiátrico y se dan en él los requisitos exigidos por el 65, procede el internamiento en un establecimiento terapéutico-social.

(386) Vide, § 65 de la segunda ley de reforma penal.

blecimientos de preservación" (*Bewahrungsanstalten*) previstos en el Proyecto de 1962 (387).

Pues bien, esta medida aparece, junto a la supresión de la pena de trabajos forzados (*Arbeitshaus*) (388), como "una de las novedades

(387) Aunque es difícil traducir correctamente al castellano el término-germánico *Bewahrungsanstalt* (que, incluso en alemán, sería más correcto diciendo *Bewahranstalt*, como destaca H. H. PAEHLER, en *Bewährungshilfe bei Erwachsenen, Diss.*, Hamburg, 1968, 91 s.), creo, sin embargo, que la traducción más aproximada al sentido que posee es la de "establecimiento de preservación" (en idéntico sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Apéndice* sobre el desarrollo de la reforma alemana del Derecho penal al libro *Sexualidad y Crimen*, 1969, 394), por cuanto se trata aquí de una institución distinta de las previstas con fines de tratamiento médico-psiquiátrico, como, por ejemplo, el *Heil- o Pflegeanstalt* (hospital o asilo; distinción carente, por otro lado, de toda relevancia práctica) o el *psychiatrische Krankenanstalt* o establecimiento psiquiátrico previsto en el parágrafo 63 de la segunda ley de reforma penal para el internamiento de los autores inimputables o semi-imputables que precisen de un tratamiento de esta naturaleza (*Vide*, al respecto: LAST, G.: *Zur Anwendung des § 42 b StGB*, en *NJW*, 1969, 1558). Pues bien, concebido el establecimiento de preservación sobre el modelo danés y con antecedentes en el Proyecto alemán de 1959 (*Vide*, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform*, en *Gutachten*, recopilados por R. MAURACH, de *Verh. des 43 DJT*, t. I, cuaderno A, München, 1960, 26; HADDENBROCK: *Die Massregel der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder in einer Bewahrungsanstalt nach § 86 des StGB-Entwurfs in psychiatrischer Sicht*, en *NJW*, 1959, 1565 ss.), el Proyecto gubernamental de 1962 (§ 82) lo construye de modo expreso para las personalidades psicopáticas, mas incluyendo tan sólo a los autores inimputables e imputables defectuosos, no a los autores completamente imputables que sufran perturbaciones mentales graves, como hace el Proyecto Alternativo (JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs [Allg. Teil]*, en *ZStW*, 80 [1968], 79 y 80). Véase, además: RASCH: *Die Errichtung von Bewahrungsanstalten: Vorplanung und erste Schritte*, en *Mschkrim.*, 67, 338 ss.; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 94 ss.; EHRHARDT, H.: *Über Behandlungsmöglichkeiten für Delinquenten*, en *ZStW*, 76 (1964), 227 y 228; HEINITZ, E.: *Der Entwurf des Allg. Teils vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZStW*, 70 (1958), 21; *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. IV, *Allg. Teil*, 1958, 203-ss., 218, 234 s., 481, 489 ss. y 507 ss.; FRIEDRICH, K. A.: *Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1967 in Münster*, en *ZStW*, 80 (1968), 133.

(388) La concepción del Proyecto Alternativo —inspirada en una liberalización y humanización del Derecho penal (ROXIN, Cl.: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 77)—, según la cual el internamiento obligatorio en un establecimiento de trabajo (*Arbeitshaus*), equivalente a la pena de trabajos forzados, responde a criterios anticuados sobre la pena y debe, por tanto, quedar fuera del Código penal (*Vide*: SCHMITT, R.: *Arbeit und Arbeitsentlohnung im künftigen Strafvollzug. Erläuterung zu § 39 des Alternativ-Entwurfs*, en *Ibidem*, 93 ss.), ha sido acogida por la reforma penal, de modo que dicha medida, regulada en el § 42 d del Código penal alemán, ha sido, en consecuencia, suprimida el 1.º de septiembre de 1969. Y es que, según los autores del Proyecto en cuestión, los condenados a penas privativas de libertad deberán ocupar el tiempo libre en trabajos adecuados elegidos al efecto (Fundamentación al § 38 [5]), mientras que, por el contrario, la medida adecuada para el tipo de gente que hasta ahora iba a parar al establecimiento de trabajo obligatorio es precisamente el internamiento en un establecimiento de terapéutica social, ya que, en éstos, se darán al recluso más medios para corregirse y resocializarse que en aque-

más importantes del Proyecto Alternativo de 1966" (389), construida en base al modelo representado por los establecimientos daneses y holandeses (390) y concebida como "una medida central dirigida

---

llos otros establecimientos (sobre el escaso valor que la imposición del trabajo obligatorio representa en orden a la evitación de la reincidencia, véase: GRÜNWARD, G.: *Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962*, en *ZStW*, 76 (1964), 633 ss.; STEIGERTHAL, G.: *Die gemeinlästigen Leute*, en *Mschrrkrim.*, 38 (1955), 1 ss.; SÜTTINGER, G.: *Persönlichkeit und Strafvollzug*, en *Mschrrkrim.*, 43 [1960], 1 ss.).

