

La condena condicional en España

Apuntes para su historia

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMÁN

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

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

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

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

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

A) La política “regeneracionista” del Gobierno Silvela

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(9) “En el aspecto técnico, el juicio debe ser menos favorable —dice ANTÓN ONECA, refiriéndose a la reforma penal de 1870, en *El Código penal de 1870, spta.* del ADPCP., 1970, 250 y 251—: los legisladores permanecieron ajenos a varias razonables propuestas del Informe del Colegio de Abogados de Madrid y también de la Comisión de Codificación que cesó en 1869, así como a exigencias muy visiblemente puestas de relieve por la realidad: como, por ejemplo, *la imposibilidad de cumplir las reglas de ejecución de las penas privativas de libertad...*, y, prosigue ANTÓN ONECA, si bien “el Código de 1848 se había engendrado en una época de fuerte tensión contra los excesos del legalismo, tomando como modelo otras legislaciones. Así en Francia (de donde procedía por entonces la mayor parte de la información española), en 1868 se habían ampliado los efectos de las atenuantes genéricas, ya establecidas por la Ley de 1832. En cambio, en nuestro país, por el mayor casuismo, *se aumentaron en 1870 los males del legalismo excesivo*”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(44) Vide APÉNDICE I.

(45) Vide APÉNDICE II y nota 37.

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

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

1. EL PROYECTO DEL CONDE DE TORREÁNAZ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(62) Vide APÉNDICE I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(79) *Vide supra*, págs. 341 ss.

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

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

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

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

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

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

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

(82) *Vide infra*, págs. 406 y 407.

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

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

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

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

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

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

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

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

d) *La rehabilitación de los condenados condicionalmente.*

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

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

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

(88) *Vide* la nota anterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1) *La imputabilidad disminuida.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ciertamente, de tan absurdas y contradictorias fórmulas de tran-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

g) *El período de suspensión.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

i) Conclusiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por el contrario, quizá tuviese razón GAMAZO al afirmar que “nuestro país no está preparado para recibir esa semilla de progreso, si así puede calificarse la medida del proyecto”, aunque tal argumento resulta muy recurrido.

Mas de la pobreza doctrinal existente en aquel momento, dentro del marco penal, en nuestro país da fe la lectura de un debate en el que se habla de caridad cristiana, justicia divina, etc., pero en el que

decreto-ley 10/1969, de 31 de marzo (B.O.E. núm. 78, de 1 de abril de 1969), valiéndose de la prescripción para indultar todos los delitos que hayan sido cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939, sin que obviamente implique la cancelación de los antecedentes penales ni la eliminación o desaparición de los efectos administrativos. El de 1 de abril de 1964, con motivo de los XXV años de paz, que sí implica la cancelación de los antecedentes penales. Decreto-ley de 24 de junio de 1963, con motivo de la coronación de Pablo VI. Decreto-ley de 11 de octubre de 1961, con motivo del XXV aniversario de la exaltación a la Jefatura del Estado del General Franco. Decreto-ley de 31 de octubre de 1958, con motivo de la elevación al Solio Pontificio de Juan XXIII.

(166) Sobre el problema de la dependencia del poder judicial respecto al ejecutivo en el siglo XIX, véase la interesante tesis doctoral de WALLMANN, Wilhelm: *Einflussnahme der Exekutive auf die Justiz im 19. Jahrhundert*, Inaug., Diss., Marbug, 1968.

(167) *Exposición de Motivos* del Proyecto SILVELA, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, ap. 1.º al núm. 54 [30 de diciembre de 1884], pág. 8.

(168) Véase, *ad exemplum*, S. de 29 de noviembre de 1969.

se pone al descubierto por los interpelantes un absoluto desconocimiento del Derecho comparado y, por consiguiente, del tema debatido; aparte del hecho inconcuso de que el Proyecto de ley fue objeto de la más absoluta indiferencia dentro ya del ámbito parlamentario, como lo demuestra el que, a la hora de defender don Trifino Gamazo su *voto particular*, se le apremiase por el vicepresidente del Congreso (García Alix) a ser lo más breve posible, ya que, “como sabe perfectamente, por prescripción reglamentaria, dentro de muy poco tiempo hay que entrar en la discusión de presupuestos...” (169).

Pues bien, la discusión del mencionado proyecto se llevó a cabo en una sesión única, la del 18 de enero de 1900, y debió durar escásimo tiempo, por cuanto lo único realmente debatido fue el *voto particular* ya mencionado y la contestación al mismo por un miembro de la Comisión, concretamente, Burgos y Mazo, el cual argüía razones de equidad y de justicia en apoyo de la condena condicional, oponiendo al preopinante que “lo que realmente lleva al corazón de la gente un resquemor de desconfianza no es la lenidad, sino la injusticia” (!), y, por consiguiente, la lenidad perturbadora de la que habla Gamazo no es “más que el imperio de la justicia para restablecer... una injusticia notoria, que sólo ha tenido su base y su fundamento en la deficiencia de la justicia humana...” (170). Argumentando, por otro lado, que el cumplimiento de los fines del derecho no puede ceñirse al simple cumplimiento de la pena, por cuanto, aun cuando la pena no se cumple, en cambio, el fin perseguido por ella sí puede cumplirse mediante una institución de esta naturaleza, salvo que uno se mueva dentro de los viejos moldes de la doctrina de la *vindicta*. Pero lo que más llama la atención de las palabras y argumentos de Burgos es el énfasis que pone en el hecho de que los fines de la pena no sólo se han de cumplir con la amenaza constante del cumplimiento de la pena que pesa sobre el ánimo del condenado, sino, sobre todo, porque “el delincuente que ha sufrido ya la prisión preventiva con los sinsabores y penalidades que ella impone, que ha pasado por la humillante situación del sumario y del juicio oral, padece ya un castigo por el delito que cometió...” (171). Finalmente, después de aludir brevemente a algunas leyes europeas que han introducido el moderno instituto —con errores de bulto en tal relación, por cuando la considera introducida ya en la ley federal suiza de 30 de junio de 1849, etc.—, hace hincapié Burgos y Mazo en la nocividad de las penas de prisión, en el carácter discrecional de la facultad que se otorga a los Tribunales y, en definitiva, se remite al viejo principio

(169) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3604. La preocupación hacendística y económica llegaba, según queda suficientemente demostrado, hasta el más recóndito rincón de la política legislativa nacional.

(170) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3602.

(171) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3603.

de la desigualdad de las penas latente ya en nuestro Lardizábal (172), para el cual —apartándose de la doctrina de BECCARIA en lo tocante a la igualdad de las penas— estas han de ser diversas según la calidad y diversidad de las personas, pues, recordando las Partidas y probablemente a MONTESQUIEU (para quien el honor es el principio de la monarquía), LARDIZÁBAL deduce la exigencia de la proporcionalidad de las penas, habida cuenta de que “un destierro, el desagrado de un príncipe hará tanta impresión en el hombre ilustre como podrá hacer en un plebeyo la pena corporal y dura” (173). En sentido similar declara Burgos y Mazo: “¿Vamos nosotros todavía a incurrir en esos absurdos, en esas ranciedades jacobinistas, de creer que siempre debe existir la igualdad material a toda costa y esto aplicando cantidades iguales a cantidades desiguales...?”

Penetrado, pues, el miembro de la Comisión por las ideas individualizadoras, reafirma, en consecuencia, la necesidad de distinguir entre estos criminales a los que va dirigido el Proyecto y los avezados, “pues —dice— no creo yo que debe llamarse criminales a estos que han cometido el primer delito en las circunstancias de que tratamos”; así como cree también más en la efectividad del *peligro próximo*, producido en el ánimo del condenado por la suspensión temporal de la pena, que en el *peligro remoto* ínsito en las amenazas conminadas a título general por el Código penal.

La contestación que Gamazo hace al secretario de la Comisión reitera con firmeza las argumentaciones ya expuestas en su voto particular, si bien abunda en no pocas disquisiciones filosófico-jurídicas, como la declarada al expresar que “el que cumple la pena, a mi juicio, ha satisfecho la ley, *ha cumplido un deber legal y moral*” (174), opinión únicamente sostenible dentro de una concepción hegeliana del Derecho penal y, consiguientemente, de la pena, y que ha derivado, según destaca GRISPIGNI (175), hacia una corriente de pensamiento que no vacila en afirmar un *derecho del reo a sufrir la pena...*, lo cual, prosigue el penalista italiano, “será siempre una aberración filosófica o sentimentalista”; si bien lo que particularmente sorprende a GRISPIGNI es que una concepción tal la “sostengan también quienes conciben el Derecho penal como un derecho protector (!) (*sic*) del delincuente, como hace JIMÉNEZ DE ASÚA” (176).

(172) LARDIZÁBAL, Manuel de: *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782; reimpresso en Madrid, 1967, con un *Estudio Preliminar* de José ANTÓN ONECA: *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, pág. 32; *Discurso...*, cap. IV, II, núm. 57. Sobre LARDIZÁBAL, *vide*, además: BLASCO, Fco.: *El primer penalista de América española*, México, 1959; RIVACOBA Y RIVACOBA, M. de: *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, Buenos Aires, 1964.

(173) ANTÓN ONECA, J.: *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, 1967, 32 ss.; EL MISMO: *Los fines de la pena en la Ilustración*, REEP., 166, julio-septiembre 1964.

(174) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, número 108 [18 de enero de 1900], pág. 3605.

(175) GRISPIGNI, F.: *Diritto Penale Italiano*, vol. I, 2.ª ed., 1947, 294.

(176) GRISPIGNI, F.: *Ob. cit.*, 294, nota 46.

El 18 de enero de 1900, día en que comenzaron los debates en torno al Proyecto de ley facultando a los tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez, finalizó, pues, el debatido tema de la condena condicionada en el Congreso de los Diputados, pasando dicho Proyecto a figurar en la rúbrica técnica de "*Proyectos de ley remitidos por el Gobierno que han quedado pendientes*" (177).

