

El tratamiento de los semiimputables (*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

El tratamiento de los semiimputables es uno de los principales problemas de política criminal que se plantea actualmente en todos los países. En España este tratamiento ha experimentado algunas modificaciones con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 y experimentará muchas más si llega a convertirse en Ley el Anteproyecto de bases del Libro I del Código penal, que ha elaborado la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (1). En mi estudio partiré de un examen crítico de la regulación, española, teniendo en cuenta las principales innovaciones introducidas recientemente en esta materia en otros países (Ley de 4 de julio de 1969, que ha dado nueva redacción a la parte general del Código penal alemán, el Proyecto alternativo del mismo país, el Proyecto Gonnella de 19 de noviembre de 1968, aprobado por el Senado italiano el 2 de julio de 1971, la Ley suiza de 18 de marzo de 1971, etc...).

La imputabilidad disminuída está regulada en el Código penal español en el número 1.º del artículo 9.º (eximentes incompletas), en relación con el número 1.º del artículo 8.º (eximente de enajenación mental y trastorno mental transitorio), en los números 2.º y 3.º del artículo 9.º (atenuantes de embriaguez y menor de edad, respectivamente) y en los artículos 65 y 66 (normas de medición de la pena para los menores de 18 años y mayores de 16 y para el caso de que se aprecien eximentes incompletas).

¿En qué medida se ve afectado el tratamiento de los semiimputables, previsto en estos preceptos, por la derogación de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y leyes complementarias, que regulaban la mayor parte de las medidas de seguridad de nuestro ordenamiento jurídico penal y la promulgación de la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970?

La reforma no afecta al tratamiento de los jóvenes comprendidos

* Ponencia mantenida por el autor en el Coloquio internacional de Derecho Penal celebrado en Santiago de Chile del 4 al 12 de abril de 1973, organizado por el Instituto de Ciencias Penales, de Chile.

(1) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gabinete de Estudios, Cuadernos Informativos, núm. 11, diciembre 1972.

entre los 16 y los 18 años. Los menores de 16 años son inimputables y están exentos de responsabilidad criminal en nuestro Código (eximente núm. 2.º del art. 8.º). Si realizan el tipo de una figura delictiva son juzgados por los Tribunales Tutelares de Menores, cuyos miembros no pertenecen a la carrera judicial. El juicio se realiza con arreglo a un procedimiento especial y se somete a los menores a diversas medidas de carácter tutelar o educativo. Para los menores de 18 años y mayores de 16, el número 3.º del artículo 9.º prevé la apreciación de una atenuante. En este punto, realmente, la reforma del Código penal de 1944, con la inclusión del artículo 65, que permite al tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena atenuada en uno o dos grados, "por internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable", hizo posible el tratamiento adecuado de estos jóvenes delictivos. En este aspecto la legislación española se ha adelantado a la de otros países. Así, en el artículo 225 del Código penal italiano de 1930, vigente, se establece que, cuando se trate de un menor imputable, comprendido entre los 14 y los 18 años, el juez puede disponer que, *después* de la ejecución de la pena, sea recluido en un reformatorio judicial o puesto en libertad vigilada, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las condiciones morales de la familia en la que ha vivido. En el Proyecto Gonella de 1968 se preveía la introducción de un nuevo precepto, según el cual, "en cualquier momento de la ejecución de la pena, el juez de vigilancia puede disponer que el menor sea recluido en un reformatorio judicial por el periodo de la pena que le reste por cumplir. El tiempo transcurrido en dicho establecimiento se considerará a todos los efectos como un período de expiación de la pena". Este precepto, que permitía tan sólo una sustitución parcial de la pena por la medida de seguridad, ha sido suprimido por el Senado (2). El artículo 65 del Código penal español permite sustituir completamente la pena atenuada por una medida de seguridad y establece para el cumplimiento de esta última el régimen de sentencia indeterminada. En la práctica hay que reconocer, sin embargo, que durante muchos años, hasta la creación del Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, por la Ley de 24 de diciembre de 1962 y su puesta en funcionamiento por la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967, los tribunales no hicieron uso de la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad por falta de centros adecuados para el cumplimiento de esta última (3). En la actualidad la aplicación de la me-

(2) Véase BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª ed., 1969, pág. 810, y *Scuola Positiva*, 1971, fasc. 3.º, pág. 479.

(3) Véase en este sentido, LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, "Anuario de Derecho penal", 1966, fasc. 3.º, págs 396 y ss.; y COBO DEL ROSAL, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código penal español*, "Revista de Derecho Judicial", año XI, núm. 41, enero-marzo 1970, págs. 92 y ss. No era posible internar a los jóvenes en los centros auxiliares de los Tribunales Tutelares de Menores,

dida de seguridad tiene lugar en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, cerca de Valencia, que es un centro abierto y que tuvo ocasión de visitar el profesor Novoa (4), Sería conveniente, de lege ferenda, establecer un límite máximo de duración del internamiento, es decir, que la aplicación de la medida se hiciera sólo en régimen de sentencia relativamente indeterminada. Se evitarían así los riesgos para la seguridad jurídica inherentes a la indeterminación del concepto de corrección (5).

Esta regulación coincide, en lo esencial, con lo dispuesto en los artículos 5.º y 17.º de la Jugendgerichtsgesetz alemana de 4 de agosto de 1953, Según estos preceptos, el juez puede aplicar simplemente al joven menor de 18 años y mayor de 16, que sea imputable (“si en el momento del hecho, dado su desarrollo ético y psíquico, tiene suficiente madurez para comprender la ilicitud del hecho y obrar conforme a ese conocimiento”) una medida de seguridad. Sólo se aplica una pena (Jugendstrafe) o un correctivo (Zuchtmittel) si se consideran insuficientes las medidas educativas o el internamiento en un establecimiento sanitario o asistencial (Heil-oder-Pflegeanstalt). El juez no puede imponer simultáneamente una pena y una medida educativa privativa de libertad o un correctivo (arresto juvenil, por ejemplo), según dispone el artículo 8.º. El juez aplica una pena, según el párrafo 2.º del artículo 17, “cuando por las malas inclinaciones del joven, que se hayan puesto de manifiesto en el hecho, no sean suficientes para su formación las medidas educativas o los correctivos, o cuando la pena sea necesaria por la gravedad de la culpabilidad”. Este último criterio me parece censurable, pues tratándose de jóvenes comprendidos entre los 16 y los 18 años, la idea de la prevención especial debería primar de un modo absoluto sobre las exigencias de

pues su competencia se extiende únicamente a los menores de 16 años; véase, a este respecto, GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, “Casos ajenos a nuestra jurisdicción sobre internamiento de mayores de 16 años, de acuerdo con el art. 65 del Código penal y a petición de las Autoridades gubernativas”, ponencia a la XIX Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, Bilbao, octubre de 1963 (que subrayó, además, que la educación de los niños y adolescentes plantea problemas muy distintos a la de los jóvenes).

(4) Véase, a este respecto, el interesante artículo de ALVARO DE TOCA BERCERRIL, que fue director durante varios años del Instituto Penitenciario para jóvenes, de Liria, *Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de los jóvenes delincuentes*. “Revista de Estudios Penitenciarios”, núm. 192, enero-marzo 1971, págs. 43 y ss.

(5) Véase LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, “Anuario de Derecho penal”, 1966, fasc. 3.º, págs. 403-4 y COBO DEL ROSAL, *lug. cit.*, págs. 101 y ss. y 104 y ss. Creo tiene razón COBO al estimar que no es posible de lege data sustituir de nuevo la medida por la pena impuesta en los casos de jóvenes delincuentes incorregibles, como propone LUZÓN. Impugnar el art. 65 por los riesgos que implica para la seguridad jurídica, como hace COBO, carece de sentido, pudiéndose resolver el problema fácilmente estableciendo un límite máximo de duración de la aplicación de la medida.

la retribución y la expiación (6), como sucede en el Código penal suizo. De acuerdo con los artículos 91 y 95 de este Código, sólo se aplica la pena cuando no se dan los presupuestos de aplicación de las medidas, es decir, el joven no está corrompido moralmente, en peligro o ha cometido un crimen o un delito que revele un elevado grado de peligrosidad.

Tratándose de jóvenes delincuentes me parece preferible, en principio, el sistema de la vía única, es decir, aplicar únicamente una medida o una pena cuando se den sus respectivos presupuestos, que el sistema vicarial de combinar la aplicación de una pena y una medida; por lo menos cuando se trate de penas y medidas privativas de libertad, pues en realidad a la aplicación de la pena se le da en lo posible el contenido de la medida (7).

No parece suficiente, desde luego, como ha señalado el profesor Novoa (8), reducir el ámbito de las medidas tutelares o educativas a los menores inimputables, aplicando a los semiimputables una pena atenuada. Criterio éste seguido por el Código penal chileno (art. 10, número 3.º y 72) y la Ley chilena de protección de menores, número 4.447, de 1928. El Código penal argentino prevé, en el apartado a) del artículo 37, para los menores de 18 años y mayores de 14, si el delito cometido está castigado con pena que pueda dar lugar a la condena condicional, la posibilidad de que el tribunal disponga "la colocación del menor en un establecimiento de corrección, si fuere inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores de otras personas". Esta medida se cumple en régimen de sentencia sólo relativamente indeterminada, pues se establece un límite máximo de duración, "hasta que el menor cumpla veintinueve años, pudiendo anticipar la libertad, o retardarla hasta el máximo establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultare necesario, dadas las condiciones del sujeto". Este precepto implica una renuncia a la aplicación de la pena, por razones de política criminal, renuncia que puede ir acompañada de la aplicación de una medida de seguridad. Si el delito está castigado con mayor pena, ésta se aplica, pudiendo el tribunal, no obstante, atenuarla de acuerdo con las reglas establecidas para la tentativa (art. 37, apartado b). Este criterio de hacer

(6) Discrepa, en este punto, SCHAFFSTEIN, *Jugendstrafrecht*, 3.ª ed., Kohlhammer, 1966, págs. 87 y 88, apartándose de la opinión dominante en la doctrina alemana.