Creo, sin embargo, conveniente hacer algunas aclaraciones en torno a la eficacia de la medida del trabajo obligatorio, siendo completamente necesaria la distinción entre el trabajo obligatorio propiamente dicho, es decir, el cumplido en un establecimiento construido a tal efecto, y la pena de *enmienda por el trabajo*, denominada literalmente pena de *trabajos correctivos sin privación de libertad* (*ispravitelno-trudovje rabot*), típica de los Códigos penales de los países socialistas.

Por consiguiente, en lo que respecta a la eficacia de la pena de trabajos forzados, los autores adscritos a las más diversas concepciones del Estado y de la pena están de acuerdo en que, por ejemplo, en la R. S. F. S. R., la pena de *trabajos correctivos obligatorios con privación de libertad de corta duración* —concretamente, de seis meses a un año—, ni corrige, ni intimida, por lo que debería evitarse su aplicación (*Vide*, a este respecto: НИКИФОРОВ, B. S.: *Effektivnost' ugolovnopravovyh mer bor'by s prestupnost'ju* (*L'efficacité des mesures de repression dans la lutte contre la criminalité*), Moscú, 1968, recensión en *RSCrim.*, 1969, 518 ss.).

Sin embargo, otra cuestión completamente distinta es la pena de *trabajos correctivos sin privación de libertad*, la más común y extendida en la práctica de los tribunales de justicia soviéticos, por cuanto el Código penal de la R.S.F.S.R. la prevé en 138 artículos de los 209 de que consta la Parte Especial, y que consiste en imponer al condenado la obligación de ejecutar su trabajo en el mismo puesto profesional que ocupaba con anterioridad a la condena, por un período que puede comprender, según la gravedad de la infracción y las circunstancias del acto, de un mes a un año, de uno a seis meses y de uno a tres meses; siendo el individuo puesto bajo el control de la colectividad y detrayéndose para el Estado de un 5 por 100 a un 20 por 100 de su sueldo (cantidad que, en ocasiones, es repartida entre los miembros de los *kolkhozes*, bajo cuyo control se encuentra el penado), o bien consiste en ejecutar trabajos en *lugares distintos* del de su ocupación habitual, en cuyo caso, la cantidad detruida oscila entre un 5 y un 25 por 100. Sin lugar a dudas, estamos en presencia del tipo de pena más recurrido por la administración de justicia en los países socialistas que la incluyen en sus catálogos de penas —puesto que no existe en el Derecho penal yugoslavo, ni en el rumano (*Vide*, ZLATARIC, Bogdan: *Kriminalpolitische Tendenzen der neuen Strafgesetzbücher einiger sozialistischer Länder*, en *ZStW*, 82 (1970), 208 [10])—, y, por paradójico que pueda resultar, se trata aquí de penas con un índice de reincidencia bajísimo. (*Vide*, a este respecto: LAW IN EASTERN EUROPE, U. R. S. S., n. 9, 1964, 211 ss.; PRONTKOWSKIJ, A. A.: *Les peines non privatives de liberté*, *Première Rencontre juridique franco-sovietique*, Paris, 3 y 4 de marzo de 1967, en *RSCrim.*, 1968, 585 ss.; BUSUEV, I. A.: *Ispravitelno raboty* (*Les travaux correctifs*), Moscú, 1968; UTEVSKY y otros: *Sovetskoe ispravitelno trudovoe pravo* (*Das sowjetische Besserungsarbeits-Recht*), publicada por el Ministerio del Interior (MVD), Moscú, 1960, recensión en *Mschrrkrim.*, 46 (1963), 89 ss.; MAURACH, R.: *Die Sowjetunion im Kampf gegen die Kinderkriminalität*, en *Mschrrkrim.*, 27 (1936), 215 ss., esp. 223; EL MISMO: *Neuere kriminalpolitische Tendenzen im sowjetischen Strafrecht*, en *ZStW*, 82 [1970], 246 s.). No estamos, como pretenden MAURACH y ZIFF, ante modalidades de pena que no son otra cosa que susti-

a fines de prevención especial y destinada a los reincidentes graves, para los cuales no es suficiente la mera asistencia psiquiátrica que pudiera proporcionárseles en un establecimiento de carácter psiquiá-