La vida y fortuna del proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz habían sido muy cortas, pues su discusión ya no volvería a replantearse jamás a nivel parlamentario, dedicados, como lo estaban, todos los esfuerzos del Gabinete de la Unión Conservadora, presidido por don Francisco Silvela, a sacar adelante su ansiada Ley de Presupuestos.

En síntesis, la escasa fuerza moral que arrojaba al Proyecto —dirigido fundamentalmente a sustituir los indultos generales y a remediar la calamitosa situación de nuestros establecimientos penitenciarios, particularmente la de los locales destinados al cumplimiento de la prisión preventiva—, unida a la situación político-económica por la que atravesaba el país, además de la impronta política que encubría el voto particular de don Trifino Gamazo, fueron todos ellos factores coadunados en contra de la viabilidad del mismo, a pesar de que la propuesta legislativa mirada desde afuera encarnaba ciertamente una medida de reforma de finalidad esencialmente política.

La propicia ocasión, por desgracia desaprovechada a causa de los factores externos apuntados, no volverá a darse hasta siete años después y con unas coordenadas jurídico-penales muy diversas de las que le habían precedido. Las frecuentes crisis totales y parciales de los Gobiernos de la nación, en manos del juego de los partidos turnantes, determinarán una absoluta inestabilidad de los cargos ministeriales, hasta tal punto que en siete años (desde el 25 de octubre de 1899, fecha en que asume la cartera de Gracia y Justicia el conde de Torreánaz, hasta el 26 de enero de 1907, en que ocupa idéntico cargo el marqués de Figueroa, don Juan Armada y Losada) pasarán por el Ministerio de Gracia y Justicia dieciséis personalidades distintas, incluyendo a las dos antes mencionadas (178); lo cual se

(177) *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, t. XV, 1899 a 1900, Índice, pág. 465: *Proyectos de ley remitidos por el Gobierno que han quedado pendientes: Suspensión de la ejecución de ciertas penas en su grado mínimo, en beneficio de los que hayan delinquido por primera vez sin la concurrencia de las circunstancias agravantes* (ap. 1.º al núm. 99, pág. 3258). No deja de resultar curioso que aparezca incorporado al título del proyecto el inciso que no aparece en la intitulación original del mismo— "*sin la concurrencia de las circunstancias agravantes*".

(178) Así, dimitido el 24 de octubre de 1899 Durán y Bas, le sucede en su cargo don Luis María de la Torre y de la Hoz, conde de Torreánaz, el cual dimite el 18 de abril de 1900. A éste sucede el marqués del Vadillo, don Francisco Javier González de Castejón y Elío, el cual dimite antes de octubre del mismo año, pero vuelve a ser nombrado el 23 de octubre de 1900, dimitiendo definitivamente el 6 de marzo de 1901. Don Julián García San Miguel, marqués de Taverga, sucede al que fue catedrático de Derecho Natural de la

manifiesta como prueba irreversible de lo poco hacedero que resultaba entonces el llevar a cabo una labor codificadora coherente y atenta a las modernas instituciones que hacían acto de aparición en el Derecho comparado.

IV.—EL PROYECTO MONTILLA Y ADÁN DE CODIGO PENAL: LA INTERVENCION DE DON CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS. RAZONES DE SU INVIABILIDAD(*)

Si alguno de los penalistas españoles de la época podía aparecer como el más adecuado para confeccionar un proyecto de ley con la finalidad de introducir en nuestra legislación penal la condena de ejecución condicionada, ese era, sin lugar a dudas, BERNALDO DE QUIRÓS, el único autor patrio que, hacia fines del siglo XIX, se ocupara en España del tema con una profundidad y sistemática envidiables y demostrando una amplia gama de conocimientos sobre la materia en el Derecho comparado en una "obrita" —calificada, con razón, de positivista— con la que el criminólogo español ha logrado traspasar los límites geográficos nacionales (179).

Universidad de Madrid, dimitiendo el 19 de marzo de 1902. Con los liberales de Sagasta entra don Juan Montilla y Adán, nombrado ministro de Gracia y Justicia por real decreto de 17 de mayo de 1902, pero dimite el 15 de noviembre del mismo año. A Montilla le sucede don Joaquín López Puigcerver, el cual dimite el 6 de diciembre de 1902, sustituyéndole en dicha cartera don Eduardo Dato e Iradier, el cual dimite el 20 de julio de 1903. Don Francisco de los Santos Guzmán, el sucesor de Dato, dimite el 5 de diciembre de 1903, sucediéndole don Joaquín Sánchez de Toca y Calvo, intelectual conservador, cuya dimisión se produce el 16 de diciembre de 1904, siendo nombrado para ocupar su puesto don Francisco Javier Ugarte y Pagés, el cual presenta su dimisión el 27 de enero de 1905, volviendo inmediatamente a ser nombrado para ocupar idéntica cartera de la que dimite, al fin, el 23 de junio de 1905. Le sucede en el cargo don Joaquín González de la Peña, dimitiendo el 31 de octubre del mismo año, volviendo de nuevo a esa cartera don Joaquín López Puigcerver, el cual presenta su dimisión oficial el 1 de diciembre de 1905. A continuación viene a ocupar la cartera de Gracia y Justicia don Manuel García Prieto, protegido de Montero Ríos y perteneciente al Consejo Superior Penitenciario, dimitiendo el 10 de junio de 1906 y sucediéndole don José María Celleruelo y Poviones, a cuya dimisión, producida el 6 de julio del mismo año, le sucede don Alvaro de Figueroa y Torres, conde de Romanones, el cual dimite el 30 de noviembre de 1906. Sucede al conde de Romanones don Antonio Barroso y Castillo, dimitiendo y volviendo a ser nombrado el 4 de diciembre de 1906 hasta que se produce su dimisión oficial, el 25 de enero de 1907, fecha a partir de la cual es nombrado ministro de Gracia y Justicia don Juan Armada y Losada, marqués de Figueroa, autor del Proyecto de ley de 31 de octubre de 1907 sobre condena condicional.

(*) Diputado a Cortes desde 1881, fue don Juan Montilla y Adán Subsecretario nonnato de Gracia y Justicia y Director de Comunicaciones, actuando, además, de Secretario del Congreso al jurar la Constitución la Reina Regente.

(179) BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 1.^a ed., Madrid, 1898; 2.^a ed., Madrid, 1908. *Vide supra*, pág. 313, nota 12. En la 2.^a ed., 1908, págs. 143 ss., examina BERNALDO DE QUIRÓS lo que él denomina tres tipos de la condena condicional: el norteamericano, el inglés y el

Su intervención en el Proyecto de Código penal confeccionado durante el ministerio de don Juan Montilla y Adán la narra el propio BERNALDO DE QUIRÓS en el *Prólogo* a *La sentencia indeterminada* (cuyo título, en el original mecanografiado, era el de *El sistema de penas determinadas "a posteriori" en la Ciencia y en la Vida*, según consta en el ejemplar que pertenece a la Biblioteca de la Sección de Derecho penal, del Instituto de Estudios Jurídicos, con la signatura M-I-230), tesis doctoral del desaparecido maestro Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, publicada por vez primera en Madrid, 1913 (180).

Por mandato expreso de don Rafael Salillas, encargó el entonces subsecretario de Gracia y Justicia, Luis Silvela, a Bernaldo de Quirós y al eminente penitenciario español la elaboración de un proyecto de Código penal, con una memoria previa sobre la evolución codificadora en Europa a partir del Código Penal italiano de 1889, memoria que, según palabras de don Constancio, fue concluida en muy pocos días, "escrita a vuela pluma en la Biblioteca del Ministerio..." "Menos les bastaron al subsecretario y al ministro para darla por buena y a mí como capaz de prepararles un proyecto de Código penal que pudiera presentarse apenas se reanudase la legislatura, al comenzar el otoño; en dos meses de plazo..." "El ministro, don Juan Montilla, de quien guardo la impresión de un hombre enfermo, sentado, en estado de inercia, ante una pequeña mesa... de descanso, no me comunicó otra instrucción que la de tomar como base el Proyecto de don Francisco Silvela, que, como es sabido, redactó su hermano don Luis, liberalizándole y poniéndole al corriente de las últimas creaciones penales..., si bien el subsecretario, don Luis Silvela, expresó dos o tres de las reformas que, exteriormente, para la galería, debían imprimir carácter de modernidad a la obra. Estaba entre ellas, naturalmente, la abolición de la pena de muerte" (181).

Así fue cómo "se engendró apresuradamente este pobre Proyecto de Código penal de 1902, criatura abortiva que no llegó a término..." Con ayuda de Cadalso y de Primitivo González del Alba, quedó redactado el libro primero del proyecto, cuyo modelo era el Proyecto Stoos del Código penal federal suizo, "seductor entre todos, por su brevedad y sencillez", según declara el propio BERNALDO DE QUIRÓS.

De este modo quedó ultimado, con todos los defectos debidos a la precipitación con que fuera preparado, pero que, situado en el marco jurídico-penal español de la época, representa el tipo más

européo continental, si bien ignora las disposiciones inglesas del *Probation of Offenders Act 1907*, las cuales instituyen con carácter general el *probation system* en Gran Bretaña. Sin embargo, no puede negarse que estamos en presencia de uno de los libros que mejor tratan, en el primer tercio del siglo en España, el problema de la condena condicional.

(180) Existe una segunda edición de *La sentencia indeterminada*, de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, publicada en 1947, en Buenos Aires, que duplica casi el contenido de la anterior y que, junto al prólogo primitivo de Bernaldo de Quirós, lleva un prefacio del propio autor con innumerables datos autobiográficos.