(7) En el Código penal suizo se seguía este criterio hasta la Ley de 18 de marzo de 1971 que ha dado nueva redacción al art. 91 del Código penal, permitiendo combinar para los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 la medida de ayuda a la educación con la pena de arresto hasta catorce días o multa. Véase, a este respecto, O. A. GERMANN, *Grundzüge der Partialrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18. März, 1971*, Schw. Z. f. Str. 87, 1971, pág. 359.

(8) Véase NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, I, 1960, pág. 484 y II, 1966, pág. 27.

depender la aplicación de una pena o una medida, de la gravedad del delito cometido por el menor ha sido justamente criticado (9).

Sorprendente es también la ausencia de una regulación de la imputabilidad disminuida por menor edad en el Proyecto del Código penal tipo para Latinoamérica.

Un problema muy interesante es el de la posible ampliación del ámbito de la imputabilidad disminuida por la menor edad. En este sentido, Serrano Gómez, criminólogo y nuestro primer especialista en el estudio de la delincuencia juvenil, ha propuesto que el límite de la mayoría de edad penal se rebaje de los 16 a los 15 años. En su libro, "Delincuencia Juvenil en España. Estudio Criminológico", publicado en Madrid en 1970, ha puesto de relieve la importancia de la "delincuencia" de los menores de 16 años, especialmente de los jóvenes de 14 y 15 años, en nuestro país. Los datos que aporta son reveladores y propugna por ello que la eximente de menor edad se aplique únicamente a los menores de quince años (10). En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal se prevé la fijación del límite de la mayoría de edad penal a los 15 años (11).

Muy importante es también la ampliación del ámbito de la imputabilidad disminuida a los semiadultos, es decir, a los jóvenes comprendidos entre los 18 y los 21 años (12). Esta ampliación, incluso a veces hasta límites de edad superiores, ha tenido lugar ya en numerosos países (13). En Alemania están sometidos a las normas del Derecho penal juvenil cuando se dan las circunstancias enumeradas en el artículo 105 de la Jugendgerichtsgesetz. Según este precepto, el juez aplicará las normas del Derecho penal juvenil (arts. 4 al 32 de la

(9) Véase SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 2.^a reimpresión 1953, II, págs. 49 y ss.

(10) Véase SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España*. Estudio criminológico, Doncel, Madrid, 1970, págs. 33-4, 179 y ss., 182 y 326.

(11) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Exposición*, págs. 22 y ss. y *Bases para un Código Penal*, págs. 10-1.

(12) Sobre los semiadultos en el aspecto bio-psicológico, sociológico y en general criminológico, véase BERISTAIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1965, págs. 32 y ss.

(13) Véase CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1944, págs. 490 y ss. y *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1952, fasc. 2.^o, págs. 301 y ss.; BARBERO SANTOS, *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, "Estudios de Criminología y Derecho penal", Universidad de Valladolid, 1972, págs. 107 y ss.; BERISTAIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*. Separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1965, págs. 25 y ss.; LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, "Anuario de Derecho Penal", 1966, fasc. 3.^o, págs. 405 y ss.; y en cuanto a la moderna evolución en el Derecho penal inglés, véase, J. E. HALL WILLIAMS, *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1968, fasc. 1.^o, págs. 4 y ss., 8 y ss., 19 y ss., 21 y ss., y 35 y ss.

Ley) a los semiadultos, cuando la valoración de conjunto de la personalidad del autor, teniendo en cuenta también las circunstancias ambientales, ponga de manifiesto que en el momento del hecho, dado su desarrollo moral y psíquico, era equiparable a un joven; o cuando según la naturaleza, las circunstancias y los motivos del hecho se trate de una infracción juvenil. Los criterios de este art. 105 de la Jugendgerichtsgesetz han sido objeto de críticas muy generalizadas en la doctrina alemana (14), propugnándose la inclusión de todos los semiadultos, sin excepción, en el ámbito del Derecho penal juvenil (15). Para evitar que las exigencias de la retribución y la expiación queden excesivamente desatendidas frente a jóvenes que se encuentran en una edad caracterizada por las cifras de criminalidad más elevadas, ha propuesto Schaffstein, la adopción de normas excepcionales para casos especialmente graves, como, por ejemplo, la elevación del límite máximo de duración de la pena juvenil de 10 a 15 años (16).

Por la Ley de 18 de marzo de 1971 se ha introducido en el Código penal suizo un tratamiento especial para los jóvenes adultos, comprendidos entre los 18 y los 25 años. El juez puede, según dispone el artículo 100 en su nueva redacción, sustituir la pena, que no llega siquiera a fijarse, por la medida de seguridad de la educación para el trabajo. La duración mínima de la aplicación de esta medida es de un año y la máxima de 4 años y no puede prolongarse en ningún caso cuando el delincuente haya cumplido treinta años (17).

En España, Serrano Gómez ha propuesto que la atenuante de menor edad se extienda desde los quince a los veintiún años, pero que la disminución de la pena en uno o dos grados, prevista en el artículo 65, se aplique únicamente a los mayores de quince años y menores de dieciocho. La atenuación para los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno sería sólo la ordinaria, consistente en aplicar la pena prevista para el delito en su grado mínimo (art. 61, regla 1.ª). La pena debería ser sustituida por una medida de seguridad para todos los mayores de quince años y menores de veintiuno, según Serrano Gómez, salvo que se tratara de jóvenes condenados tres o más veces, incorregibles o psicópatas (18).

(14) Véase SCHAFFSTEIN, *Jugendstrafrecht*, 3.ª ed., 1966, págs. 39 y ss. y 44 y ss.

(15) En este sentido, SCHAFFSTEIN, *Ob. cit.*, pág. 45 y como indica este autor, muchos representantes del movimiento de los tribunales de menores en Alemania, por ejemplo, en la 10.ª Asamblea de Tribunales de Menores en Marburgo (1956) y en la Memoria de la Asociación alemana para los tribunales de menores (1964).

(16) Véase SCHAFFSTEIN, *Ob. cit.*, pág. 45.

(17) Véase O. A. GERMANN, *Grundzüge der Partialrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, págs. 361 y ss., 366 y ss.

(18) Véase SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, pág. 326. En la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1966 se recogía ya una propuesta del Fiscal de Madrid de que se amplíe el art. 65, facultando a los tribunales para sustituir la pena por internamiento en institución especial de reforma cuando se trate de delincuentes menores de 21 años y de que se haga frecuente uso de esta fa-

Serrano Gómez propone aplicar a los autores de infracciones leves una especie de arresto juvenil de tiempo libre o fin de semana, a cumplir en una dependencia municipal, es decir, en ningún establecimiento penitenciario, que parece perseguir sobre todo un fin de advertencia individual. Para los autores de las infracciones más graves propone Serrano la sustitución de la pena por una medida de seguridad consistente en el internamiento en un centro de educación con un mínimo de duración proporcionada a la gravedad de la infracción y un máximo de una cierta flexibilidad en función de la peligrosidad del delincuente (19). Se trata de una especie de fusión de pena y medida de seguridad, o de pena curativa o reformadora, como la propuesta en Italia por Antolisei, Bettiol y Delitala, o en España por Antón Oneca.

Personalmente creo más conveniente mantener una distinción clara entre los principios de culpabilidad y peligrosidad, entre pena y medida de seguridad, sin perjuicio de admitir una ampliación del actual artículo 65 en el sentido de prever la posibilidad de sustituir la pena por una medida de seguridad para los delincuentes comprendidos entre los 15 y los 21 años. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal se prevé, acertadamente, la posibilidad de sustituir la pena por internamiento en instituto de reforma de los mayores de 15 años y menores de 21 que hayan ejecutado un hecho constitutivo de delito (20). Respecto a la índole de las medidas, el Anteproyecto se limita a hacer referencia—como el actual artículo 65— a los institutos de reforma. Creo que las medidas de seguridad deberían consistir en un arresto de fin de semana o tiempo libre en un centro especial, como los “Attendance Centres” o “Detentions Centres” ingleses, o en una sección especial de un establecimiento penitenciario destinado a delincuentes juveniles (pues el cumplimiento en una dependencia municipal, como propone Serrano Gómez, no me parece viable y carecería de eficacia, además, desde el punto de vista de la advertencia individual y del tratamiento) (21), o en el in-

cultad; véase, a este respecto, MARTÍN CANIVELL, *Problemática contemporánea de la delincuencia juvenil*, separata de la “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, Reus, 1968, pág. 14. En la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1967 reitera su propuesta el Fiscal de Madrid y formula otra análoga el de Burgos; véase COBO DEL ROSAL, *lug. cit.*, pág. 94. LUZÓN DOMINGO ha propuesto también en su artículo, *Legislación penal juvenil*, en “Delincuencia juvenil, Estudio de su problemática en España”, Ministerio de la Gobernación, Madrid 1972, págs. 49 y 52-3, la ampliación de la posibilidad de sustituir la pena por el internamiento en institución especial de reforma, prevista en el art. 65, a los jóvenes de dieciocho a veinte años.

(19) Véase, SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, págs. 328 y ss.

(20) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases para un Código Penal*, pág. 34.