tivos de la pena de multa, según veremos más adelante, puesto que la ley penal soviética la prevé para supuestos en los que no concurre ni siquiera la pena de multa (que, de otro lado, pudiera, en ocasiones, ser sustituida por la primera) (MAURACH, R.: *Neuere kriminalpolitische Tendenzen im sowjetischen Strafrecht*, en *ZStW*, 82 (1970), 246 s.; ZIPP, H.: *Die Geldsstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlín, 1966; el profesor asistente de Munich conceptúa, erróneamente, la pena de trabajos correctivos del derecho socialista como idéntica a la pena de "trabajo en libertad" prevista en el párrafo 28 b del Código penal alemán, además, en ella un sustitutivo de la pena de multa; si bien, concluye —al menos— aceptando que este tipo de sanción debe rechazarse en un sistema jurídico-penal como el alemán occidental, puesto que es más apropiada para los países con sistemas de dirigismo económico, como los del Este, lo que, a mi modo de ver, supone establecer ya alguna diferencia entre ambas sanciones). Esta especie de penalidad figura también en el Código penal checoslovaco de 1961 (Vide, SOLNAR, V.: *Quelques problèmes fondamentaux du droit pénal tchécoslovaque*, en *RDPC*, junio 1968, 829 ss.; EL MISMO: *L'évolution du droit pénal au cours des cents dernières années sur le territoire tchécoslovaque*, en *Commemoration du Centenaire du Code pénal belge*, Liège, 1968, 261 ss.). En realidad, puede decirse que la preocupación de los legisladores socialistas por limitar al máximo las penas cortas de privación de libertad es, en la actualidad, casi unánime y arranca del "Coloquio de los países de derecho socialista" celebrado del 2 al 7 de octubre de 1967 en Varna (Bulgaria), consagrándose en su formulación más reciente en el Proyecto de Código penal polaco de 1967 bajo el nombre de *penas limitativas de libertad* (Vide, SWIDA, W.: *L'évolution moderne de la peine privative de liberté. L'élimination de la courte peine dans le projet de code pénal polonais de 1967*, en *Rev. inter. de Crim. et pol. tech.*, XXII [1968], abril-junio, 89 ss.), y figurando, por fin, en el nuevo Código penal de Polonia, que ha entrado en vigor el 1.º de enero de 1970, en el capítulo de "penas principales", con el nombre de *pena limitativa de libertad*, siempre que el condenado no lo haya sido a penas superiores a seis meses, y por un periodo que abarca entre tres meses y dos años (WALCZAK, S.: *Les traits caractéristique de la nouvelle codification du droit pénal en Pologne*, en *RDPC*, febrero de 1970, 426; ANDRZEJEW, I.: *Le nouveau Code pénal polonais*, en *RSCrim.*, 1970, 310; PLAWSKI, S.: *Le Code de procédure pénale et le Code d'exécution des peines de Pologne*, en *RSCrim.*, 1970, 325).

Acerca de la legislación existente, en esta materia, en la República Democrática Alemana, digamos que existe una pena sin privación de libertad similar a la de trabajos correctivos de los países socialistas, como es la denominada *Verpflichtung zur Bewahrung am Arbeitsplatz* (§ 34 del Código penal de 1968), que no es otra cosa que "una obligación o compromiso bajo régimen de prueba (de forma similar al régimen de prueba que acompaña a la pena limitativa de libertad en el nuevo Código penal polaco) a seguir laborando en el puesto habitual de trabajo". (Vide, MAURACH, R.: *Das neue Strafgesetzbuch der DDR*, en *NJW*, 1968, 1069; GRÜNWARD, G.: *Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik*, en *ZStW*, 82 (1970), 261 y 262, que no ve la diferencia entre el régimen de prueba y esta medida autónoma, pero muy similar al primero).

Finalmente, el Código penal de la República Federal Alemana incluye una modalidad de cumplimiento de la pena de multa por medio del trabajo del condenado en libertad (§ 28 b [1]): La autoridad de ejecución puede conceder al condenado el que cumpla una pena de multa devengada por medio del trabajo en libertad. Como puede verse, aquí sí estamos en presencia de un sustitutivo de la pena de multa, pero no en presencia de la pena de trabajos

trico y para los que la ejecución ordinaria de la pena tampoco proporciona ninguna perspectiva previsible de resocialización" (391). En este sentido, el Proyecto Alternativo pretende sustituir con tal medida tanto la de internamiento en los denominados "establecimientos preventivos" (*vorbeugende Verwahrung*) (392) como la de ingreso.

correctivos tal y como se concibe en las legislaciones penales de la órbita socialista (en contra del § 28 b, *vide*: ZIPF, H.: *Die Geldsstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, 1966). Asimismo, el Proyecto Alternativo prevé en su parágrafo 52 la sustitución de la pena de multa por la prestación de parte del condenado de un trabajo útil a la comunidad, siempre que de este modo cumpla la pena la finalidad que tiene asignada (en contra: JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80, (1968), 55 ss.; LACKNER: *Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en *JZ*, 1967, 153 ss. y 519 ss.; un planteamiento de la problemática que tal sustitución acarrea, se halla en: BAUMANN, J.: *Der Alternativ-Entwurf zum Strafgesetzbuch und der Strafvollzug*, en *MschKrim.*, 1968, 311 ss.; EL MISMO: *Beschränkungen des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin, 1968, 44 ss.).