(181) *Prólogo* de BERNALDO DE QUIRÓS a *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*, Madrid, 1913, págs. XX y XXI.

progresivo de transición hacia una nueva fase del Derecho, el llamado PROYECTO MONTILLA de Código penal, el cual no llegó siquiera a ser presentado a las Cortes, ni, por consiguiente, a ser publicado en la *Gaceta de Madrid*; si bien existe una edición del mismo bajo el título "*Proyecto de Código penal 1902*" (Madrid, Imprenta de la Viuda e Hijos de Tello, 1903), que en todo caso no debe confundirse con el "*Proyecto de ley reformando varios artículos del Código penal*", presentado a las Cortes por MONTILLA Y ADÁN el 19 de octubre de 1902 y publicado en la *Gaceta de Madrid* el martes 4 de noviembre del mismo año, el cual aparece precedido de una extensa Exposición de Motivos y consta de 26 artículos, yendo dirigido principalmente a "poner coto a la injuria y la calumnia, procurando robustecer los medios de defensa de que pueden disponer los ciudadanos españoles.... ampliándose el concepto de la calumnia a la falsa imputación de hechos que darían lugar a procedimientos disciplinarios o gubernativos para corregir a su autor; creándose el delito de insulto, etc.", y derogando, en definitiva, los artículos 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 507, 508 y 584 del Código penal (182).

(182) *Gaceta de Madrid*, martes 4 de noviembre de 1902, t. IV, págs. 411 y 412. Como se ha puesto de relieve en el texto, se trata de un Proyecto de ley dado en Madrid a 19 de octubre de 1902 y firmado por Juan Montilla y Adán, en el que una amplia exposición de motivos fundamenta la necesidad de ampliar el concepto de la calumnia, de crear el delito de insulto como la forma más leve de los atentados contra el honor, estableciéndose, además de la pena personal y de la satisfacción honoraria dada al ofendido con la publicación de la sentencia condenatoria del reo, una sanción más, un pago de cantidad a la víctima, en concepto de indemnización; créase, por otro lado, el delito de amenaza de escándalo mediante la prensa o el escrito, etc.

Pues bien, el Proyecto citado, de un total de 26 artículos, fue incorporado al texto del Proyecto de Código penal de 1902 (arts. 448-466), aunque, según parece, a disgusto de BERNALDO DE QUIRÓS, que cifra en la incorporación del Proyecto de ley contra la difamación al texto del Código una de las tantas dificultades que le planteó la confección de la Parte Especial del Código. "La ley —subraya— era verdaderamente defectuosa. Con todo, hube de incorporarla tal cual era", debido según señala, al empeño que en ello había puesto otro de los ministros, don Segismundo MORET. Cfr. *Prólogo* de Bernaldo de Quirós a *La sentencia indeterminada*, 1913, pág. XXIV. La causa de todo ello estriba en que Moret —ministro de la Gobernación en el Gabinete formado por Sagasta el 19 de marzo de 1902— había triunfado ya durante su etapa de presidente del Congreso de las acusaciones con que el diputado Urquía (el "responsabilista" del 98) quiso denigrarlo. Pero en 1902 volvió a recrudecerse la campaña emprendida desde antiguo contra ministros y generales por razón de su moral pública o privada, tocándole, de nuevo, el turno a don Segismundo MORET, cuya honestidad personal era irreprochable; si bien éste hizo ver la impecable legalidad con que una finca de su esposa había sido expropiada por el Ayuntamiento de Madrid, demostrando, asimismo, el plausible destino dado por él a un cheque de 125.000 pesetas (donativo al Ateneo de un capitalista bilbaíno amigo suyo) que diera base a tan pérfida acusación. Este hecho no puede, por otro lado, considerarse aisladamente, sino como uno más dentro de una situación que había dado lugar a las palabras pronunciadas —25 de octubre de 1901— en el Congreso por Romero Robledo: "O aquí estamos en una sociedad de calumniadores o en una sociedad de bandidos." Cfr. FERNÁNDEZ ALMAGRO, M.: *Ob. cit.*, 295.

Dejando ahora a un lado las novedades que el mencionado Proyecto introduce en el capítulo II, del título II, del Libro I, que trata "de las causas de justificación y de las que influyen sobre la imputabilidad, anulándola o modificándola", de gran importancia, por cierto, interesa al objeto de nuestra investigación el estudio del capítulo IV (que trata de la suspensión de la pena), del título III (de las penas), del Libro I.

Así, pues, el artículo 84 del capítulo IV, relativo a la condena condicional, dispone: "*El Tribunal sentenciador podrá ordenar que se suspenda la ejecución de las penas privativas de libertad hasta seis meses, bien resulten de pena única, bien de penas acumuladas, cuando incurra en condena persona sin antecedentes penales y de buena conducta, sin que el delito o falta pueda achacarse a móviles bajos o vergonzosos.*

Si en el plazo de cinco años, contados desde la comisión del delito o falta, el condenado no incurre nuevamente en responsabilidad, caducará la sentencia, lo mismo que sus efectos para la apreciación de la reincidencia.

En otro caso, el condenado cumplirá las dos penas."

Ciertamente, no puede, en este caso, alabarse el Proyecto MONTILLA Y ADÁN por su originalidad, puesto que, huyendo tal vez de las imperfecciones ínsitas en nuestro primer proyecto de ley sobre la condena de ejecución condicionada, se arroja literalmente en manos de la redacción del artículo 46, el último de la Primera Parte o Parte General, del *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil* o *Avant-Projet de Code Pénal Suisse. Partie Générale* (Anteproyecto de Código penal suizo, Parte General (183), de CARL STOOS, de 1893, el cual expresa literalmente: "*El Tribunal puede suspender la ejecución de la pena: cuando el autor ha sido condenado, por vez primera, por un delito que no haya sido cometido por móviles viles, y el daño que ha derivado del delito ha sido reparado en lo posible; cuando la pena es como máximo de seis meses de prisión; cuando el autor, mediante la suspensión, se preserve probablemente de posteriores delitos.*

No debe, pues, extrañarnos que, a pesar de las objeciones expuestas por BERNALDO DE QUIRÓS en insertar en su Proyecto de Código penal el contenido del Proyecto de 29 de octubre de 1902 (*Gaceta* del martes, 4 de noviembre de 1902, t. IV, págs. 411 y 412), reformando varios artículos del Código penal, don Segismundo hiciese hincapié en la inclusión de las disposiciones de este último Proyecto en el más amplio de Código penal que el Gabinete liberal tenía preparado y que no llegó a presentarse a las Cortes.

(183) Existe una edición del mismo bajo el título *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Im Auftrag des Bundesrates ausgearbeitet von Karl Stooss*. Basel, 1893; *Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrates verfasst von Karl Stooss* (September 1893). Basel y Genf, Georg & Co., 1893, 86 págs.; *Avant-Projet de Code Pénal Suisse. Partie Générale. Traduit par mission du département fédéral de justice et de police par Alfred Gautier*, Basel y Genf, Georg & Co., 1893.

Si el condenado llega a ser reincidente antes del transcurso de cinco años, entonces habrá de sufrir la pena impuesta con anterioridad y la recaída como reincidente; si no llega a reincidir dentro de los cinco años, entonces se suprime la pena" (184).

En consecuencia, la primera objeción que ha de dirigirse al proyecto español ha de ser forzosamente idéntica a la que, en su día, RUCHONET dirigiera al Anteproyecto STOOSS, es decir, la de encerrar una formulación "*un peu timide*" de la condena condicional y, por ende, un tanto vaga, a causa de la mención expresa que hace del requisito, según el cual el delito no debe haber sido llevado a cabo por móviles viles ("*nicht aus gemeinen Beweggründen begangen hat...*"), expresión sustituida por la Comisión por la más apropiada, si bien no menos confusa, de que el delito no haya sido cometido por

(184) El artículo 46 del Anteproyecto de Código Penal suizo de Karl Stooss expresa literalmente: "*Das Gericht kann den Strafvollzug einstellen, wenn der Thäter zum ersten Male wegen eines Verbrechens verurteilt wird, das Verbrechen nicht ausgemeinen Beweggründen begangen hat, den Schaden, der ausdem Verbrechen entstanden ist, soweit es ihm möglich war, ersetzt hat, wenn die Strafe Gefängnis von höchstens 6 Monaten ist, wenn der Thäter durch die Einstellung voraussichtlich vor weitem Verbrechen bewahrt wird.*

Wird der Verurteilte vor Ablauf von 5 Jahren wieder ruckfällig, so hat er die früher erkannte und die durch den Rückfall verwirkte Strafe zu erstehen; wird er innerhalb von 5 Jahren nicht rückfällig, so fällt die Strafe weg."

En las discusiones sostenidas por la Comisión de Expertos (cfr. *Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der vom Eidg. Justizdepartement einberufenen Expertenkommission, I. Teil, J. Schmidt, Bern, 1894*; Comisión de la que formaron parte: A. Gautier, Emil Zürcher, A. Cornaz, Louis Guillaume y Karl Stooss, entre otros; celebrando sus sesiones del 19 de septiembre al 7 de octubre de 1893 en la ciudad suiza de Berna) el párrafo 2.º del citado artículo 46 quedó sin variación alguna, pero se introdujeron modificaciones en el párrafo 1.º del mismo artículo, en el sentido siguiente: "El Tribunal puede suspender la ejecución de la pena: cuando el condenado no haya sufrido hasta la fecha, ni en Suiza ni en el extranjero, una pena privativa de libertad y haya sido condenado a una pena no superior a los seis meses de prisión; cuando el (condenado) no haya actuado por sentimientos infamantes y haya reparado, con cuanto figura en su patrimonio, el daño causado por él; cuando es de esperar que no llegue a reincidir" ("*Das Gericht kann den Strafvollzug einstellen: Wenn der Verurteilte bisher weder in der Schweiz noch im Auslande eine Freiheitsstrafe erstanden hat und nicht zu einer höheren Strafe als 6 Monate Gefängnis verurteilt wird; wenn er nicht aus niederträchtiger Gesinnung gehandelt und den von ihm verursachten Schaden, soweit es in seinen Vermögen stand, ersetzt hat; wenn anzunehmen ist, er werde nicht rückfällig werden.*")

Véase sobre el citado Anteproyecto: VON LISZT, Fr.: *Die Forderung der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, en *Archiv für Soziales Gesetzgebung und Statistik*, t. VI, 1893, artículo recogido en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, reimpresión 1970, t. II, 94 ss., esp. 130 y 131; FERRI: *Il Progetto di Codice Penale Svizzero*, en *La Scuola Positiva nella giurisprudenza penale*, anno III, 701 ss., 753 ss., esp. 757, lugar en el que atisba un "nuovo trionfo delle dottrine positiviste"; GAUTIER, Alfred: *Deux Projets. La réforme pénale en France et en Suisse*, en *R.P.S.*, VII (1894), 44-117; VON LILIENTHAL: *Der Stoosche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches*, en *ZStW.*, 15 (1895), 97 ss., 260 ss., esp. 130 ss.