(21) Sobre las posibilidades de tratamiento que ofrece el arresto de fin de semana o tiempo libre, véase SAINZ CANTERO, *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, octubre-diciembre 1970, núm. 191, págs. 1069 y ss. Creo que estas posibilidades de

ternamiento en un centro de educación o corrección, pero la clase de medida y su duración deberían estar en función, no de la gravedad de la infracción, sino de la peligrosidad del delincuente. Como centro de educación o corrección, creo que reúne magníficas condiciones el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, pero sería conveniente crear algún otro tipo de centro semiabierto o cerrado para la aplicación de la medida de seguridad a jóvenes cuyo internamiento en un centro abierto no esté indicado por la índole de su personalidad. Se trataría de centros de carácter o régimen más severo parecidos a los Borstal ingleses semiabiertos o cerrados, o a las prisiones-escuela existentes, por ejemplo, en Suecia, Dinamarca o Portugal (22). En caso de jóvenes delincuentes psicópatas me parece conveniente su internamiento en centros especiales de terapéutica social, como los que se han creado en diversos países europeos a imitación del de Herstedvester (Dinamarca), creado por el doctor Stürup y de los que hablaremos con más extensión más adelante.

En cuanto a la ampliación de la atenuante del número 3.º del artículo 9.º hasta los menores de 21 años, propuesta por Serrano, creo que la disminución de la pena, a tenor del artículo 65, debería limitarse incluso para los mayores de 15 años y menores de 18, a la aplicación de la pena en el grado mínimo, pues la sanción penal se aplicaría únicamente a los condenados varias veces que hubieran cumplido ya la medida en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, en un centro de régimen más severo o en ambos y se les considere incorregibles. Tratándose de jóvenes de 18 a 21 años es posible, además, que en algunos casos especialmente graves haya que aplicar una pena para satisfacer las exigencias de la retribución, la expiación y la prevención general. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se declara únicamente que "la edad juvenil será considerada como circunstancia atenuante, excepto en el caso de que el culpable haya puesto de manifiesto una evidente perversidad" (23). Este criterio, tan impreciso, de la perversidad debería

tratamiento son mayores cuando se concibe como medida de seguridad (con duración relativamente indeterminada en función de la peligrosidad del delincuente) que como pena. Como medida de seguridad está incluido en la Ley española de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (artículo 5.º, cuarta: Arresto de cuatro a diez fines de semana), aunque en la mayor parte de las legislaciones se le considera como una pena o un modo especial de ejecución de las penas cortas de privación de libertad; véase, a este respecto, SAINZ CANTERO, *Ob. cit.*, págs. 1064 y ss.

(22) Véase sobre estos centros, así como los "Attendance Centres" y los "Detention Centres", CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1944, mayo, págs. 495 y ss. y *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1952, fasc. 2.º, págs. 301 y ss. y BERISTAIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1965, págs. 28 y ss.

(23) Véase, *Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases para un Código Penal*, pág. 21.

ser sustituido por el de la gravedad del hecho delictivo (de lo injusto y de la culpabilidad).

En el plano legislativo no se ha producido aún en nuestro país una extensión del ámbito de la imputabilidad disminuida a los semiadultos. En el Derecho penitenciario se somete ya, sin embargo, a un mismo régimen especial a los delincuentes mayores de 16 años y menores de 21 (24). Están internados en centros penitenciarios especiales en los que se concede preferente atención a la acción educativa. Algunos delincuentes juveniles, generalmente primarios, cumplen su pena en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria (25). Creo que este centro abierto debería dedicarse exclusivamente al cumplimiento de la medida. Los resultados obtenidos serían aún mejores al no estar limitado el tratamiento por la duración de la condena (26).

Nos hemos ocupado hasta ahora de la imputabilidad disminuida por la menor edad. El objeto preferente de nuestra atención será, sin embargo, el tratamiento de los semiimputables comprendidos en el número 1.º del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 8.º del Código penal español. Se trata de las personas en las que se aprecia la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio.

La doctrina y la jurisprudencia consideran incluidos en la eximente incompleta de enajenación todos aquellos casos en que las enfermedades mentales en sentido estricto, es decir, las psicosis (esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, paranoia, parálisis mental progresiva, demencia senil, psicosis por intoxicación alcohólica, etcétera...) por encontrarse en una fase de remisión, bien espontánea, como en los ciclos de la psicosis maniaco-depresiva o como consecuencia del tratamiento, no han privado por completo al sujeto de su capacidad de conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento. La epilepsia puede dar lugar a la aplicación de la eximente incompleta cuando no ha privado por completo al sujeto de su capacidad de entender y de querer. La jurisprudencia apli-

(24) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1971, págs. 579 y 765; y BUENO ARUS, *El sistema penitenciario español*, "Publicaciones Españolas", Madrid, 1971, pág. 15.

(25) Como centro intermedio funciona el de Teruel y como cerrado el de Lérida. También existe un régimen especial para los delincuentes mayores de 21 años y menores de 25. Cumplen sus penas en Ocaña (Toledo) en régimen cerrado, en Alcalá de Henares, en régimen intermedio y en Toledo y sección abierta de Alcalá de Henares, en régimen abierto. Esta última se inauguró en noviembre de 1972. Las medidas de seguridad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, aplicables a los menores de 21 años, se aplican en el establecimiento de Zamora y las de los mayores de 21 y menores de 25 años se cumplen en Nanclores de la Oca (Alava). Información suministrada por el Dr. BUENO ARUS, destacado penitenciarista español y letrado del Ministerio de Justicia. Véase también su trabajo, *El sistema penitenciario español*, "Publicaciones Españolas", Madrid, 1971, pág. 15.

(26) Véase en este sentido, ALVARO DE TOCA BECERRIL, *lug. cit.*, págs. 58-9.

ca sólo la eximente cuando el delito se comete durante, o en relación inmediata con un ataque epiléptico, o cuando el sujeto se encuentra ya en estado de demencia. Si la epilepsia no determina una disminución de la capacidad de entender o de querer, el Tribunal Supremo no aprecia siquiera la atenuante (27). Se incluyen asimismo en la eximente incompleta las formas más leves de oligofrenia, es decir, algunos supuestos —los menos graves— de imbecilidad y la debilidad mental (28). En todos estos casos es preciso que, como consecuencia de la enfermedad mental o la oligofrenia haya disminuido *considerablemente* la capacidad del sujeto de conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento. Aunque el Código utiliza en la eximente del número 1.º del artículo 8.º y por tanto, indirectamente, en la eximente incompleta, una fórmula psiquiátrica o biológica (“están exentos de responsabilidad criminal: 1.º. El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir”), la jurisprudencia ha transformado dicha fórmula en una mixta psiquiátrico-psicológica, al exigir que la enajenación mental o el trastorno mental transitorio hayan producido al sujeto una profunda perturbación de la inteligencia o de la voluntad (29). En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se prevé la introducción de una fórmula mixta psiquiatro-psicológica. En él se declara exento de responsabilidad criminal al “que en el momento de perpetrar el hecho, sufra una anomalía mental permanente o transitoria que le impida conocer la ilicitud del acto realizado o bien, regular debidamente su conducta” (30).

En la eximente incompleta de enajenación pueden estar comprendidas las psicopatías (31). Estas, por suponer simples perturbaciones

(27) Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo y 18 de noviembre de 1955, 11 de diciembre de 1958, 21 de mayo de 1962, 25 de noviembre de 1967, 28 de octubre de 1970 y 12 de junio de 1972.

(28) Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1943, 25 de febrero de 1970, 30 de septiembre de 1971, 22 de marzo de 1972 y 3 de abril de 1972. En la sentencia de 17 de diciembre de 1970 el Tribunal Supremo ha apreciado no la eximente incompleta, sino una simple atenuante por analogía a la del núm. 1.º del art. 9.º en relación con el núm. 1.º del art. 8.º, por estimar que la disminución de la imputabilidad era de escasa entidad.

(29) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 296 y 329-30; QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anomalías mentales*, en “Los delincuentes mentalmente anormales”, págs. 514-5; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 494; y entre otras muchas la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1970.

(30) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, pág. 23 y *Bases para un Código Penal*, pág. 11 (Base 3.ª, 4, segundo).

(31) Ha apreciado la eximente incompleta el Tribunal Supremo en las sentencias de 9 de noviembre de 1935, 21 de enero de 1943, 12 de mayo de 1960, 10 de diciembre de 1963, 30 de marzo de 1964, 22 de diciembre de 1964, 12 de marzo de 1970, 25 de mayo de 1970, 22 de diciembre de 1970 y 23 de noviembre de 1971. En la sentencia de 30 de abril de 1971 el Tribunal Su-

afectivas o anomalías de carácter no determinan, en general, la apreciación de la eximente completa. No obstante, algunos autores, por ejemplo, Antón Oneca (32), Rodríguez Devesa (33) y Pérez Vitoria (34) estiman que en algún caso la psicopatía podría dar lugar a una privación completa de la capacidad de entender y de querer. Córdoba ha subrayado que la psicopatía puede “desempeñar el papel de servir de fondo a una reacción de trastorno mental transitorio” (35). El Tribunal Supremo en alguna rara ocasión ha apreciado la eximente (36). En la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se indica que con la adopción de los términos “anormalidad mental permanente o transitoria” “se amplían las posibilidades de aplicación de la eximente a casos no incluidos en los cuadros nosológicos de la Psiquiatría, como ocurre con las personalidades psicopáticas en que hay simplemente anormalidad y no propiamente enfermedad” (37). Es preciso subrayar, sin embargo, que la psicopatía puede no determinar siquiera la apreciación de la eximente incompleta si no guarda relación con el hecho realizado y no ha dado lugar a una disminución de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento (38).

Las neurosis, especialmente la histeria, pueden dar lugar en alguna ocasión a la apreciación de la eximente incompleta de enajenación (39), pero por lo general el carácter neurótico influirá en la determinación de la responsabilidad por servir de fondo a un trastorno mental transitorio que excluya o disminuya la imputabilidad (40).