(389) *Vide*, fundamentación al § 69 del Proyecto Alternativo (*AE eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil, 2.<sup>a</sup> ed.*, 1969, 133; JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 [1968], 79).

(390) Se tuvieron en cuenta, sobre todo, el de *Herstedvester*, la *Van-der-Hoeven-Kliniek* y la *Maxwell-Jones-Clinic*. Véase la nota 381.

(391) *Vide*, fundamentación al § 69 del Proyecto Alternativo (*loc. cit.*): JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...* en *ZStW*, 80 (1968), 79 s.; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115 s.

(392) El internamiento preventivo (*vorbeugende Verwahrung*), "una mezcla un tanto confusa de seguridad y de reforma", regulado en el § 86 del Proyecto de 1962 (con antecedentes en el de 1959: *Verh. des 43 DJT, Gutachten*, 1960, t. I, pág. 41), es, como la mayor parte de las sanciones del citado Proyecto, una categoría jurídica cuyo contenido le viene dado por la orden de ejecución (KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 94). Dirigida esta medida a controlar y prevenir la reincidencia en la delincuencia de los jóvenes, su elaboración ha sido trazada sobre la del *corrective Training* inglés (*Vide*, SPIELER, Helga: *Die vorbeugende Verwahrung. Ihre theoretische Grundlagen und ihre praktische Ausgestaltung*, 1960, 145; EISENBERG, Ulrich: *Strafe und Freiheitsentziehende Massnahme*, 1967, 62 ss.; GRAVEN, Ph.: *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerischen und deutschen Strafrechts*, en *ZStW*, 80 (1968), 220; GRÜNWARD, G.: *Sicherungungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962*, en *ZStW*, 76 (1964), 633 ss.; REHBEIN, K.: *Methodenfragen der Kriminalwissenschaft*, 1968, 107 ss.; para DREHER, esta clase de internamiento vendría a ser una especie de internamiento para psicópatas (*Niederschritten*, Bonn, t. IV, 1958, 39); *Vide* también: *Niederschritten*, 1958, IV, 419, 427 ss.). Ante el poco éxito logrado por los *corrective Training*, el Proyecto Alternativo sustituye esta medida por la del internamiento en un establecimiento de terapéutica social, de forma que, en este caso, la única diferencia entre esta categoría de internados y los restantes del establecimiento terapéutico-social estribará en la edad. El *corrective Training* fue introducido por el *Criminal Justice Act de 1948* como medida destinada a los delincuentes habituales entre los 21 y los 30 años de edad y su duración se extendía desde dos a cuatro años como máximo. Ante el fracaso de la medida, el *Criminal Justice Act de 1967* (sección 37 [1]) decretó su abolición, sin que hasta la fecha haya sido prevista medida o programa alguno en su sustitución; aunque, a decir verdad, hace ya tiempo (en 1961), Lord Parker C. J., propuso aplicar la sentencia indeterminada a grupos de edad entre los 25 y los 30 años (*Vide*,

en los “establecimientos de preservación”, prevista esta última con carácter alternativo por el Proyecto de 1962 y dirigida la primera a la prevención de la delincuencia por tendencia y la segunda, a descargar de “elementos perturbadores” tanto los establecimientos puramente psiquiátricos como las instituciones penales ordinarias. De modo que la regulación del Proyecto Alternativo ofrecía sobre la del de 1962 la enorme ventaja de “no venir constreñida la aplicación de la medida a una culpabilidad disminuida o defectuosa, por lo que caen dentro de su radio de aplicación tanto los autores completamente imputables como los perturbados mentales graves” (393). Por consiguiente, el Proyecto Alternativo disponía, en definitiva, el internamiento en el establecimiento terapéutico-social de aquellos autores con una carga psíquica de gravedad y de los reincidentes crónicos (394), estableciendo, de otro lado —lo que considero de la mayor importancia—, disposiciones concretas de ejecución para cada clase de sanción, de forma que las sanciones no son ya, como en el Proyecto de 1962, marcos vacíos que precisen ser llenados por el contenido de las posteriores órdenes de ejecución (395).

Así pues, en el párrafo 1.º del § 69 se prevé el internamiento en los casos en que exista un delito grave y una pena cumplida con anterioridad de un mínimo de duración de dos años o, en los supuestos de imputabilidad disminuida, de 18 meses, todo ello en conexión con una perturbación mental grave o con una culpabilidad disminuida en el autor, junto a la exigencia de una *prognosis de autor* y, en ciertos supuestos (396), el consentimiento de éste. Sin embargo, y

HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 203 ss., esp. 206; EL MISMO: *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, en *R. P. S.*, 84 (1968), 18 y 19; EISENBERG, Ulrich: *Strafe und Freiheitsziehende Massnahme*, 1967, 62 ss.; ALLEN, Claud: *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 [1968], 171.)