“sentimientos infamantes” (*aus niederträchtiger Gesinnung*) (185); lo que, en realidad, viene a suponer una limitación de la concesión del beneficio a las llamadas, en frase de Alfred GAUTIER (186), “*infractions sans perversité*”, con lo cual se da inequívocamente una aproximación notoria hacia la cláusula genérica de la “*verdadera perversidad*” o de la “*malicia excesiva*” empleada por el Proyecto Torreánaz (187), aunque tal vez deba admitirse la posibilidad de que el origen de ambas se encuentre en el Anteproyecto del suizo. Ahora bien, de haber tenido a la vista el Proyecto Torreánaz, no habría tenido BERNALDO DE QUIRÓS por qué haber ido tan lejos en busca de tan inextricable fórmula.

Por otro lado, ambos proyectos coinciden en el criterio de la duración de la pena susceptible de acogerse a la suspensión: para el suizo, la pena de seis meses de prisión; para el español, las penas privativas de libertad de hasta seis meses. En este punto concreto es de alabar, dentro de nuestro particular y no menos singular enclave legislativo, la simplificación que el Proyecto MONTILLA hace en las escalas penales, al reducir, en su artículo 35 (dentro del capítulo I —clasificación y duración de las penas—, del título III —de las penas—, del Libro I), las penas privativas de libertad o solamente tres: la de reclusión temporal o perpetua, la de prisión y la de arresto.

La misma concepción en lo que respecta al sistema de condena condicional es compartida por ambos proyectos, puesto que se habla de “suspender la ejecución de las penas privativas de libertad”, por parte del español, y de “suspender la ejecución de la pena” (*den Strafvollzug einstellen*), por parte del Anteproyecto suizo. Optan, pues, los dos por el sistema denominado entonces franco-belga o del “*sursis*” (*Suspension à l'exécution de la peine* = *Einstellung des Strafvollzuges*).

Ello no obstante, el Proyecto MONTILLA verifica la introducción de alguna novedad, al ser su redacción mucho más explícita. En este sentido permite la suspensión de la ejecución de las penas de prisión no superiores a seis meses, “*bien resulten de pena única, bien de penas acumuladas*”, según reza el tenor de su artículo 84. Tal puntualización no aparece en el Anteproyecto suizo. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo enunciado, puesto en relación con el artículo 83 del Proyecto, cabría entonces la aplicación de la condena condicional al supuesto del concurso de delitos (188); posi-

(185) Cfr. *Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen...*, 1894, 379 ss.

(186) GAUTIER, Alfred: *Deux Projets...*, en *R.P.S.*, VII (1894), 44 ss., esp. 101.

(187) En torno al verdadero significado y alcance de la expresión “malicia excesiva o perversidad”, que por vez primera en esta materia aparece en el Proyecto de ley del conde de Torreánaz, *Vide supra*, págs. 347 ss.

(188) El artículo 82 del Proyecto de Código penal de 1902 dice: “Cuando varios hechos, que aun tomados aisladamente constituyen una infracción, sean tan conexos que deban considerarse como una acción continuada, sólo se aplicará una disposición de la ley penal, y en caso de diferencia, la que establezca mayor pena.

bilidad que, desde luego, no aparece en el Anteproyecto suizo de 1893, pero que crearía graves problemas a la hora de apreciar la reincidencia, a efectos de aplicación de la condena condicional.

De alcance mucho más preventivista que el artículo 46 suizo es la disposición de la propuesta española, por cuanto no sólo exige que el reo sea un delincuente primario, sino que también ha de ser de *buena conducta*, requisito, a mi juicio, excesivo, pero que, sin duda, BERNALDO DE QUIRÓS tomó de los modelos anglosajones.

Por otro lado, el Proyecto MONTILLA hace extensiva la aplicación de la condena condicional a las faltas, pero omite la *prognosis de autor* ínsita en el artículo 46 del Anteproyecto suizo, al exigir éste la constatación de una probabilidad de que el autor en el futuro se preserve de la comisión de nuevos delitos; presupuesto que implica un considerable avance respecto a la época en que fué confeccionado el Anteproyecto y que, por añadidura, ha influido obviamente en la legislación alemana posterior (189). Algo similar cabe decir respecto a la exigencia de la reparación del daño causado por el delito (190).

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos actos independientes y constituyendo varias infracciones castigadas con penas de la misma naturaleza, no se impondrá más que una sola pena. El máximo de esta pena será la suma de las penas más elevadas establecidas para estos hechos, pero sin que se eleve a más de un tercio sobre el máximo de la mayor.

Cuando sean varios los hechos punibles y deban considerarse como independientes y constituyendo varios delitos distintos castigados con penas de distinta naturaleza, se impondrán todas ellas, pero acumuladas no podrán exceder de una tercera parte sobre la pena mayor.

En concurso de delitos con falta o de faltas entre sí, se impondrá una pena para cada falta, pero sin que pueda exceder de ocho meses el total de las penas acumuladas para las faltas."

Por consiguiente, puestos en relación los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del artículo 82 con el párrafo 1.º del artículo 84, cabría admitir la posibilidad de aplicar la condena condicional a los supuestos de concurso de delitos y, también, al caso de concurso entre delito o falta o, simplemente, entre faltas; siempre y cuando, claro está, la pena resultante de la acumulación no exceda a la de seis meses de privación de libertad.

(189) Véase a este respecto: JESCHECK, Hans-Heinrich: *Der Einfluss des schweizerischen Strafrechts auf das deutsche*, en *R.P.S.*, 73 (1958), 184 ss., esp. 193, en lo que respecta a la *bedingter Stravollzug*.

Obsérvese, además, que el antiguo párrafo 23 del *StGB* alemán federal habla de que "la suspensión de la pena a prueba se ordena sólo cuando la personalidad del condenado y su vida anterior en unión a su conducta posterior al delito o a una reforma favorable de su forma de vida *permitan esperar* que bajo la eficacia de la suspensión lleve en el futuro una vida legal y ordenada". En similar sentido se expresa el párrafo 1.º del § 23 del *StGB* en la versión recibida por la I. Str.RG de 25 de junio de 1969, en vigor a partir del 1 de abril de 1970: "... *wen zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und Künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird*".

(190) La Reforma Penal alemana de 1953, que introdujo en los párrafos 23 y ss. la denominada *Strafaußsetzung zur Bewährung*, establece como una de las obligaciones o condiciones (*Auflagen*, párrafo 24, 1) que el Tribunal puede imponer durante el período de prueba la "de indemnizar o reparar el daño causado por el hecho (delito)". Condición que, según la doctrina y jurisprudencia posteriores a 1953, reviste un carácter "expiatorio" y que debe

Finalmente, el Proyecto español, al dar un giro gramatical más amplio al párrafo 2.º del artículo 46 del Anteproyecto suizo, da lugar a un contenido idéntico, desde luego, al de aquél, pero expresado con mayor claridad. En tal sentido, el texto suizo declara una vez cumplidos los requisitos de su párrafo 2.º —esto es, no reincidir durante el transcurso de los cinco años—, *suprimida la pena*, mientras que BERNALDO DE QUIRÓS prefiere abundar en la explicación de la eficacia y alcance que reviste la caducidad de la sentencia, afirmando, por tanto, que *también caducarán sus efectos* (los de la sentencia) *para la apreciación de la reincidencia*. Consecuencia inmediata derivada de ello es la posibilidad legal de aplicar dos veces o más la condena condicional a un mismo sujeto delincuente. Sin duda, este es el punto de mayor progresismo y liberalidad del artículo 84 del Proyecto MONTILLA Y ADÁN. De haber tenido más fortuna y no haber dimitado el ministro —nombrado el 17 de mayo de 1902— el 15 de noviembre del mismo año, el Proyecto hubiera logrado, probablemente, viabilidad y habría supuesto, desde luego, una semilla de progreso tanto en el marco del arcaico Código penal español de 1870 como en la esfera de la administración de justicia, aunque los necesarios cambios que, lógicamente, la introducción de tal medida hubiera de producir en aquélla no vienen previstos en el Proyecto español. Precisamente por esas fechas el Código penal noruego de 1902 introducía la medida, imitando al modelo inglés, con una factura realmente revolucionaria para la época y digna de imitar aún hoy en día por muchísimos códigos penales (191), entre los cuales debe, a decir verdad, contarse el nuestro.

imponerse siempre que sea dudosa la indemnización voluntaria, superponiéndose a la obligación jurídico-civil de reparación del daño derivado del delito, que se asegura así mediante la intimidación jurídico-penal. Cfr. PENTZ, Adolf: *Formelle Fragen bei der Strafaussetzung zur Bewährung*, en *NJW*, 1954, 141 ss., esp. 142; EL MISMO: *Nochmals: Die Bewährungsaufgabe der Schadenswiedergutmachung*, en *NJW*, 1956, 1867 ss., esp. 1868. En sentido similar se pronuncia KÜSTER, Otto (en *Poena aut satisfactio*, en *JZ.*, 1954, 1 ss., esp. 3 y 4), apuntando que la imposición de una *Auflage*, bien con la condena condicional, bien con la libertad condicional, es una posibilidad de compensar la pena o una parte de la pena por medio de una actuación o un actuar expiatorio ("*sühnendes Handeln*").