En el trastorno mental transitorio se incluye toda perturbación mental pasajera que determine la incapacidad o una disminución considerable de la capacidad —en la eximente incompleta— de conocer el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento. No es necesario que se dé en el sujeto un fondo patológico (41).
premo no apreció la eximente completa ni incompleta, sino una atenuante por analogía.

(32) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 295-6.

(33) RODRÍGUEZ DEVESA, *El concepto bipolar de la enfermedad mental*, en “Los delincuentes mentalmente anormales”, Madrid, 1961-2, pág. 530 y *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.^a ed., pág. 494.

(34) Véase PÉREZ VITORIA, *El delincuente psicopático y su tratamiento*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, octubre-diciembre 1970, núm. 191, páginas 1091 y ss. y 1098.

(35) CÓRDOBA, *Las eximentes incompletas*, Oviedo, 1966, págs. 52-3.

(36) Sentencia de 27 de febrero de 1936.

(37) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, págs. 23 y 24.

(38) Han negado el carácter de atenuante a las psicopatías, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1952, 23 de mayo de 1957, 10 de marzo de 1964, 25 de mayo de 1964, 21 de diciembre de 1964, 2 de mayo de 1968, 10 de junio de 1968, 30 de junio de 1970 y 23 de mayo de 1972.

(39) Véase las sentencias de 18 de abril de 1940 y 13 de octubre de 1971.

(40) Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1946 y 10 de marzo de 1947 en que apreció la eximente.

(41) En este sentido, también PÉREZ VITORIA, *El “trastorno mental transitorio” como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, “Anuario

El legislador, al introducir en la reforma de 1932 la mención del trastorno mental transitorio, no pretendió, como dice Antón Oneca, “la previsión de una especie de locura o enajenación, sino añadir los estados de inconsciencia que varios autores habían echado de menos en el Código penal de 1870” (42). El Tribunal Supremo, aunque ha exigido en numerosas sentencias el fondo patológico (43), en otras ha renunciado a este requisito (44) y recientemente tiende a consolidarse esta última orientación (45). Es posible, pues, apreciar la eximente de trastorno mental transitorio en los estados emotivos o pasionales (46). Se arguye, en contra de la apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio, que para la consideración de los estados emotivos o pasionales existen varias atenuantes, especialmente la de obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación” (8.ª del artículo 9.º). La existencia de esta atenuante (así como la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido —5.ª del art. 9.º—

de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1952, págs. 35 y ss., ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 298 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I Parte General, 16.ª ed., vol. 2.º, págs. 488-9; SILVA MELERO, *Consideraciones sobre el delito pasional*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1952, página 470; CODÓN Y LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría Jurídica penal y civil*, 3.ª ed., Burgos, 1968, págs. 155 y ss. y *La base patológica como característica fundamental del “Trastorno mental transitorio”*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, 1955, fasc. 3.º, págs. 269 y ss., y CÓRDOBA, *Ob. cit.*, pág. 57. De otra opinión, en cambio, ALBERCA, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 131 y ss. y 138 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, *El trastorno mental transitorio*, Valencia, 1945, pág. 12; LÓPEZ IBOR, *La responsabilidad penal del enfermo mental*, Madrid, 1951, pág. 34; CASTRO PÉREZ, *El delincuente pasional como sujeto mentalmente anómalo. Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid 1961-2, págs. 178 y ss., y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., págs. 498 y ss.

(42) ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 298-9.

(43) Véase, por ejemplo, las sentencias de 28 de junio de 1941, 9 de febrero de 1942, 8 de abril de 1946, 2 de abril de 1949, 5 de abril de 1954, 23 de mayo de 1966 y 13 de junio de 1966 (Aranzadi 3.051 y 3.057).

(44) Véase, por ejemplo, las sentencias de 26 de enero y 13 de marzo de 1934, 19 de diciembre de 1935, 14 de octubre de 1944, 1 de febrero de 1945 (eximente incompleta), 10 de marzo de 1947, 15 de abril de 1948, 24 de diciembre de 1956, 23 de febrero de 1960, 24 de marzo de 1960 y 28 de diciembre de 1964.

(45) Véase, en este sentido, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Ob. cit.*, pág. 489 y las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1968, 30 de mayo de 1968, 24 de junio y 25 de septiembre de 1970 y la de 1 de abril de 1971. En esta última declara el Tribunal Supremo: “Que superada en la actual posición jurisprudencial la exigencia de un fondo patológico para la apreciación de la eximente, completa o incompleta de trastorno mental transitorio, concebida ya, sin más, como súbita y pasajera alteración psíquica, endógena o exógena en su desencadenamiento que, rebasando la simple ofuscación emocional más o menos intensa, incide, mientras dura, en el campo de la alineación...”

(46) Aunque no exigen un fondo patológico, niegan, no obstante, la apreciación de la eximente en los estados emotivos o pasionales, QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anormalidades mentales*, en “Los delincuentes mentalmente anormales”, págs. 517 y ss. y *Curso de Derecho Penal*, I, Parte General, Madrid, 1963, pág. 325, y CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, págs. 57 y 61 y ss. (que exigen una cierta anormalidad en el sujeto).

y la de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave —6.^a del art. 9.^o— aunque se exija la presencia de una perturbación anímica en el sujeto para apreciar la atenuante) no me parece, sin embargo, argumento suficiente para excluir la posibilidad de aplicar la eximente de trastorno mental transitorio cuando el arrebató o la obcecación hayan llegado al punto de eliminar en el sujeto, momentáneamente, en relación con la acción concreta, la capacidad de culpabilidad. Del mismo modo que la presencia en el Código de la atenuante 2.^a del artículo 9.^o de embriaguez, no es obstáculo para apreciar la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio cuando se den sus presupuestos. La posibilidad de apreciar la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio en los estados emotivos o pasionales ha sido reconocida por el legislador en la Ley 79/1961 de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales (Segunda, b) (desarrollada por el Decreto de 24 de enero de 1963), al comentar la supresión del antiguo artículo 428, que regulaba el uxoricidio con motivo de adulterio. Por otra parte, la exigencia de que el sujeto obre por motivos morales o positivos desde el punto de vista de una valoración social, tiene sentido, en relación con la función ético-social del Derecho penal, para la apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación pero no para la de la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio, que afecta a la capacidad de culpabilidad. En el futuro Código penal no habrá tampoco dificultad para incluir los estados emotivos o pasionales en la eximente completa o incompleta, pues se habla de una “anormalidad mental permanente o transitoria” que impida al sujeto conocer la ilicitud del acto realizado o regular debidamente su conducta.

Según un sector de la doctrina (Alberca, Ferrer Sama, Cuello Calón, Pérez Vitoria y Córdoba) (47) en el trastorno mental transitorio está incluida también la embriaguez. Esta, cuando sea plena y no haya sido buscada de propósito para delinquir, daría lugar a la exención de la responsabilidad criminal si en su virtud el sujeto quedó privado, en relación con la acción concreta, de la capacidad de entender y de querer. Si esta capacidad se había visto sólo considerablemente disminuida, por tratarse de una embriaguez semiplena, se apreciaría la eximente completa. En la atenuante del número 2.^o del artículo 9.^o (son circunstancias atenuantes: “...2.^a. La embriaguez no habitual siempre que no se haya producido con propósito de delinquir”) (que puede apreciarse también como calificada) se incluirían únicamente los casos en que los efectos de la embriaguez sobre la capacidad de culpabilidad no hubieran sido de gran entidad, siempre que la em-

(47) Véase ALBERCA, en *Comentarios al Código Penal*, de FERRER SAMA, I, Murcia, 1946, pág. 146; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 286 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, tomo I (Parte general), vol. II, 16.^a ed., 1971, págs. 491 y 505 y ss.; PÉREZ VITORIA, *El “Trastorno mental transitorio” como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, lug cit., págs. 40-1, y CÓRDOBA, *Ob. cit.*, pág. 61.

briaguez no fuera habitual (48). El Tribunal Supremo ha mantenido en algunas sentencias este criterio (49), en general ha reducido, sin embargo, el ámbito de la eximente o la eximente incompleta a la embriaguez plena o semiplena y fortuita (con exclusión de la embriaguez culpable, voluntaria —preordenada o no al delito— o por negligencia) (50), criterio éste que mantienen en la doctrina Quintano Ripollés y Castejón (51). Quizá fuera ésta la voluntad del legislador, a juzgar por las afirmaciones de Castejón en su artículo “Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944” (52). Sin embargo, como observa Córdoba, en el número 1.º del artículo 8.º no hay base alguna para esta restricción, siempre que se den los elementos de la eximente de trastorno mental transitorio debería apreciarse. No me parece acertada, por ello, la reducción del ámbito de la eximente de “anormalidad mental permanente o transitoria” prevista expresamente en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Có-

(48) Solución ésta propuesta por ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 312 y aceptada por CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Ob. cit.*, pág. 507, y CÓRDOBA, *Ob. cit.*, págs. 57-8.

(49) Sentencias de 17 de marzo de 1947, 15 de abril de 1948, 18 de noviembre de 1958 (apreció la eximente incompleta en un caso de embriaguez plena no fortuita), 27 de junio de 1960 y 16 de diciembre de 1965 (esta sentencia, de la que fue ponente don Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, sienta la doctrina que creo correcta, “Considerando: Que ante la afirmación rotunda y terminante por parte de la Sala, del hecho escueto de sufrir el procesado la *perturbación total de las facultades mentales*, fue correcta la conclusión de estimar la causa de exención de responsabilidad 1.ª del art. 8.º, del Código penal, que no excluye del trastorno mental transitorio, su origen alcohólico o tóxico, sino únicamente el “buscado a propósito para delinquir” y no apreciando tal preordenación al delito de daños, ni siendo lógico que este fuese el ánimo del procesado al embriagarse, no se infringió dicho precepto al aplicarse, como sin razón suficiente, pretende el Fiscal en el único motivo de su recurso, cuya aceptación implicaría restringir el alcance de la eximente 1.ª del art. 8, sin base dogmática para ello, puesto que conforme al Derecho actualmente vigente, sólo la preordenación al delito enerva la operabilidad del trastorno pleno, que por lo demás, al darse como hecho probado, no es susceptible de alterarse a no ser por la vía de la casación por error, no intentada en el recurso”).