(393) JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 80.

(394) JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 80; GRÜN WALD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115 s.; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 102; ROXIN, Cl.: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en *Programm f. ein neues StGB*, 1968, 91; BAUMANN, J.: *Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer - eine Strafrechtsweichung ?*, en *Ibidem*, 137 y 139; BRAUNECK, A. E.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en *Ibidem*, 140 ss.

(395) El hecho de que el Proyecto Alternativo haya seguido el ejemplo del Código penal suizo, incluyendo en el Código penal los principios fundamentales relativos a la ejecución de las penas y de las medidas, ha sido objeto de una incomprensión total. Ya que, pese a que con tal procedimiento, lo que intentaban los autores del Proyecto no era otra cosa que acercar lo más posible al juez a los problemas reales planteados por la pena en su ejecución, sigue manteniéndose que la reglamentación de la pena o de la medida debe ser materia de una *ley de ejecución (Vollzugsgesetz)*, no del Código penal (NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), 34 y 35; KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 102).

(396) Así, los condenados por vez primera a una pena, aunque se den los presupuestos del párrafo 1.º del § 69, sólo podrán ser internados en un establecimiento terapéutico-social si prestan de antemano su consentimiento. Si rehúsan

pese a que la intención de los autores del Proyecto era, sin lugar a dudas, la de dar cabida en el párrafo 1.º del § 69 a las personalidades psicopáticas, con independencia de que fuesen declaradas imputables o semi-imputables (397), se le ha objetado, con razón, que “el exigir para el supuesto del internamiento obligatorio la concurrencia de un delito grave en conexión con una pena muy común, tratándose de autores imputables, constituye una base demasiado estrecha para llegar a verificar una valoración correcta” (398). Ello, aparte, claro está, de que pueden existir penas anteriores de escasa gravedad y, por tanto, carentes de importancia en orden a la prognosis.

Mayor problemática presenta, a mi juicio, el párrafo 3.º del § 69, donde está previsto el internamiento de los “reincidentes crónicos”, cuyo tratamiento en el moderno Derecho penal de medidas va fundiéndose, cada vez más, con el de las personalidades psicopáticas (399); es decir, la idea de que “todos” los reincidentes son delincuentes afectados por deficiencias de carácter psíquico o mental ha encontrado

---

prestarlo, se ejecuta entonces la pena, en lugar de la medida. Sin embargo, esta restricción carece de validez para los reincidentes crónicos del párrafo 3.º (Véase la fundamentación al § 69 del Proyecto Alternativo, en *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2.ª ed., 1969, 135).

(397) No cabe duda de que los autores del Proyecto han procurado dejar bien sentado que los autores a los que se refiere el párrafo 1.º del § 69 son las personalidades psicopáticas, en las cuales el delito es el resultado de una “perturbación profunda de la personalidad” —lo que supone, en verdad, una ventaja sobre la regulación del Proyecto Oficial de 1962— (JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 79 y 80; BAUMANN, J.: *Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer - eine Strafrechtserweichung?*, en *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 137; NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 [1970], 33). Ahora bien, al hablar el § 69, I, únicamente de “perturbación profunda en la personalidad del autor” (no de personalidad psicopática), se da cabida a las personalidades psicopáticas, pero, cómo establecer distinciones entre autores imputables, inimputables e imputables disminuidos con alteraciones de la personalidad en cada caso concreto...? Es decir: si admitimos que un psicópata es un individuo con una “alteración profunda de la personalidad”, ¿cómo distinguirlos entonces de toda aquella gama de perturbados mentales...?

(398) GRÜN WALD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115.

(399) El hecho de que los trabajos de SCHNEIDER, STUMPF, RIEDEL, KRETSCHMER, VERWAECK, etc... hayan puesto de relieve que los individuos que muestran una conducta criminal o social habitual y, por tanto, los delincuentes habituales sean por lo regular personalidades psicopáticas ha traído como consecuencia que la diferencia entre el internamiento de los imputables disminuidos y el de los delincuentes habituales haya ido decreciendo —según FREY— casi hasta desaparecer paulatinamente (FREY, E.: *Der frühkriminelle Rückfallsverbrecher*, 1951, 114 ss.; DUKOR, Benno: *Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopathen*, en *R. P. S.*, 66 [1951], 428). La reacción en contra parece proceder de Gran Bretaña (Véase, ALLEN, Claud: *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 (1968), 171 ss., donde se da noticia de la derogación de la *preventive Detention* (equivalente al internamiento de seguridad o *Sicherungsverwahrung* alemán) por el *Criminal Justice Act* de 1967 [sect. 37]).