El artículo 41 del *Code Pénal Suisse*, relativo al "*sursis à l'exécution de la peine*", presupone como uno de los requisitos o condiciones de su concesión el que el condenado haya reparado en lo que podía esperarse de él el daño establecido judicialmente o por acuerdo con el lesionado. Sobre la reforma parcial del Código Penal suizo llevada a cabo por ley de 18 de marzo de 1971, véase: GERMANN, O. A.: *Grundzüge der Partialrevision des schweizerischen Strafgesetzbuchs durch das Gesetz vom 18 März 1971*, en *R.P.S.*, 87 (1971), 377 ss., esp. 348 ss.; SCHULTZ, Hans: *Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch*, en *R.P.S.*, 88 (1972), 1 ss., esp. 42 ss.

(191) Aunque la condena condicional fue introducida en Noruega, según el modelo franco-belga, por la denominada *lov om betingede straffedome af 2. maj 1894*, siendo ésta integrada en el Código Penal noruego de 1902 por la *Straffelov af 22. maj 1902*, posteriormente modificado en 1919 y 1929, el Código noruego procesal penal de 1887 permitía ya al Ministerio fiscal la renuncia a la acción o persecución penal en los casos en que, siendo aun cierta la culpabilidad del prevenido, el interés público no exige que el delincuente

Sin embargo, el Proyecto de Código penal de don Juan MONTILLA Y ADÁN, fruto de un espíritu cultivado y liberal como era el de su autor, Constanancio BERNALDO DE QUIRÓS, vio, pese a encerrar la gran oportunidad de dar al país una legislación penal moderna, condicionado su destino por la propia situación política surgida a raíz de la crisis planteada por Azcárraga. A partir de este momento se hacía cada vez más patente y notoria la urgente necesidad de dar al país un gobierno liberal que diese paso al reconocimiento del derecho a la huelga y mantuviese hasta sus últimas consecuencias la vigencia del Real Decreto de 19 de diciembre de 1901, refrendado por el entonces Ministro de la Gobernación, don Alfonso González, por el que se concedía un plazo de seis meses “a las asociaciones ya creadas y comprendidas en los efectos de la ley” para que pudiesen inscribirse en el correspondiente Registro de los gobiernos provinciales; puntos todos ellos a los que había Canalejas supeditado su participación y aceptación de la cartera de Agricultura en el Gobierno de relativa concentración parlamentaria que, presidido por don Práxedes Sagasta, había nacido el 19 de marzo de 1902 y en el que entraba, según hemos visto, uno de sus incondicionales amigos, don Juan Montilla y Adán, parlamentario de fácil e intencionada palabra, oriundo de la izquierda dinástica, para ocupar la cartera de Gracia y Justicia, siendo ahora Moret el titular de la de Gobernación (192).

En fin, la aceptación en precario de Canalejas; su izquierdismo, aceptado a medias por el Gobierno, y una Real orden dictada por Moret, en desarrollo del Real Decreto sobre las asociaciones, dando a este último una interpretación lo bastante amplia como para permitir, a espaldas de Canalejas, una negociación con la Santa Sede, acuerdo que se llevó a cabo por el duque de Almodóvar del Río y por Moret, son otros tantos factores que vinieron a radicalizar la postura política de Canalejas, el cual dimitió, creando una verdadera crisis interna al Gabinete, si bien pospuso su dimisión oficial hasta después de la coronación del nuevo Rey, Alfonso XIII, que prestó el 17 de mayo de 1902 juramento ante el Congreso, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 45 de la Constitución.

Si a todo ello agregamos el recrudecimiento de la campaña difamatoria contra don Segismundo MORET, cuya gestión política en los asuntos de Cuba y Filipinas como Ministro de Ultramar era un tanto discutible, aunque la campaña contra él emprendida se debía más bien al hecho de su presencia en el banco azul junto a Sagasta, si bien los ataques que Nocedal —en el Congreso— y don Fernando Primo de Rivera —en el Senado— le dirigieron iban dirigidos más

sea llevado ante los tribunales. Cfr. URBYE, Andreas: *Die bedingte Verurteilung im norwegischen Recht*, en *ZStW.*, 15 (1895), 248 ss.; WAABEN, Knud.: *Betingede Straffedome. Ein Kritik Vurdering af Dansk Rets Regler*, 1948; KØBENHAVN, págs. 41 ss.; GETZ: *Über die bedingte Verurteilung*, en *ZStW.*, 15 (1895), 248; *Probation and Related Measures*, 152 ss.

(192) FERNÁNDEZ ALMAGRO, M.: *Ob. cit.*, 288 ss.

a torpedear la labor de este o aquel ministro que a discriminar culpas, tendremos una visión lo suficientemente clara del panorama con el que el Gabinete de Sagasta se enfrentaba al abrirse de nuevo las Cortes el 20 de octubre de 1902. En una situación tan movida como era aquélla, poco o nada podía hacerse por los diversos ministerios; y en el de Justicia sólo pueden apuntarse dos proyectos de ley presentados por MONTILLA a las Cámaras, uno relativo a la reforma de la ley del Jurado y otro referente a la regulación de la inmunidad parlamentaria, los cuales dieron algún trabajo a ambos cuerpos colegisladores, aparte del ya mencionado relativo a los delitos de difamación (193).

Así, pues, cuando el 20 de octubre de 1902 vuelven a abrirse las Cortes, la crítica dirigida contra el Gobierno se fortalece con la adición de nuevos argumentos, como, por ejemplo, sus debilidades durante el viaje veraniego de los reyes, su falta de resolución a la hora de plantear el problema relativo a la ley de Asociaciones y el "problema Canalejas", dando este último ocasión o motivo a Sagasta para expulsar al primero del seno del partido liberal, y viéndose, en definitiva, colmada la crisis gubernamental con los discursos pronunciados por Maura (que hablaba de realizar una revolución desde el Poder) y por Silvela (que reclamaba el mando por la tremenda). Cuando el 10 de noviembre Sagasta plantea la crisis total, se forma un nuevo Gobierno, en el que subsiste Moret, pero desaparecen Montilla y Adán, Suárez Inclán y Rodrigáñez, produciéndose en el Congreso algunas interpelaciones acerca de los "tres desgraciados" ex ministros (según palabras textuales de Romero Robledo), atacándoseles por causas diversas, como, por ejemplo, de inmoralidad administrativa a don Juan Montilla —que, por cierto, al defenderse, dijo, entre otras cosas, que él no era "*más que el cacique de la provincia de Jaén*" (194). Planteada, pues, el 3 de diciembre la cuestión de confianza por Sagasta, dimitió con su Gobierno en pleno, entrando el 6 del mismo mes Silvela.

El planteamiento del nuevo Proyecto de Código penal adolecía, pues, de un defecto básico: la ausencia absoluta de estabilidad gubernamental, por lo que venía casi desde su nacimiento condenado a no ser siquiera presentado en el Parlamento.

(193) En el haber ministerial de Montilla ha de contabilizarse también una reforma proyectada en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, creándose, asimismo, en el Tribunal Supremo la Sala tercera de lo contencioso-administrativo. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, Ap. 5.º al núm. 36 [9 de septiembre de 1902]: Real Decreto trasladado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia creando en el T. S. la Sala tercera de lo contencioso-administrativo.

(194) ZABALA Y LERA, Pío: *Historia de España. Edad Contemporánea. 1808-1923*, vol. II, Barcelona, 1930, 335 y esp. 336.

V.—EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL DE DON FRANCISCO JAVIER UGARTE Y PAGES (*)

Dejando, en suma, a un lado el Proyecto que, según informa CANALEJAS en el discurso pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con motivo de la inauguración del curso 1904-1905, se encontraba en vías de elaboración por algunos miembros del Consejo Penitenciario Español —entre los cuales se contaba don José María VALDÉS RUBIO, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid—, y del cual no he hallado información alguna a excepción de la ya aludida anteriormente, debemos ahora, pese a tratarse de un proyecto menor por no haber sido siquiera presentado a ninguna de las dos Cámaras legislativas, hacer mención expresa del que suele denominarse por los tratadistas *Proyecto de Código penal UGARTE —1905—* (195), aunque, en rigor, más que de un verdadero Proyecto se trata simplemente del esbozo de unas *bases* (veinte en total) para la reforma del Código penal, estructuradas por su autor en un “Proyecto de Ley”, a cuya redacción contribuyó de manera decisiva, según palabras del propio UGARTE, don Rafael SALILLAS. La constante presencia del Proyecto Torreánaz en alguna de las susodichas bases determina el que nos ocupemos de ellas con detalle.

Militante conservador y Auditor general del Ejército desde el año 1900, don Francisco Javier UGARTE Y PAGÉS fue nombrado Ministro de Justicia el 16 de diciembre de 1904 en el Gobierno presidido por Azcárraga, dimitiendo de dicho cargo, con el Gobierno en pleno, el 27 de enero de 1905, fecha en que volvió a ser designado para ocupar de nuevo la cartera de Gracia y Justicia en el nuevo Gabinete de don Raimundo Fernández Villaverde.