(50) Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1949, 20 de diciembre de 1949, 6 de febrero de 1951, 5 de noviembre de 1955, 30 de octubre de 1959, 30 de junio de 1961 (Aranzadi 2.690 y 2.692), 17 de diciembre de 1963, 2 de diciembre de 1964, 9 de abril de 1970, 4, 9 y 14 de noviembre de 1970, 9 de diciembre de 1970, 1 de abril de 1971, 14 de mayo de 1971, 9 de junio de 1971, 17 de enero de 1972 y 20 de enero de 1972.

(51) Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, pág. 335, y CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1945, pág. 335.

(52) CASTEJÓN, que formó parte como magistrado de la sala 2.ª del Tribunal Supremo, de la Comisión que llevó a cabo la reforma de 1944, dice al comentar la supresión del párrafo 2.º del núm. 1.º del art. 8.º del Código Penal de 1932, en que se declaraba eximente la embriaguez cuando fuera plena y fortuita, que la supresión de dicho precepto se llevó a cabo por considerarse superflua, ya que no habría dificultad en incluir estos supuestos en la eximente de trastorno mental transitorio; véase CASTEJÓN, *lug. cit.*

digo Penal, al declarar que se entenderá comprendido en ella “al que obrase bajo los efectos de una embriaguez fortuita en su origen y plena en sus efectos”. Esta restricción de esta causa de inimputabilidad (quedan fuera no sólo los supuestos de embriaguez voluntaria, no preordenada al delito y culposa, sino incluso los de psicosis alcohólica) es incompatible con el principio de culpabilidad que consagra el Anteproyecto como uno de sus pilares fundamentales (53). Una pena injusta no es, además, eficaz desde el punto de vista político-criminal. No es cierto, por otra parte, como estima el Tribunal Supremo (54), que la embriaguez voluntaria (no preordenada al delito) o culposa suponga *siempre* la culpa respecto al delito cometido en estado de embriaguez. La producción del resultado delictivo puede ser a su vez dolosa, culposa o fortuita, si el autor no la previó ni pudo preverla, ni al embriagarse ni después. Carece, pues, de fuerza el argumento del Tribunal Supremo de que la apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio en estos casos suponga *siempre* un desplazamiento del artículo 565. Según el Tribunal Supremo este desplazamiento sólo puede admitirse en virtud de un precepto expreso, como la circunstancia 2.^a del artículo 9.^o. En realidad el Tribunal Supremo, en estas interesantes y sugestivas sentencias, viene a poner de relieve una laguna en nuestro Código, o dicho de otro modo la excesiva amplitud de la eximente de trastorno mental transitorio al no excluirse de su ámbito la actio libera in causa culposa. Sólo se excluyen aquellos casos en que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito para delinquir (actio libera in causa dolosa). Deberían quedar fuera de la eximente también aquellos supuestos en que el sujeto al provocar su estado de trastorno mental transitorio no lo hizo con el propósito de delinquir, pero previó o pudo prever que en ese estado cometería un delito. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal no se excluyen tampoco de la eximente de “anormalidad mental permanente o transitoria” los supuestos de actio libera in causa culposa (55). La solución no puede consistir, sin embargo, en negar la apreciación de la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio o de “anormalidad mental permanente o transitoria” siempre que la embriaguez no sea fortuita.

En la eximente y, por tanto, también en la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, están comprendidos asimismo aquellos

(53) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Exposición*, pág. 24 y *Bases*, págs. 10 y 11. En la base tercera, 2, se declara: “Como principio general se sentará que nadie podrá ser penado por un hecho previsto en la Ley como delito, si no es declarado imputable y culpable.”

(54) Véase, por ejemplo, las sentencias de 4 y 9 de noviembre de 1970 (ponente don Fernando Díaz Palos) y 14 de mayo de 1971 (ponente don Angel Escudero del Corral).

(55) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Bases*, pág. 11.

casos en que como consecuencia del consumo de drogas o estupefacientes se hubiera visto excluida o disminuida la capacidad de culpabilidad del sujeto. En algunos casos, el consumo prolongado de drogas o estupefacientes puede conducir, incluso, a la enajenación (56). Es sumamente censurable que en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se incluya sólo en la eximente de "anormalidad mental permanente o transitoria" los casos en que la intoxicación por drogas o estupefacientes sea plena y fortuita (57). Esta regulación está también en flagrante contradicción con el principio de culpabilidad.

No creo que se puedan incluir, en cambio, en la eximente de trastorno mental transitorio los supuestos de movimientos corporales realizados durante el sueño, del sonambulismo o del hipnotismo. En estos casos falta ya la acción como primer elemento del concepto del delito.

En los supuestos de imputabilidad disminuida del número 1.º del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 8.º, nuestro Código prevé únicamente la aplicación de una pena atenuada. Las eximentes incompletas dan lugar, a tenor del artículo 66, a una atenuación de la pena en uno o dos grados (58). Se trata de una atenuación obligatoria y no meramente facultativa, como en el Código penal alemán (arts. 55 del Código penal vigente y 21 del texto aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969). Creo que la regulación de nuestro Código es más conforme con el principio de culpabilidad (58 bis). Ahora bien, el Código no prevé la posibilidad de aplicación de una medida de seguridad cuando quepa apreciar en el sujeto una peligrosidad criminal, es decir, una probabilidad mayor o menor de que vuelva a delinquir. Lo cual puede suceder en los supuestos de eximente incompleta de enajenación (enfermedad mental en fase de remisión, epilepsia, debilidad mental, psicopatía, histeria), pero también aunque con menor frecuencia, en la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, piénsese, por ejemplo, en los supuestos de trastorno mental transitorio con un fondo patológico (psicopatía, neurosis o embriaguez patológica), en los ebrios habituales (si la habitualidad

(56) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 301 y 313-314.

(57) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, pág. 24, *Bases*, pág. 11.

(58) Los tribunales pueden a su vez imponer esta pena en el grado que estimen conveniente "atendiendo al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren". Creo que se trata de uno de los tres grados en que se dividen las penas privativas de libertad y, por tanto, en que se divide la pena inferior en uno o dos grados. De otra opinión, CÓRDOBA, *Ob. cit.*, páginas 25 y ss.

(58 bis) Véase, en el mismo sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, pág. 158. En el Proyecto Alternativo (art. 22) se preveía una atenuación de carácter obligatorio, véase *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., J. C. B. MOHR, Tubinga, 1969, pág. 60.

no excluye la apreciación de la eximente incompleta) o en los toxicómanos.

En los supuestos de la eximente incompleta de enajenación y en aquellos de trastorno mental transitorio en que existía un fondo patológico, cabía apreciar a tenor del número 2.º del artículo 3.º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 una medida de seguridad. Según dicha disposición: "También estarán sometidos a los preceptos de esta Ley ...2.º. Los criminalmente responsables de un delito cuando el tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente". La jurisprudencia no hizo uso, sin embargo, afortunadamente, de esta posibilidad para los semiimputables. La medida de seguridad prevista era el internamiento en un establecimiento de custodia (art. 7.º). Este internamiento no podía ser por tiempo inferior a un año ni superior a cinco (art. 4.º, 2.ª). La medida debía aplicarse inmediatamente después de extinguirse las penas aplicadas por el delito o delitos sancionados" (art. 7.º).

El sistema de acumulación de pena y medida para el tratamiento de los semiimputables ha sido censurado con frecuencia en la doctrina (59). La aplicación de una pena atenuada ajustada al grado de culpabilidad y de una medida de seguridad en función de la peligrosidad del mismo delincuente se ha considerado como representativa "de una mentalidad teórica que desconoce las necesidades de la práctica". Es absurdo, se dice, aplicar primero la pena, con lo cual puede empeorar el estado del enfermo y a continuación la medida con objeto de conseguir su curación. Tampoco tiene sentido aplicar en primer lugar la medida de seguridad y a continuación la pena. Si el enfermo se ha curado puede recaer si se le somete a continuación al cumplimiento de la pena.

Los inconvenientes del sistema de acumulación de la pena y la medida se incrementan al máximo cuando la índole de la medida prevista es, como en el caso del número 2.º del artículo 3.º de la Ley de Vagos y Maleantes, el internamiento en un establecimiento de custodia.

A pesar de las críticas formuladas creo que debe mantenerse el sistema de la doble vía, es decir, de la aplicación de una pena adecuada a la gravedad de lo injusto culpable y de una medida de seguridad para hacer frente a la peligrosidad del delincuente, porque sus inconvenientes pueden evitarse en gran medida recurriendo a un sistema vicarial previendo la posibilidad de que se aplique anticipadamente la medida y que se descuente el tiempo de su aplicación del de la pena y que permita incluso renunciar a la aplicación del resto de la pena

(59) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 330 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, págs. 70 y ss.; BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª ed., págs. 386-7 y 808; MERLE-VITU, *Traite de Droit Criminel*, págs. 479 y 504; y BOUZAT, *Traite de Droit Penal et de Criminologie*, I, "Droit Penal general", 2.ª ed., París, 1970, págs. 416-7.

cuando ello sea contraproducente desde el punto de vista de la prevención especial (60).