acogida en el párrafo 3.º del § 69, que, fuera de los casos previstos en el párrafo 1.º del mismo parágrafo, ordena el internamiento en tales establecimientos de los individuos que hayan sido condenados con anterioridad por *tres veces* a causa de delitos dolosos y cumplido penas privativas de libertad de un mínimo de duración de dos años, siendo nuevamente condenados por un delito doloso (400); aunque no se tendrá en cuenta, a estos efectos, una condena precedente, si entre el hecho anterior y el siguiente han transcurrido más de cinco años, sin que tampoco llegue a computarse el tiempo que el autor haya estado en libertad (401). Pues bien, este ha sido, sin duda, el precepto que ha suscitado más ataques contra el Proyecto Alternativo, puesto que, a juicio de algunos (402), tales requisitos se darían, en realidad, en un número de autores excesivamente grande, de modo que a causa de los altos costes que acarrearía (403), no sería posible

---

(400) Equivalente a la pena privativa de libertad se considera la pena de corrección (*Fürsorgeerziehung*) cumplida en un asilo juvenil, con arreglo a la *JGG* (Ley de tribunales de menores), por un tiempo máximo de 18 meses.

(401) Sobre la reincidencia en la ley penal alemana, véase el parágrafo 17 del *StGB* modificado por la primera ley de reforma penal de 25 de junio de 1969 (§ 87) y compárese con el parágrafo 48, en relación con el 65 (4) de la segunda ley de reforma penal, que entrará en vigor el 1 de octubre de 1973. Quizá sea interesante recordar aquí que el Código penal italiano no requiere, como el suizo, por ejemplo, la pluralidad de condenas (plurirreincidencia) para estimar la delincuencia por tendencia o la inclinación al crimen. Por consiguiente, no debe extrañarnos la perplejidad de los tribunales suizos cuando, al juzgar a los habituales psicópatas, dudan si ha de aplicarse la medida de seguridad destinada a los semienfermos mentales en el artículo 14 ó la de los delincuentes habituales establecida en el artículo 42 (DUKOR, B.: *Sühne, Sicherung und ärztliche Behandlung in der Strafrechtspflege*, en *R. P. S.*, 85 [1969], 67 ss.).

(402) JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 80; LACKNER: *Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en *JZ*, 1967, 513, 521 ss.

(403) La cuestión económica viene relativizada por el éxito o el fracaso del establecimiento. Sin embargo, debe observarse —como hace HOECK-GRADENWITZ, el psicólogo-jefe de *Herstedvester* (en *Behandlungsmethoden gegenüber schwierigen Kriminellen (Psychopathen)*, en *Der Vollzugsdienst*, 11, 100 ss., 107, cit. por KALLWASS, pág. 104)—, que *Herstedvester* no es en modo alguno la institución penal más cara de Dinamarca. La *Van der Hoeven-Kliniek* de Utrecht (Holanda) contiene 80 pacientes (inimputables y semi-imputables, allí denominados “enfermos”), de los cuales 65 son hombres y 15 mujeres, frente a los cuales hay 82 funcionarios. Su coste en 1967 importó casi dos millones y medio de *Gulden* (2,7 millones de marcos), siendo dos millones para gastos de personal, por lo que anualmente se destina a los detenidos en particular 33.750 marcos. El establecimiento de preservación del Proyecto de 1962, concebido para 400 plazas, importaba 13 millones y medio de marcos anuales. El establecimiento de terapéutica social del Proyecto alternativo, al agrupar a una diversidad mayor de autores delincuentes, importaba alrededor de 67 millones y medio de marcos anuales. Cifra a la que JESCHECK opone la del presupuesto anual de la Universidad de Friburgo (sin clínica): 50 millones de marcos. (JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, *ZStW*, 80 (1968), 80 y 81; STÜRUP, G.-K.: *Niederschriften*, 1958, t. IV, 181 ss., 499 ss.). Según últimas cifras recabadas del profesor danés WAABEN por el propio JESCHECK, *Herstedvester* encierra 160 in-

construir establecimientos de esta clase en número suficiente para ellos. Dificultad a la que habría que añadir la contenida en la imposibilidad de reclutar un número, quizá imposible, de psiquiatras, psicólogos (404) y pedagogos cualificados. Por consiguiente, la renuncia a establecer una diagnosis del hecho delictivo anterior en cada caso particular en conexión con una enfermedad psíquica o una perturbación profunda de la personalidad solamente sería admisible cuando fuese realmente un principio de la experiencia el que una recaída por *cuarta vez* a causa de hechos dolosos sería siempre la resultante de una perturbación de esta clase (405). Además, en la fundamentación del § 69, III, se establece la afirmación de que, con arreglo a la concepción criminológica dominante, la "reincidencia crónica" sería una prueba evidente e infalible de la exigibilidad de un tratamiento pedagógico y asistencial intensivo. Mas, como ha puesto de relieve GRÜNWARD (406), el concepto de reincidente crónico presupone un nexo interno entre los hechos, es decir, que hayan nacido de una causa común y, asimismo, que esta causa sea una anormalidad; punto este mucho más difícil de comprobar.