Llegó, según declaración propia, al Ministerio con el firme propósito de procurar a todo trance que su estancia en él revelase su anhelo de hacer algo más que resolver expedientes, aunque, a pesar de sus buenos auspicios, la inercia legisferante derivada de la inestabilidad parlamentaria, unida a otros factores varios, determinaron que sólo uno de sus diversos proyectos de reforma llegase a las Cortes :

(*) Don Francisco-Javier UGARTE Y PAGÉS nació el 24 de febrero de 1856. Después de haber cursado la carrera de Derecho ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar a los veinticinco años, obteniendo su acta de Diputado a Cortes en 1891, 1896, 1898, 1899, 1901, y 1903 a 1904; fue nombrado el 8 de mayo de 1903 Senador vitalicio por Decreto firmado por don Francisco Silvela. Ministro de Gobernación de 1900 a 1901 y de Gracia y Justicia, de 1904 a 1905, después de haber sido Dr. general de Correos y Telégrafos, de Gracia y Justicia y Subsecretario de la Presidencia, fue Auditor General del Ejército desde 1900 a 1907, fecha en que pasó a ocupar la Fiscalía del Tribunal Supremo; siendo, asimismo, Vocal de la Comisión de Codificación.

(195) En este sentido, RUFILANCHAS SALCEDO, Luis: *Derecho penal*, según el Programa convocando Oposiciones para cubrir plazas del Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura, Ejes Editorial y Publicaciones, Madrid, 1934, 21: “En 1905 se redacta un proyecto Ugarte, obra también de don Rafael Salillas, que contiene veinte Bases, es político criminal y recoge lo mejor de los trabajos anteriores. No fue tampoco presentado a las Cortes”; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1971, 97.

el de reforma del contrato de aparcería rural, informado ya por la Comisión de Códigos. “Los sucesos políticos —dirá más tarde el ya ex Ministro— frustraron por completo mis trabajos, condenándolos a figurar entre los papeles inútiles en un rincón de mis estantes”, los cuales fueron, ello no obstante, publicados un año después en un libro intitulado *Reformas en la Administración de Justicia* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1960), en cuyas páginas nos da cuenta su autor de todas las vicisitudes por las que atravesaron sus intentos de reforma del Código penal.

Haciéndose eco, en lo que respecta al Código penal de 1870, de la corriente mayoritaria de opinión, aborda la tan deseada y no menos dilatada reforma del viejo texto legal, convencido de que “nuestra ley es arcaica, cualquiera que sea la crítica a que se la someta...”, y de que, asimismo, aunque la necesidad de reforma del Código ha sido reconocida por todos, en su opinión, ésta no ha llegado, sin embargo, aparentemente a causa de la falta de continuidad legislativa, pero “en rigor de verdad, por la falta de continuidad de un pensamiento común”; incluso, tal vez, porque “ninguno de los reformadores pensó que la reforma del Código es una obra de carácter político” (196).

Partiendo, en suma, de una acerba crítica del articulado del texto legal de 1870, particularmente en materia de penas, así como también de la lamentable realidad penitenciaria española —“... todo cuanto se legisle en materia penal será infructífero si no se cuida con especial esmero de cimentarlo en un buen régimen de prisiones” (197)—, presentó UGARTE sus planes de reforma [en los que se incluía sendos proyectos de ley de manicomios judiciales, de reforma de ley sobre el ejercicio de la regia prerrogativa de la gracia de indulto, de reforma del contrato de aparcería de predios rústicos, de reorganización de tribunales y de reforma del Código penal (198)] al por entonces Presidente del Consejo, FERNÁNDEZ VILLAYERDE, quien, tras alentarle y prometerle todo su apoyo en tal empeño —“es preciso, decía, sacudir el árbol, podarlo y sanearlo...”—, destacó, empero, que lo más urgente era, por el momento, “hacer Hacienda”, a fin de consolidar la obra presupuestaria emprendida por tan insigne hacendista en la legislatura de 1899. Ello no obstante, los acontecimientos políticos, concretamente la falta de la indispensable mayoría parlamentaria, adelantaron la caída del Gobierno Villaverde, al que vino a sustituir un Gabinete de significación liberal presidido por don Eugenio MONTERO RÍOS, esfumándose, en consecuencia, la oportunidad de reformar

(196) UGARTE, Javier: *Reformas en la Administración de Justicia. Apuntes para su estudio*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, 1906, 25 ss. Se trata de un ejemplar perteneciente al Archivo del Senado y dedicado por el autor a dicha Cámara, hoy extinguida.

(197) UGARTE, J.: *Reformas...*, 63 ss.

(198) UGARTE, J.: *Reformas...*, 12 y 13, 66 ss., 68, 83 ss., 85-107, 109-116, 117-124, 125-126, 127-139, 221-223 para los respectivos proyectos de reforma.

el Código penal y, en nuestro caso, la de introducir por vez primera en nuestra patria el instituto de la condena de ejecución condicionada.

Pues bien, ciñéndonos a las Bases para la reforma del Código confectionadas por UGARTE, éstas vienen esencialmente inspiradas en varias direcciones. Así, la influencia de los Proyectos ALONSO MARTÍNEZ y SILVELA se deja sentir particularmente en la concesión de un margen más amplio al arbitrio judicial, al dejar en manos del tribunal, tratándose de atenuantes y agravantes, la graduación de la pena, atendiendo al grado de perversidad del delincuente, a la trascendencia del delito, al daño producido y a la pena señalada por la ley (Base 4.^a); al igual que en la reducción y simplificación de las escalas penales —“... que han hecho del Código penal un instrumento puramente mecánico, sin mayor alcance ni otras formalidades de singular interés que las de conseguir que se mantuviese la apariencia de la efectividad de la justicia por resultar todo tasado con una supuesta exactitud matemática...”—, quedando, en consecuencia, las penas privativas de libertad reducidas a sólo tres (reclusión, prisión y arresto), las cuales habrían de cumplirse, respectivamente, en tres clases distintas de establecimientos penales (Bases 5.^a y 6.^a). Por otra parte, la creación de un delito autónomo de encubrimiento, aislado y diverso del delito encubierto, muestra una clarísima influencia del articulado del Proyecto SILVELA (Base 3.^a).

Asimismo, el Proyecto se hace eco de la necesidad de establecer los cimientos de una nueva organización penitenciaria (Base 2.^a), extremo éste que puede verse plasmado ya en el llamado Proyecto de don Nicolás SALMERÓN (199) y en los de ALONSO MARTÍNEZ y SILVELA (200); estableciendo, además, como “primera condición de la

(199) En el *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional* correspondiente al segundo período de la legislatura de 1872-1873 [Ap. 1.º al núm. 8 (20 de febrero de 1873)] aparece transcrito un “*Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, sobre abolición de la pena de muerte*”, firmado por don Nicolás SALMERÓN, cuyos cuatro únicos artículos disponen la abolición de la pena de muerte (art. 1.º), la supresión correlativa de la gracia de indulto para toda clase de delitos comunes (art. 2.º), la proposición próxima por el Ministro de “las bases convenientes para el establecimiento del sistema penitenciario” (art. 3.º) y, finalmente, la vinculación y dependencia de la administración de las cárceles y establecimientos penales del Ministerio de Gracia y Justicia (art. 4.º).

Sin embargo, tanto el Proyecto SALMERÓN como otros presentados en sentido abolicionista no lograron prosperar. Ciertamente, se formó una *Comisión para el proyecto de ley sobre abolición de la pena de muerte de toda clase de delitos* (*Diario*, 1873, pág. 324) integrada por Cayo López, Pedregal, Domingo Sánchez Yago, Rojo Arias, Saulata, Pidal y Mon y Becerra (*Diario*, 1873, pág. 373), mas la discusión del referido proyecto fue posponiéndose paulatinamente, desapareciendo incluso su mención del *Diario de Sesiones de 1873*, hasta que, por último, se produjo la Disolución de la Comisión Permanente de la Asamblea en virtud de un acuerdo del Consejo de Ministros, firmada por el Presidente interino del Poder Ejecutivo, don Francisco Pi y Margall —24 de abril de 1873—, a cuya caída, sucedida como es sabido el 17 de julio del mismo año, vino a sucederle don Nicolás en la Presidencia del Poder ejecutivo.

(200) *Vide supra*, págs. 307, nota 3, y 308, nota 5.

pena”, la de someterse al trabajo obligatorio, a la práctica de un oficio o al aprendizaje del mismo cuando no se tenga oficio conocido, preceptiva de la que quedan exceptuados los ancianos, inválidos, enfermos y convalecientes (Base 7.^a).

Novedad digna de mención es la previsión por el Proyecto de dos nuevas instituciones: *a*) De un lado, la denominada “*redención por conducta ejemplar*”, que no es otra cosa que la libertad condicional obtenida por el reo después de haber cumplido la tercera parte de la pena (Base 9.^a); *b*) Y de otro, la llamada “*redención por prestación de servicios*”, reminiscencia del Proyecto VILLAVERDE (201) y especie de redención de todas las penas de arresto por el trabajo, las cuales se consideran, de esta suerte, conmutadas en la de trabajo vecinal u otra forma de trabajo cuya prestación pueda hacerse efectiva; para lo cual es menester que en las localidades en que vaya a realizarse esa prestación laboral las Juntas locales de Prisiones adopten una organización local que ofrezca garantías y que merezca la aprobación del Ministerio de Gracia y Justicia (Bases 9.^a y 10.^a).

En lo que respecta a la previsión de la condena condicionada por las Bases, el Proyecto UGARTE supone una verdadera resurrección del Proyecto Torreánaz, por cuanto la Base 8.^a del mismo declara: “Ciertas penas podrán tener el carácter de diferidas, a cuyo fin tendrá aplicación el Proyecto de ley presentado a las Cortes en 8 de enero de 1900 estableciendo la condena condicional” (202).

En tal sentido, después de ocuparse de los trabajos realizados en esa dirección por don Luis María de la Torre y de la Hoz, sostiene UGARTE que la pena no requiere en todos los casos la sumisión a un orden de privación penal, sino que puede constituir “un estado intermedio y de indecisión”; de suerte que es posible sentenciar con todas las formalidades legales, dejando al penado advertido de que con su comportamiento durante un período de tiempo señalado determinará o no que recaiga “en el estado penal”. “Este —señala UGARTE— es el régimen de *pena diferida*, conocido con el nombre de condena condicional” (203).