No me parece conveniente, en cambio, la creación de una tercera vía, mediante la fusión de la pena y la medida de seguridad. En Italia, Antolisei, Delitala y Bettiol han propuesto la creación de una pena con un mínimo en función de la gravedad del delito cometido, es decir, de lo injusto culpable y un máximo indeterminado en función de las exigencias del tratamiento y curación del delincuente (61). Bettiol habla, a este respecto, de una pena curativa que aúna en sí los fines de la retribución o expiación y curación. En esta línea se encuentra el Anteproyecto de Ley referente a los delincuentes anormales, del Centro francés de Defensa Social de 1955, que preveía el establecimiento de una llamada "detención de defensa social" (para los enajenados se preveía, en cambio, la aplicación de una simple medida de carácter curativo: internamiento de defensa social). En nuestro país, Antón Oneca ha solicitado la aplicación de "una medida de seguridad pero con un mínimo de duración equivalente a la pena: duración prorrogable el tiempo que fuera necesario para combatir la peligrosidad". Esta medida representaría una tercera vía para los delincuentes peligrosos e imputables (semienfermos mentales, alcohólicos y toxicómanos, vagabundos y habituales), junto a la pena tradicional aflictiva e intimidante, que se aplicaría a los delincuentes imputables no peligrosos y la medida de seguridad en sentido estricto para los inimputables en que se apreciara la peligrosidad criminal (62). Estas propuestas de fusión de penas y medidas de seguridad en el tratamiento de los semiimputables me parecen censurables pues pueden conducir a una confusión en torno a los principios que sirven de fundamento a las penas y medidas de seguridad: el principio de culpabilidad como fundamento de la pena (que encuentra su justificación en la retribución y la expiación, pero que persigue también, adqui-

(60) Véase, a este respecto, FREY, *El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de la responsabilidad penal*, en "Los delincuentes mentalmente anormales", Madrid, 1961-2, págs. 331 y ss. y 342 y ss. Muy interesante y reveladora es la investigación empírica sobre los resultados del sistema vicarial en Alemania, realizada por HELMUT MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe un Massregel*, Duncker Humblot, Berlín, 1972, especialmente, págs. 123 y ss. Pone de relieve que no se han confirmado los temores de que el sistema vicarial diera lugar a un favorecimiento de los delincuentes peligrosos, a un debilitamiento del ordenamiento jurídico o a una falta de comprensión por parte de la opinión pública. Por otra parte, el sistema vicarial hace más soportables las dudas o dificultades de la medición de la culpabilidad e impide de hecho la doble punición. Cree probable, por otra parte, que la situación será idéntica en la aplicación futura del sistema vicarial entre la pena y el internamiento en un centro de terapéutica social.

(61) Véase ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, "Riv. it. Dir. pen.", 1933, núm. 2, págs. 129 y ss., *Natura e trasformazione della pena, Problemi penali odierni*, Milán, 1940, págs. 161 y ss.; BETTIOL, *Ob. cit.*, págs. 386-7.

(62) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, págs. 331, 395 y 587-8 y *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1945, págs. 111 y ss.

riendo así un sentido, como pena estatal, los fines de la prevención general y la prevención especial) y el de la peligrosidad que sirve de fundamento a las medidas de seguridad.

En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, no se recoge un precepto equivalente al del número 2.º del artículo 3.º de la Ley de Vagos y Maleantes. Por otra parte, las medidas de seguridad previstas para los “enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad” (arts. 3.º y 6.º. Duodécima; las medidas consisten en el internamiento en un establecimiento de preservación hasta que sea necesario y sumisión a la vigilancia de los delegados), parecen referirse exclusivamente a los estados peligrosos predelictuales (63). Desaparece así la posibilidad de acumulación de pena y medida de seguridad en el tratamiento de los semienajenados. La solución no es, sin embargo, satisfactoria. Actualmente sólo se puede aplicar una pena atenuada a los semienfermos mentales, psicópatas, histéricos, débiles mentales, etc.... cuando como consecuencia de su estado se hubiera visto considerablemente disminuida, pero no eliminada, la capacidad de culpabilidad. Esta solución —similar a la existente actualmente en Francia y en Chile (64)— es censurable aunque en virtud de las disposiciones de nuestro Reglamento de Prisiones, modificado por Decreto de 25 de enero de 1968, deban cumplir su condena en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario los reclusos “que presenten síntomas o trastornos psíquicos en cualquiera de sus formas o grados” y aunque se haya previsto la creación o habilitación de centros de cumplimiento especiales para los psicópatas y los deficientes mentales. Porque siempre la duración del tratamiento estará limitada por la gravedad de la pena, atenuada en función de la menor culpabilidad.

Lo correcto sería, a mi juicio, establecer en el Código o en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social medidas de seguridad aplicables por el juez al culpable en quien se hubiera apreciado una existente incompleta de enajenación o de trastorno mental transitorio (casos de fondo patológico) y el examen de su personalidad permitiera apreciar una peligrosidad criminal mayor o menor. Esta laguna trata de llenarla el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal que prevé en estos casos la posibilidad de “internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente”. Como vemos el Anteproyecto es poco explícito en la indicación de la índole de las medidas de seguridad aplicables. Leyendo el catálogo de medidas de la Base Séptima, 8, se advierte que tiene que tratarse del internamiento en clínicas criminológicas (65). Creo que sería prefe-

(63) Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., págs. 792-3.

(64) Véase MERLE-VITU, *Ob. cit.*, pág. 479 y NOVOA MONREAL, *Ob. cit.*, tomo II, págs. 18 y ss. y 422 y ss.

(65) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, págs. 24, *Bases*, págs. 34 y 25 y ss.

rible mencionar expresamente las diversas clases de establecimientos según la índole del sujeto —sin perjuicio, por supuesto, de que el delincuente sea previamente objeto de estudio y clasificación por un equipo de observación en los centros de detención o en la Central de Observación de Carabanchel, similar al Instituto Italiano de Rebibbia y al Centro Nacional de Orientación Francés, de Fresnes— y admitir, en algunos casos, el tratamiento ambulante. Las medidas de seguridad deberían consistir, o bien en el internamiento en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario, en régimen de sentencia indeterminada, en el internamiento en un establecimiento especial para deficientes mentales o en un centro especial para psicópatas. Podría consistir también en un tratamiento ambulante (66). En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social española de 4 de agosto de 1970 se ha introducido ya la medida del tratamiento ambulante para los ebrios habituales y los toxicómanos (art. 5.º, 6.ª, art. 6.º, quinto) (67). El tribunal debería tener también facultades para sustituir una medida por otra, cuando pareciera más conveniente para el tratamiento del delincuente (68).

En lo que respecta a los centros especiales para psicópatas creo sería recomendable la introducción, con las adaptaciones que se crea pertinentes, de los centros de terapéutica social cuya creación está prevista en el nuevo Código penal alemán (art. 65) (69). Su creación se debe a una sugerencia del Proyecto Alternativo, que tomó como modelo el establecimiento dirigido por el doctor Stürup, en Herstedvester, en Copenhague. En dicho establecimiento se somete a los delincuentes a un tratamiento con métodos especiales psiquiátrico-sociales (combinando la terapia individual y de grupos) con muy buenos resultados, a juzgar no sólo por las cifras que comunicó el doctor Stürup a la Gran Comisión de Reforma del Código penal Alemán, sino también por la difusión que han encontrado estos centros en Dinamarca, donde se creó un segundo centro en Horsen y en otros países. Se aplican sus métodos, entre otras, en la Van der Hoeven-Klinick de Utrecht, en la Maxwell Jones Clinic de Londres y en Hohenasperg en Baden-Württemberg (Alemania). Se trata de desarrollar con medios psiquiátricos, psicológicos y pedagógicos la voluntad y la capaci-

(66) Sobre la necesidad de introducir en el Código el tratamiento ambulante para los enajenados, véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, "Revista de Estudios Penitenciarios", octubre-diciembre 1970, núm. 191, págs. 1123 y 1131.

(67) El tratamiento ambulante ha sido admitido en la última reforma del Código penal suizo por la Ley de 18 de marzo de 1971 (arts. 43, núm. 2 y 44, núm. 1). Según el art. 43, núms. 1 y 2, el tribunal puede aplazar el cumplimiento de la pena para poder llevar a cabo plenamente el tratamiento ambulante. Véase O. A. GERMANN, *lug. cit.*, pág. 356, nota 50.

(68) Véase, a este respecto, la regulación flexible que se ha introducido en el nuevo art. 67 a del Código penal alemán.

(69) Véase, en este sentido, también, YÁÑEZ ROMÁN, *Consideraciones en torno a la "imputabilidad disminuida" con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados "establecimientos de terapéutica social"*, separata del "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1970, págs. 392-3.

dad del delincuente de llevar una vida sin conflictos con la justicia criminal. Se trata de conseguir la cooperación activa de los delincuentes en su proceso de readaptación. Los establecimientos están dirigidos por un psiquiatra, tienen un número reducido de internos (unos doscientos), divididos en grupos de unos quince, la relación del número de internos con el del personal es aproximadamente de dos a uno y el personal está constituido por un equipo de psiquiatras, psicólogos, pedagogos y asistentes sociales. No es posible exponer aquí con detalle el tratamiento que se aplica en Herstedvester, que es sumamente interesante. Información al respecto puede encontrarse en la intervención del doctor Stürup en la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal alemán y en su artículo *Heilbehandlung*, en el *Handwörterbuch der Kriminologie* de Sieverts (70).