En consecuencia, dado que los casos de recaída por cuarta vez establecidos en el párrafo 3.º del § 69, como alternativa frente al párrafo 1.º del mismo parágrafo, son tan reducidos, debería entonces deducirse que los autores del Proyecto Alternativo consideran que tal disposición es únicamente viable de constatarse el principio de que ningún autor podría ingresar en el establecimiento de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) (407), si no ha estado antes en el establecimiento de terapéutica social (408).

---

ternos y posee un personal de 202 individuos, mientras que *Horsens* incluye a 215 internos y 245 personas que componen el *staff* de funcionarios.

(404) GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115. La inclusión de psicólogos en el establecimiento de terapéutica social prevista por el párrafo 6 del § 69 fue duramente criticada (*Vide*, en defensa de su inclusión, aludiendo al ejemplo danés: BRAUNECK, A. E.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 140 y 141).

(405) GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 115. Contestando insatisfactoriamente a la objeción: BRAUNECK, A. E.: *Die Sozialtherapeutische Anstalt*, en *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 142.

(406) GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116.

(407) El internamiento de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) posee en el Proyecto Alternativo el carácter de *ultima ratio*, razón por la cual, el establecimiento de terapéutica social encierra un carácter mixto de seguridad y reforma, similar al que el Proyecto de 1962 atribuía al *vorbeugende Verwahrung* o internamiento preventivo (*Vide*, GRAVEN, Ph.: *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerischen und deutschen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 (1968), 225 y 227; JESCHECK, H. H.: *Die kriminalpolitische Konzeption...*, en *ZStW*, 80 (1968), 81 s.; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116 ss.; FRIEDRICHS, K. A.: *Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1967 in Münster*, en *ZStW*, 80 [1968], 135 s.). Similar al internamiento de seguridad es la *preventive Detention* inglesa (GEISLER,

Pues bien, el parágrafo 65 de la segunda ley de reforma penal sigue, en realidad, las previsiones del Proyecto del Comité especial del Parlamento (*Sonderausschuss*), que, en su parágrafo 83 a, ordenaba el internamiento en un establecimiento de terapéutica social, mas no para todo tipo de plurirreincidentes, sino únicamente para los "reincidentes crónicos peligrosos afectados por graves perturbaciones en su personalidad" y para los delincuentes sexuales (409), aparte, claro está, de los llamados "autores por tendencia" (410). En consecuencia, el § 65 dispone, en síntesis, el internamiento de los sujetos plurirreincidentes, siempre y cuando se dé en ellos una grave perturbación de la personalidad, de los delincuentes que hayan actuado en base a un impulso o motivación de carácter sexual, y, finalmente, de los autores por tendencia; siendo, pues, sus presupuestos mucho más restringidos que los del Proyecto Alternativo, por cuanto exige no sólo que exista una grave perturbación en el desarrollo de la personalidad del autor, sino también la plurirreincidencia, mientras que, por el contrario, en el Proyecto Alternativo bastaba con uno de estos módulos. La regulación que entrará en vigor en 1973, es, pues, una solución de compromiso entre la de los "establecimientos de preservación" (*Bewahrungsanstalten*) del Proyecto de 1962 y la de los "establecimientos de terapéutica social" (*sozialtherapeutische Anstalten*) del Proyecto Alternativo de 1966. Máxime, si tenemos en cuenta que en la nueva preceptiva se quiebra uno de los "núcleos

---

Werner: *Die Sicherungsverwahrung im englischen und deutschen Strafrecht*, 1967, 43 ss., 29 ss., 63 ss.). Sin embargo, en 1967 fue, según se ha dicho, derogada la *preventive detention* y sustituida por la denominada *extended sentence*, en virtud de la sección 37 del *Criminal Justice Act de 1967*, que autoriza al Tribunal a imponer a un delincuente habitual condenado a una pena privativa de libertad de larga duración el *máximo* de la pena (si éste es de cinco años, una pena de prisión de cinco años; si el máximo es de diez, una pena de prisión de diez años) (*Vide*, a este respecto: HALL WILLIAMS, J. E.: *The English Penal System in Transition*, 1970, 207 y 208; ALLEN, Claud: *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 [1968], 171 ss.).

(408) Según el Proyecto Alternativo, deberán ingresar en el establecimiento de seguridad únicamente aquellos autores que hayan sido ya tratados, sin éxito en el establecimiento terapéutico-social (§ 70, I y III) (*Vide*, KALLWASS, W.: *Der Psychopath*, 1969, 105; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116; GRAVEN, Ph.: *Die Zukunft des Freiheitsentzuges im schweizerischen und deutschen Strafrecht*, en *ZStW*, 80 (1968), 226 y 227, que, afirma, traería consigo "una superpoblación" en tales establecimientos). Sin embargo, con la medida propuesta por el Proyecto Alternativo se logra una "progresiva humanización" del Derecho penal (ROXIN, Claus: *Strafzweck und Strafrechtsreform*, en *Programm f. ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 77, 90 y 91).