A causa de la fundamental importancia que las Bases otorgan, en este punto concreto, al Proyecto Torreánaz, el cual aparece incluso literalmente transcrito en el libro mencionado (204), pocas previsiones más se incluyen acerca de nuestro instituto, como no sean las relativas al hecho de que tanto la condena de ejecución condicionada como la “redención por conducta ejemplar”, es decir, la libertad condicional, no podrán implantarse mientras la Administración penitenciaria no declare oficialmente que los establecimientos penales ofrecen garantía suficiente para la adopción inmediata de tales proce-

(201) UGARTE, J.: *Reformas...*, 39.

(202) UGARTE, J.: *Reformas...*, 112.

(203) UGARTE, J.: *Reformas...*, 35.

(204) UGARTE, J.: *Reformas...*, 59 ss., ocupándose de la labor del Ministro Torreánaz; 221-223, transcribiendo el Proyecto de 8 de enero de 1900 sobre condena condicional.

dimientos, siendo, de idéntico modo, preciso que los tribunales de justicia adopten una organización en lo que respecta a los medios de policía local y general, a fin de acreditar la conducta de los penados liberados provisionalmente (Base 11.^a).

Por consiguiente, dejando de lado el resto de las previsiones contenidas en dicho Proyecto, algunas de las cuales, como la inclusión en el Código penal de todos los preceptos aislados contenidos en las leyes penales especiales (Base 20.^a), conservan, a mi juicio, vigencia todavía en la actualidad (205), podrán dirigirse a las referidas Bases de reforma, en lo que a la suspensión condicional de la pena hace referencia, todos los reproches que se deseen, mas no podrá en ningún caso negarse el omnipotente influjo que, a este respecto, el Proyecto TORREÁNAZ ejerció sobre ellas, al igual que en el Proyecto de don Juan ARMADA Y LOSADA, Marqués de Figueroa, de 31 de octubre de 1907, del cual salió precisamente nuestra primera ley sobre esta materia. Ciertamente es de lamentar que, entrado ya el siglo actual y sobre todo después del intento realizado por el Proyecto MONTILLA Y ADÁN para introducir la institución en nuestro derecho positivo, el Proyecto de ley de UGARTE haya recurrido, ignorando el panorama doctrinal y legislativo comparado, al modelo confeccionado por el autor del Proyecto de 8 de enero de 1900 sobre condena condicional, si bien haciendo hincapié en la necesidad de una organización de policía por parte de los tribunales como necesario complemento para el buen funcionamiento de la institución.

Una vez más, la inestabilidad parlamentaria supuso el desaprovechar una ocasión favorable para la introducción de la condena condicional en nuestro país.

* * *

Por consiguiente, tendremos que esperar a 1907 para ver de nuevo confeccionado y presentado a las Cortes un Proyecto acerca de nuestro instituto, mas adoleciendo ya de un notable retraso, defecto que se agrava aún más si se tiene en cuenta que para el legislador español de 1908 el modelo o pauta siguen siendo en esta materia la ley francesa de 1891, a través del influjo que ésta ejerció en el Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz, de 8 de enero de 1900, y la belga de 1888, sin fijar su atención, ni siquiera a efectos puramente informativos, en la ley más moderna que sobre la condena condicionada se había promulgado en ese mismo año: el *Probation of Offenders Act 1907* (7 *Edw. 7, Chap. 17, sects. 2(1), 3, 4*), que, en contra de lo que sostiene DORADO MONTERO, no era desconocido para alguno de los diputados que intervinieron en la discusión del Proyecto de 31 de octubre de 1907, sostenida en el Palacio del Congreso, aunque,

(205) UGARTE, J.: *Reformas...*, 116.

al fin y a la postre, tenga razón el que fuera Profesor de Salamanca, dado que sí fue desconocido o, cuando menos, ignorado por el legislador español de la época (206).

(206) “En realidad, dice DORADO, esto es lo que ha pasado. En vez de buscar el último —y sin duda el más perfecto— figurín, el inglés (ley de agosto de 1907): ¿sabría el Ministro que estaba publicada?; ¿cuántos españoles la conocerán?; nadie se ha referido a ella cuando han aducido antecedentes legislativos de la nuestra; y si no, léanse los discursos.” Cfr. DORADO MONTERO, P.: *La nueva Ley de Condena Condicional. Significación y trascendencia*, en *RGLJ.*, 112 (1908), 217, nota 2.

Sin duda, DORADO se equivoca en este último aserto, ya que basta la simple lectura del *Diario de Sesiones* para apreciar que una de las primeras intervenciones habidas con ocasión de los debates del Proyecto de 31 de octubre de 1907, la del Diputado liberal don Avelino MONTERO VILLEGAS, no sólo puso en evidencia errores de bulto cometidos por el Ministro ARMADA Y LOSADA en el Senado al aludir a la legislación anglosajona, sino que también cita la ley inglesa de 1907, la cual deroga a la anterior de 1887 y sustituye su esencia por el criterio de la legislación americana, “es decir, prescindiendo en absoluto de la duración de la pena y no ver más que la persona del delincuente y las condiciones y circunstancias en que ha delinquido...”; acusando al Ministro de “haber copiado la ley belga del 88”, de forma que, “aunque estos aplausos —inrepa MONTERO VILLEGAS— hubieran de ser atenuados, del modo como lo son los que otorgan los públicos de los teatros cuando presencian la interpretación de traducciones y no de obras originales..., ni atenuado se lo puedo conceder a S. S., porque, en mi humilde juicio, el modelo que S. S. ha buscado para la traducción es muy deficiente, es el más deficiente de todos cuantos ha podido escoger”. Cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 153 [19 de febrero de 1908], págs. 4753-4755.

VI

APENDICE I

PROYECTO DE LEY QUE FACULTA A LOS TRIBUNALES PARA SUSPENDER LA EJECUCION DE CIERTAS PENAS LEVES EN BENEFICIO DE LOS QUE HAN DELINQUIDO POR PRIMERA VEZ [Proyecto Torreánaz] (*)

REAL DECRETO

De acuerdo con el Consejo de Ministros; en nombre de Mi Augusto Hijo el REY D. Alfonso XIII, y como REINA Regente del Reino,

Vengo en autorizar al Ministro de Gracia y Justicia para que presente a las Cortes un proyecto de ley que faculta a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido por primera vez.

Dado en Palacio a ocho de enero de mil novecientos.

MARIA CRISTINA

El Ministro de Gracia y Justicia,
LUIS MARÍA DE LA TORRE

A LAS CORTES

No se recomiendan nuestros establecimientos penitenciarios como escuelas de moralización y de virtudes. El que es recluso en ellos por primera vez sin haber perpetrado un delito que arguya verdadera perversidad, difícilmente se sustrae al contacto de perniciosos ejemplos y deja de aprender las males artes del delincuente avezado. Aun allí donde aparece menos imperfecto el régimen de las prisiones, se han reconocido los inconvenientes de que pase por su recinto el condenado que nunca lo había sido a privación de libertad, facultando, con objeto de evitarlos, al Tribunal sentenciador para que suspenda la ejecución de la pena personal de corta duración en determinadas circunstancias.

Conferir una facultad análoga, si bien en términos muy distintos, a los Tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria, es el fin del Proyecto de ley que el Ministro de Gracia y Justicia somete hoy al examen de las Cortes.

(*) *Gaceta de Madrid*, Año CCXXXIX, núm. 10, miércoles 10 de enero de 1900, tomo I, págs. 109 y 110.

Sus disposiciones, adaptadas a la estructura y principios cardinales de las leyes patrias, se inspiran en la circunspección que toda novedad aconseja. Parten del requisito indispensable de que el favorecido en virtud de la referida autorización no haya sido condenado anteriormente por delito alguno. Si ciñeran el uso de la nueva facultad al arresto mayor, resultaría poco eficaz y suscitarían inquietudes y peligros si la extendieran a todo el período del presidio o de la prisión correccional. Fijar el límite en el grado mínimo de estas últimas penas se ha estimado lo más prudente.

Pero tal gracia no ha de alcanzar jamás a ciertos hechos que, por intereses a que afectan, las alarmas que producen, el perjuicio que irrogan o lo perversidad que demuestran, exigen excepciones numerosas y justificadas. Los delitos contra la seguridad exterior del Estado, los de lesa majestad y los cometidos contra las Cortes, el Consejo de Ministros o la forma de gobierno, aun en los contados casos en que se hayan de castigar con pena correccional, no admiten demora en la ejecución de la pena. Tampoco la consienten los que comete el funcionario público en el ejercicio de su cargo a causa del ejemplo que da y de los deberes que infringe. El robo, en determinados casos, y algún hurto o estafa cuando rebasa cierta cuantía, el estrago, los que sólo pueden perseguirse en virtud de querrela o denuncia de la parte ofendida, los de contrabando y defraudación, quedan fuera de la regla por los varios y peculiares motivos que a nadie se ocultan.

El período de diez años que ha de pasar sin delinquir nuevamente el beneficiado por la suspensión responde a los artículos del Código, según los cuales prescriben al cabo de igual tiempo los delitos castigados con penas correccionales y estas mismas penas. Poco aventurado será entonces suponer la enmienda, y otorgar la rehabilitación a quien, después de cumplir las penas accesorias y satisfacer en una u otra forma las responsabilidades civiles, no haya vuelto a contraer ninguna de carácter criminal.

Nuestros Tribunales usarán con parsimonia de la autorización que se les entrega; y deteniendo en el camino de la perdición a los que apenas le han emprendido, evitarán casi siempre que se conviertan en seres peligrosos para la sociedad y para la familia.

Por las consideraciones expuestas, el Ministro que suscribe, autorizado por S. M. y de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene la honra de someter a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se autoriza a los Tribunales de justicia de la jurisdicción ordinaria para acordar en las sentencias que se suspenda la ejecución de la condena que hubieren impuesto en cuanto a la pena principal, si ésta fuese de arresto mayor o de presidio o prisión correccional en su grado mínimo.