En el Código penal alemán (art. 65) se prevé la posibilidad de aplicación del internamiento en un centro de terapéutica social, durante un tiempo máximo de cinco años, no sólo de los delincuentes a los que se hubiere apreciado la eximente o la atenuante de enajenación mental o perturbación de la conciencia, si parece más conveniente su internamiento en un centro de este tipo que en un sanatorio psiquiátrico, sino también a todos los delincuentes plurirreincidentes (cuando se da un cierto número de condenas anteriores por delitos dolosos y un tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad) en quienes se aprecie una grave perturbación de la personalidad y parezca apropiado su tratamiento en estos centros para su reinserción social, o se aprecie el peligro de que puedan convertirse en delincuentes por tendencia (si no habían cumplido aún los 27 años al cometer el último delito) (71). En el Proyecto Alternativo se postulaba la aplicación de esta medida de seguridad (la primera vez de modo voluntario) a todos los delincuentes plurirreincidentes aunque no presentaran una grave perturbación de la personalidad (72).

(70) Véase, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 4. Bd., Allgemeiner Teil, Bonn 1958, págs. 180 y ss.; STÜRUP, *Heilbehandlung, Handwörterbuch der Kriminologie*, Erster Band, págs. 383 y ss. Véase también GERHARD MAUCH y ROLAND MAUCH, *Sozialtherapie und sozialtherapeutische Anstalt, Erfahrungen in der Behandlung Chronisch-Krimineller*, Enke, Stuttgart 1971, EINSELE, *Helga, Die sozialtherapeutische Anstalt, in Die Strafvollzugsreform, Eine kritische Bestandsaufnahme*, editado por ARTHUR KAUFMANN, C. F. Müller, 1971, págs. 145 y ss. y YÁÑEZ ROMÁN, *Ob. cit.*, págs. 366 y ss.

(71) Se prevé también la aplicación de esta medida al delincuente condenado por un delito doloso, que tenga su origen en su instinto sexual, a una pena privativa de libertad de un año de duración por lo menos, siempre que exista el peligro de que siga cometiendo acciones antijurídicas de considerable gravedad relacionadas con el instinto sexual.

(72) E incluso cuando se tratase de un delincuente primario en que no se apreciara la eximente ni la atenuante de enajenación mental o perturbación de la conciencia si había sido condenado a una pena superior a dos años por un delito que guardase relación con una enfermedad mental o una perturbación grave de la personalidad (art. 69, 1). Véase, *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., págs. 132 y ss. En el art. 10 del Proyecto de la Comisión para la reforma de la ejecución de las penas (K. E.) y

Sólo podría aplicarse a un delincuente plurirreincidente la custodia de seguridad si antes había sido objeto de tratamiento durante un período de cuatro años en un centro de terapéutica social y carenciera de sentido el enviarle de nuevo a un centro de este tipo. Varios autores, entre ellos Jescheck y Grünwald (73), habían llamado la atención sobre las dificultades prácticas de aplicar estas medidas a todos los delincuentes plurirreincidentes (dadas las exigencias de personal y el coste de estos centros). Grünwald había señalado también que la aplicación de esta medida carecía de justificación si no se apreciaba en el sujeto una grave perturbación de la personalidad y una relación de la misma con la comisión del delito.

Creo que también nuestro legislador debería tener en cuenta el elevado porcentaje de psicópatas que se da entre los delincuentes plurirreincidentes a la hora de determinar la medida de seguridad aplicable a los mismos. En lugar del internamiento en un establecimiento de custodia y de trabajo, previsto en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, o el internamiento en casas de trabajo o colonias agrícolas, que prevé el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal (74) debería intentarse un tratamiento en un centro especial para psicópatas, cuando en el sujeto se apreciara una grave perturbación de la personalidad y ésta guardara relación con la comisión del delito.

En cuanto a la relación entre la pena y la medida de seguridad creo que lo más conveniente sería aplicar, en general, en primer lugar la medida de seguridad. Sólo en casos excepcionales, cuando el Tribunal lo considere conveniente desde el punto de vista de la prevención especial, podría disponer, que se cumpliera en primer lugar la pena (75). Se tratará de casos en que sólo después de haber sufrido la pena pueda esperarse que el delincuente acepte y coopere al tratamiento de la medida. Cuando se aplicara antes la medida y ésta fuera privativa de libertad, el tiempo de cumplimiento de ésta debería

del Proyecto de Ley de ejecución de las penas, de los letrados del Ministerio de Justicia (R. E.), se propone que se envíe a los reclusos de los establecimientos penitenciarios a los centros de terapéutica social cuando ello aparezca indicado para su reinserción social. Véase, a este respecto, EINSELE, HELGA, *Ob. cit.*, pág. 147. El tiempo del tratamiento estará entonces limitado por el de la duración de la pena, lo cual es, sin duda, censurable.

(73) Véase JESCHECK, *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Allgemeiner Teil)*, Z. Str. W. 1968, fasc. 1.º, págs. 79 y ss., y GRÜNWARD, *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, Z. Str. W. 1968, fasc. 1.º, págs. 114 y ss.

(74) Véase, *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970*, art. 4.º y 6.º, decimotercero y *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, págs. 35-6.

(75) MARQUARDT considera, en cambio, que dado el carácter excepcional de los casos en que sea conveniente, desde el punto de vista de la prevención especial, aplicar en primer lugar la pena, debería establecerse con carácter general la primacía de la aplicación de la medida para evitar que los tribunales puedan soslayar la aplicación del sistema vicarial; véase *Ob. cit.*, págs. 160 y ss. y 167.

descontarse del cumplimiento de la pena. Si el Tribunal, asesorado por los peritos, estima que el cumplimiento del resto de la pena (cuando lo haya) puede poner en peligro los resultados obtenidos en el tratamiento deberá conceder al culpable la libertad condicional (76). Si esto no fuera posible, por falta de los requisitos señalados en el Código o tuviera que ser revocada su concesión, debería facultarse al Tribunal para que continuara la aplicación de la medida de seguridad. Sólo debería aplicarse el resto de la pena después de la medida de seguridad cuando el Tribunal estime que ello no pone en peligro el éxito del tratamiento. Una solución similar es la adoptada en la 2.^a Ley para la Reforma del Derecho penal en Alemania, de 4 de julio de 1969, en virtud de la cual se ha reformado toda la parte general del Código (art. 67).

No me parece conveniente el establecimiento de una duración mínima del cumplimiento de la medida en función de la gravedad de la pena correspondiente al delito cometido, como se establece en el Código penal italiano (arts. 219, 220 y 221), e incluso en el Proyecto Gonella de 19 de noviembre de 1968, en su versión aprobada por el Senado el 2 de julio de 1971 (77). Si el tratamiento en el sanatorio psiquiátrico, centro de débiles mentales o centro de terapia social ha tenido éxito carece de sentido, en principio, que se prolongue el tratamiento.

Tampoco me parece aconsejable que se imponga necesariamente el cumplimiento de la pena a continuación de la medida como sucede en el Proyecto Gonella. Esto será, en general, lo más conveniente pero creo debe dejarse al juez la posibilidad de que en algún caso, en atención a las mismas exigencias de la prevención especial, pueda disponer que el cumplimiento de la pena preceda al de la medida. En el Proyecto Gonella se dispone que se descuenta de la pena el tiempo de cumplimiento de la medida y se faculta al juez de vigilancia para que pueda disponer en lugar del cumplimiento del resto de la pena la prolongación de la medida. No se prevé, sin embargo, como en el Código penal alemán, la posibilidad de conceder la libertad condicional, sistema preferible, pues el cumplimiento del resto de la pena puede estar contraindicado y la prolongación de la medida carecer de objeto.

En el Código penal suizo (antes en el art. 17, párrafo 3.^o y ahora en el art. 43, 2.^o, 3.^o y 5.^o, en la nueva redacción recibida por la Ley de 18 de marzo de 1971) (78) el cumplimiento de la medida precede siempre al de la pena, en los casos de delinquentes mentalmente

(76) En la decisión deben pesar únicamente consideraciones de prevención especial y no de carácter retributivo o expiatorio, como ha puesto de relieve MARQUARDT, *Ob. cit.*, pág. 165.

(77) Véase *Scuola Positiva*, 1971, fasc. 3.^o, págs. 466-7.

(78) Véase O. A. GERMANN, *Grundzüge der Partialrevisión des Schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18. März, 1971*, Schw. Z. f. Str. 1971, pág. 355.

anormales (79) y el juez decide después si debe ejecutarse o no la pena. La concesión de la libertad condicional, me parece, sin embargo, más conveniente, incluso en nuestro país en que la libertad condicional no va acompañada, como en Alemania de la imposición de tareas o cargas y de reglas de conducta (80). En caso de aplicación posterior de la pena, según el nuevo texto del artículo 43 (núm. 5.º del Código penal suizo) se descuenta el tiempo de cumplimiento de la medida (81).

La simple sustitución de la pena atenuada por la medida de seguridad prevista en la Ley belga de Defensa Social de 1.º de julio de 1964 y en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal español (82) me parece inferior, desde el punto de vista de la prevención especial, a la aplicación de la medida seguida de la concesión de la libertad condicional y deja aún más desatendidas las exigencias de la prevención general y, por supuesto, las de la retribución o expiación (que pueden encontrar satisfacción a través de algunas tareas o cargas que se impongan a los liberados condicionales) (83).

La regulación prevista en el Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica (en el párrafo 2.º del art. 20) es muy flexible: "Si la imposición de pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas patológicas se aplicará solamente una medida de seguridad curativa. En los demás casos podrá aplicarse una pena disminuida, una medida curativa o ambas en el orden que señale el juez". No me parece conveniente, sin embargo, como decía hace un momento al comentar la Ley belga de Defensa Social, la aplicación de una simple medida y el tiempo de cumplimiento de la medida debería descontarse en todo caso del de la pena, si aquél precede a éste.