(409) MÜLLER-EMMET: *Die kriminalpolitische Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, en *JZ*, 1969, 249 y 250.

(410) *Vide*, al respecto: HELLMER, J.: *Hangtäterschaft und Berufsverbrechertum (Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung)*, en *ZStW*, 73 (1961), 441 ss.

esenciales" (411), en esta materia, del Proyecto Alternativo: El de que la medida de internamiento en un establecimiento terapéutico-social debe preceder siempre y en todo caso a la de internamiento de seguridad (*Sicherungsverwahrung*).

En lo que respecta, por último, el problema de la duración del internamiento en un establecimiento de esa clase, ni el Proyecto Alternativo, ni el del Comité especial del Parlamento, ni la nueva preceptiva de la segunda ley de reforma penal, han optado, en contra del de 1962 (412), por la medida de duración indeterminada, fundamental al efecto de proporcionar al interno un tratamiento por el tiempo que sea preciso, evitando, además, que "deje pasar de un modo puramente pasivo el tiempo del internamiento", como han puesto en evidencia las experiencias realizadas en el establecimiento danés de *Herstedvester* (413).

En resumen, es todavía prematuro hablar sobre la medida de efectividad de los nuevos establecimientos de terapéutica social alemanes. Pero, si tenemos presentes los resultados obtenidos en algunos países extranjeros por este mismo camino (414), tendremos que dar la razón a NOLL, cuando afirma —refiriéndose a la cifra de 67 millones y medio de marcos anuales que cada establecimiento de este tipo presupondría, según las previsiones del Proyecto Alternativo—, que "un gasto anual probable de poco más de un marco por habitante es rentable desde el punto de vista económico, si se piensa en los daños:

(411) NOLL, P.: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), 31 s.; GRÜNWARD, G.: *Das Rechtssystem des Alternativ-Entwurfs*, en *ZStW*, 80 (1968), 116 ss.; EL MISMO: *Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik*, en *ZStW*, 82 (1970), 275.

(412) La conveniencia de la duración indeterminada en este tipo de medidas se ha hecho objeto del sentir, casi unánime, de la doctrina (*Vide*, HOECK-GRADENWITZ: *Die unbestimmte Internierungszeit und ihre Bedeutung für ihre Resozialisierung*, en *Zeitschrift für die Strafvollzug*, 13 (1964), cuaderno 4; STÜRUP, G.: *Niederschriften*, 1958, t. IV, 198). En el Proyecto Alternativo, el período de internamiento está limitado en los supuestos normales a cuatro años y en los de recaída a ocho años como máximo (§ 69 IV). Por el contrario, el proyecto de 1962 no prevé un límite temporal máximo en los supuestos de internamiento en un establecimiento de preservación. La nueva ley de reforma penal (§ 67 d) dispone que el internamiento en un establecimiento terapéutico-social no deberá sobrepasar los cinco años. Asimismo, el 67 b prevé la posibilidad, en ciertos casos, de suspender la ejecución de la medida bajo régimen de prueba, cuando especiales circunstancias justifican la esperanza de que también de esta forma podrán lograrse los fines de la medida. Sin embargo, no podrá tener lugar dicha suspensión, cuando el autor haya de cumplir penas privativas de libertad impuestas simultáneamente con la medida y que no han sido suspendidas condicionalmente bajo régimen de prueba. No cabe duda que tal disposición hará del todo viable el régimen de *tratamiento psicoterapéutico en libertad*, aunque no por vía de condena condicional, sino por suspensión en la ejecución de una medida de seguridad.

(413) STÜRUP, G. K.: *Niederchriften*, t. IV, 1958, 499 ss., con estadísticas procedentes del establecimiento para psicópatas de *Herstedvester*.

(414) NOLL, Peter: *Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform*, en *R. P. S.*, 86 (1970), 33.

sociales, económicos y morales que la multirreincidencia grave causa en la sociedad". En fin, si la medida en cuestión logra encajarse en perfecta unidad dentro del sistema penal respectivo, cumplirá satisfactoriamente los fines de protección de la comunidad y de resocialización del autor.

## INDICE

I. Planteamiento general.—II. La imputabilidad disminuida. A) Delimitación jurídico-penal. 1. Las fórmulas casuísticas, con referencia especial al § 51, 2 del *StGB* alemán y a la posible relevancia del error de prohibición. 2. Las fórmulas de la *indivisibilidad*. B) Problemática de lo "normal" y lo "anormal" en las psicopatías y en las sociopatías. C) La doctrina de la "*diminished responsibility*".—III. Problemática del principio: "imputabilidad disminuida equivale a pena disminuida". 1. Aspecto cuantitativo de la pena. 2. La *qualitas* de la sanción. A) Procedencia de la condena condicional en los imputables disminuidos. B) El tratamiento psicoterapéutico ambulatorio. 1. Legislación penal alemana. 2. Legislación penal inglesa.—IV. El internamiento de los psicópatas y los establecimientos de terapéutica social.