Es aplicable esta disposición a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para el pago de la multa, bien se haya impuesto

ésta como única del delito o bien como conjunta del arresto mayor o del presidio o prisión correccional en el grado antes indicado, cuando tenga aquélla, por su cuantía, carácter correccional con arreglo al artículo 27 del vigente Código.

Art. 2.º La suspensión a que se refiere el artículo anterior no es aplicable a las penas accesorias de privación de derechos ni a las costas procesales y responsabilidades civiles, las cuales se ejecutarán y harán efectivas, desde luego, en la forma que la ley determina.

Art. 3.º Para que los Tribunales puedan decretar la suspensión de que se trata, serán condiciones indispensables :

Primero. Que el reo no haya cometido otro delito con anterioridad.

Segundo. Que en el delito que se castiga no haya concurrido ninguna circunstancia agravante.

Tercero. Que el hecho no sea excusable por falta de alguno de los requisitos que enumera el artículo 8.º del Código penal para eximir de responsabilidad, siempre que haya concurrido uno o más de ellos o que el culpable haya cometido el delito en completo estado de embriaguez, no siendo ésta pasional o habitual, o posterior al proyecto de cometerlo o en un estado de sobreexcitación tan notorio que, sin llegar a la locura, haya perturbado u oscurecido considerablemente la razón del culpable en el acto de ejecutar el delito.

Art. 4.º La autorización que conceden los artículos precedentes será extensiva a los delitos de que conozcan los Tribunales ordinarios, en virtud de leyes especiales, salvo lo que prescribe el artículo siguiente.

Art. 5.º Quedan exceptuados de la facultad que se otorga en las reglas que anteceden los delitos comprendidos en el título 1.º y en el capítulo 1.º, título 2.º del libro 2.º del Código, así como los que cometan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; los robos con violencia o intimidación a las personas, o en casa habitada, o en edificio de los mencionados en el artículo 521, cualquiera que sea su cuantía, o en lugar no habitado cuando el valor de lo robado exceda de 25 pesetas; los de hurto y estafa por valor superior a 100 pesetas; los que, según la ley, sólo pueden perseguirse en virtud de querrela o denuncia de la parte ofendida; los de estrago de que haya de conocer la jurisdicción común, con arreglo a las leyes de 10 de julio de 1894 y 3 de septiembre de 1896; los de contrabando y defraudación que se rigen por el Real decreto de 20 de junio de 1852, y todos aquellos que, a juicio del Tribunal sentenciador, revelen en el delincuente una malicia excesiva.

Art. 6.º Cuando los Tribunales acuerden la suspensión del cumplimiento de la pena impuesta, dentro de las condiciones que se dejan indicadas, dicha suspensión durará por espacio de diez años; pero si en el transcurso de ese tiempo el reo cometiere un delito por el que fuere ejecutoriamente condenado, quedará aquélla sin efecto y se le obligará a cumplir la condena en suspenso y la que nuevamente

se le impusiere, por el orden que establece el artículo 88 del Código penal.

Art. 7.º La suspensión se acordará, cuando el Tribunal lo considere procedente, en la parte dispositiva de la sentencia, motivándola y dándose conocimiento de ella en audiencia pública al reo condenado, advirtiéndole que en caso de delinquir durante el plazo que menciona el artículo anterior se alzará la suspensión y se le obligará a cumplir la condena en suspenso, a más de la que recayere por el nuevo delito cometido.

De esta advertencia se fijará por el Secretario diligencia en los autos.

Art. 8.º Los Tribunales llevarán un Registro especial donde anotarán estas sentencias, y además remitirán testimonio de ellas inmediatamente que sean firmes al Registro Central de Penados, del Ministerio de Gracia y Justicia, en cuyo Registro se abrirá una sección especial con el epígrafe de "Condenas en suspenso", en la que se anotarán las sentencias que contengan el acuerdo de suspensión, y de él será obligatorio hacer la debida expresión en las hojas y certificaciones que por dicho Registro se expidan.

Art. 9.º Transcurridos diez años, a contar desde la notificación de la sentencia firme, sin que el reo hubiese incurrido en responsabilidad criminal por otro delito, lo cual se acreditará por medio de certificaciones con relación a los Registros de la Audiencia y al de Penados del Ministerio, declarará el Tribunal sentenciador prescrita la pena, comunicándolo al Ministerio de Gracia y Justicia para que se pongan las notas oportunas en el Registro Central, y haciéndolo saber al interesado.

Art. 10. Contra el uso que los Tribunales hagan de la facultad discrecional que esta ley les concede no se dará recurso alguno.

Madrid, 8 de enero de 1900.—El Ministro de Gracia y Justicia,
LUIS MARÍA DE LA TORRE.

VII

APENDICE II

PROYECTO DE LEY FIJANDO REGLAS PARA EL ABONO DEL TIEMPO DE PRISION PREVENTIVA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA [*]

REAL DECRETO

De acuerdo con el Consejo de Ministros; en nombre de Mi Augusto Hijo el REY D. Alfonso XIII, y como REINA Regente del Reino,

Vengo en autorizar al Ministro de Gracia y Justicia para que pre-

(*) *Gaceta de Madrid*, Año CCXXXIX, núm. 10, miércoles 10 de enero de 1900, tomo I, pág. 110.

sente a las Cortes un Proyecto de ley que fije reglas para el abono del tiempo de prisión preventiva en el cumplimiento de la condena.

Dado en Palacio a ocho de enero de mil novecientos.

MARIA CRISTINA

El Ministro de Gracia y Justicia,

LUIS MARÍA DE LA TORRE

A LAS CORTES

El Real decreto de 9 de octubre de 1853 sobre abono de la prisión preventiva para el cumplimiento de las respectivas condenas está denunciado por la opinión unánime de los hombres de ley como anacrónico y deficiente.

Anterior con mucho al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento criminal hoy vigentes, ni siquiera coincide en la nomenclatura con estas leyes, y adolece además de un rigor que lamentan a menudo los mismos Tribunales encargados de su aplicación.

No parece ésta ocasión de discutir si la facultad de acordar la prisión provisional que corresponde a la jurisdicción instructora se halla o no regulada acertadamente en nuestros procedimientos. De tal asunto deberá tratarse cuando se someta a estudio su reforma. Entre tanto, puesto que cabe poner, desde luego, remedio a lo que con insistencia se señala como defectuoso, el Ministro que suscribe estima que le corresponde someter a la deliberación de las Cortes nuevas reglas que, sin perjudicar al interés de la sociedad ni a otro alguno de los que custodian los Tribunales, modifiquen en un sentido de mayor benignidad la Real disposición y hagan su aplicación más equitativa.

El criterio adoptado para conseguirlo es el que recomienda el natural temor a toda innovación exagerada. En los delitos castigados con penas correccionales se estima justo que el abono de la prisión preventiva sea total. Ni la alarma que aquéllos producen es grande, ni parece tolerable que, por asegurar la persona del culpable presunto, sufra quizá un castigo superior al que en la condena se impone, y anticipadamente a la propia condena. Pero en las penas afflictivas establecidas para hechos de mayor trascendencia y que revelan gran perversidad en el agente, el abono total llevaría la inquietud al seno de la sociedad, que habría de considerarse poco garantida contra tales enemigos. En ese caso, el abono de la mitad del tiempo que el culpable hubiera permanecido preso satisface igualmente a la equidad y a la seguridad pública. En cambio, resultaría un peligro y un serio motivo de alarma si se aplicara el abono, ni aun parcialmente, a los culpables de aquellos hechos que castiga el Código con las sanciones más graves.

No es hoy para olvidado que la observancia de estas nuevas reglas producirá algún ahorro en el sostenimiento de nuestras cárceles.

Por las consideraciones que preceden, el Ministro que suscribe, autorizado por S. M. y de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene la honra de someter a la aprobación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º A los reos que fueren condenados a penas correccionales se les abonará, para el cumplimiento de sus condenas, todo el tiempo de prisión preventiva que hubieren sufrido durante el proceso.

A los que hubieren sido condenados a penas aflictivas les servirá de abono, para su cumplimiento, la mitad del tiempo que hubieren estado preventivamente presos, quedando a su favor cualquiera fracción de tiempo que resulte de la rebaja.

Art. 2.º La disposición del primer párrafo del artículo anterior es aplicable a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para el pago de la multa como pena única, o como conjunta de cualquiera de las que en el mismo se mencionan.

Art. 3.º No podrán gozar del beneficio que otorga la presente ley :

1.º Los reincidentes.

2.º Los que con anterioridad hubieren sido condenados ejecutoriamente a pena igual o superior a la que nuevamente se les imponga, a no ser que una u otra de las dos penas aplicadas lo hayan sido por imprudencia temeraria o con infracción de reglamentos.

3.º Los que fueren condenados a pena superior a la de reclusión temporal, según la escala general del artículo 26 del Código.

4.º Los reos de robo con violencia o intimidación en las personas o en casa habitada o edificio de los mencionados en el artículo 521 del Código, cualquiera que sea su cuantía, o en lugar no habitado cuando el valor de lo robado exceda de 25 pesetas.

5.º Los reos de hurto y estafa por valor superior a 100 pesetas.

6.º Los reos de hurto comprendidos en los números 1.º y 2.º del artículo 533 del Código penal, cualquiera que sea el valor de la cosa sustraída.

Art. 4.º Los Tribunales harán aplicación de las anteriores prescripciones en la parte dispositiva de las sentencias que dicten, y los funcionarios del Ministerio fiscal las tendrán en cuenta para solicitar en sus conclusiones acerca de este extremo lo que sea procedente.

Madrid, 8 de enero de 1900.—El Ministro de Gracia y Justicia,
LUIS MARÍA DE LA TORRE.