En la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, en el artículo 2.º, se preveía la posibilidad de declarar el estado peligroso y someter a una medida de seguridad a los ebrios y toxicómanos ha-

(79) Se ha introducido este término, sumamente impreciso, en lugar de los de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, por estimar que el criterio para la aplicación de la medida debe ser exclusivamente médico y no jurídico, pero con grave riesgo de la seguridad jurídica. Véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehender Massnahmen im Strafrecht*, Schw. Z. f. Str. 1966, págs. 364 y ss.

(80) Véase los arts. 67, párrafo 5.º, 57, 56 b. y 56 c. del nuevo texto de la parte general del Código penal alemán aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969. En Suiza la libertad condicional puede ir acompañada de la imposición de tareas y reglas de conducta y de la medida de vigilancia de protección (art. 38).

(81) Véase O. A. GERMANN, lugar cit., pág. 367.

(82) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Exposición*, pág. 51, *Bases*, pág. 34.

(83) Véase FREY, *El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de la responsabilidad penal*, en "Los delincuentes mentalmente anormales", Madrid, 1961-2, págs. 345 y ss. y 352-3 que señala cómo una resolución judicial orientada exclusivamente en los fines de la prevención especial, en relación con los delincuentes mentalmente anormales, impediría al Derecho Penal cumplir su función de protección de los bienes jurídicos.

bituales (núm. 6.º). La medida de seguridad prevista era el aislamiento curativo en casas de templaza (3.ª del art. 4.º). “A los ebrios y toxicómanos habituales”, decía el número 5.º del artículo 6.º, “se impondrá el aislamiento curativo en casas de templaza por el tiempo inicial de cuatro meses que podrá prorrogarse por períodos iguales si así lo aconsejan los dictámenes facultativos, que al menos al final de cada uno de aquellos períodos cuatrimestrales, deberán emitirse por providencia del Juez o Tribunal. En cualquiera de los períodos en que se encuentre el interesado, no se completarán los cuatro meses si antes de transcurrir por entero se dictamina su curación. En ningún caso el tratamiento podrá durar más de cuatro años”.

En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 se prevé la posibilidad de declaración del estado de peligrosidad de los ebrios habituales y los toxicómanos (84). En relación con los toxicómanos se ha suprimido el término habitual, que es realmente supérfluo si se interpreta el término toxicómano en sentido estricto. Es preciso, sin embargo, en ambos casos, que la embriaguez habitual o toxicomanía permita apreciar el estado peligroso del sujeto. La gama de medidas previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social es mayor que en la Ley de Vagos y Maleantes. Según el número 5.º del artículo 6.º: “A los ebrios habituales y toxicómanos se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes medidas: a) Aislamiento curativo en casas de templaza. b) Tratamiento ambulatorio. c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo. d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados. e) Además, a los toxicómanos, incautación de los efectos ocupados y a los ebrios habituales prohibición de visitar establecimientos de bebidas”. La nueva regulación representa en este aspecto un avance. No me parece acertado, en cambio, suprimir el límite máximo de duración del aislamiento curativo en casas de templaza, pues suele estimarse que en la práctica el tratamiento dura a los sumo dos años. El límite máximo de cuatro años era suficientemente amplio. Quizá debiera haberse reducido el límite a dos o tres años en el primer internamiento y haber suprimido todo límite para los ulteriores, si llegaran a producirse por una recaída del sujeto en la embriaguez habitual o la toxicomanía. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se prevé únicamente la aplicación a los alcohólicos y toxicómanos de una medida de seguridad de “internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente”. No se hace indicación expresa del tipo de establecimiento,

(84) No me parece correcto aplicar únicamente una medida de seguridad a los ebrios habituales o toxicómanos cuando hubieran quedado exentos de responsabilidad criminal, como sucede en el Código penal argentino, cuando se aprecia la eximente del núm. 1.º del art. 34. Véase, a este respecto, SOLER, *Derecho penal argentino*, II, págs. 62 y ss., 461 y ss. y 481 y ss.

pero ha de tratarse, sin duda, de un clínica criminológica (85). Creo que esta regulación implica un retroceso por su imprecisión y por reducir el catálogo de medidas aplicables.

Hay que hacer notar, además, que la aplicación de la medida de seguridad privativa de libertad (aislamiento curativo en casas de templanza) que es la fundamental del tratamiento tendente a eliminar la peligrosidad de estos delincuentes, sigue siempre, al cumplimiento de la pena tanto en la antigua Ley de Vagos y Maleantes (art. 19) como en la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (art. 25) lo cual me parece a todas luces improcedente (86). En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se prevé la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad en los supuestos de alcoholismo y toxicomanía (87). A este respecto me remito a lo dicho anteriormente acerca de la relación de la pena y la medida (88).

Otro supuesto de imputabilidad disminuida viene determinado por la sordomudez. En nuestro Código, el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción está exento de responsabilidad criminal (eximente 3.^a del art. 8.^o): "Cuando éste haya cometido un hecho que la ley sancionare como delito", sigue diciendo el Código, "será ingresado en un establecimiento de educación de anormales". Cuando la sordomudez hubiera determinado únicamente una disminución de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta por una instrucción insuficiente (en el sentido amplio fijado por la jurisprudencia, es decir, la adquirida no sólo por la enseñanza, sino por cualquier medio, incluso por la vida social de relación) (89), se aprecia una eximente incompleta, es decir, una atenuante que puede

(85) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, págs. 34 y 25 y ss.

(86) En Chile la medida de seguridad de internación curativa para los ebrios consuetudinarios y toxicómanos se aplica después de la pena, pudiendo los tribunales renunciar, incluso, al cumplimiento sucesivo de la medida (artículo 31 de la Ley Chilena sobre Estados Antisociales). Véase NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, II, págs. 423 y ss., 426 y 429 y ss.

(87) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, pág. 34.

(88) En el Código penal suizo, en virtud de la Ley de 18 de marzo de 1971, las medidas para los ebrios habituales y los toxicómanos se aplican siempre antes que la pena (antes se aplicaba, en principio, primero la pena) y se descuenta luego su duración de la de ésta (art. 44). El juez puede disponer luego que deje de aplicarse el resto de la pena. Véase, O. A. GERMANN, *Ob. cit.*, págs. 358 y 367. En el Código Penal italiano y en el Proyecto Gonnella la relación de la medida para los ebrios habituales y toxicómanos (internamiento en una "casa di cura e di custodia"), con la pena es idéntica que para los semienfermos mentales (arts. 95, 219, 220 y 221). Lo mismo sucede en el Código penal alemán, según el texto aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969 (arts. 64 y 67). En éste, sin embargo, se dispone (en el núm. 2.^o del art. 64) que dejará de aplicarse la medida de internamiento en un centro de deshabitación si se considera de antemano que el tratamiento no va a tener éxito.

(89) Véase, en este sentido, CÓRDOBA, *Las eximentes incompletas*, Oviedo, 1966, págs. 67 y ss., especialmente pág. 81.

dar lugar a la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito correspondiente (núm. 1 del art. 9.º en relación con el núm. 3.º del art. 8.º y art. 66). Se trata aquí también de una atenuación obligatoria y no meramente facultativa, como en el Código penal alemán (art. 55 del Código penal vigente y 21 del texto aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969). Creo, como dije ya antes, que la regulación de nuestro Código es más conforme con el principio de culpabilidad (90). Sería conveniente, sin embargo, introducir en nuestro Código o en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, un precepto permitiendo al tribunal aplicar al condenado al que se aprecie una eximente incompleta, una medida de seguridad de internamiento "en un establecimiento de educación de anormales" por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal no se ha previsto tampoco la aplicación en estos casos de una medida de seguridad (91). En cuanto a la relación de la pena y la medida me remito a lo dicho anteriormente en relación con los enfermos mentales, los ebrios habituales o toxicómanos. En cuanto al tipo de centro en que deben aplicarse estas medidas creo que debe tratarse de un centro educativo especial para estos subnormales, como indica nuestro Código, careciendo de sentido el internamiento del subnormal en un hospital psiquiátrico e incluso en un centro de terapéutica social, que son los dos tipos de centros previstos en el nuevo texto del Código penal alemán para los inimputables o los semiimputables (arts. 63 y 65, párrafo 3.º).

En realidad, salvo en lo que se refiere al internamiento en los centros de educación especiales para los sordomudos, no es precisa una regulación expresa de estos casos de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, dada por una parte su escasa relevancia político-criminal, y por otra, su perfecta inclusión en las fórmulas generales, pues se trata de un supuesto más de falta de capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento (92).

Por último, quisiera hacer referencia a una importante innovación introducida en la nueva parte general del Código penal alemán. Se ha previsto la posibilidad de la concesión de la suspensión condicional del cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad

(90) Véase, pág. 56 y nota 58 bis.

(91) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, pág. 34.

(92) Véase, en este sentido, SOLER, *Ob. cit.*, II, pág. 53, en relación con el Código penal argentino, donde no se hace referencia expresa a la sordomudez (en el núm. 1.º del art. 34). En el nuevo Código penal alemán (arts. 20 y 21) se ha suprimido toda referencia expresa a la sordomudez por estimarse que el art. 55 del Código penal vigente es superfluo; véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pág. 156. Tampoco se hace referencia expresa a la sordomudez en el Código Penal chileno (núm. 1.º del art. 10 y núm. 1.º del art. 11) y en el Código penal tipo para Latinoamérica.

(internamiento en un sanatorio psiquiátrico, un centro de deshabitación o un centro de terapéutica social) cuando el juez estime que pueden conseguirse también de este modo los fines de la medida. No se concede, sin embargo, cuando la medida se impone conjuntamente con una pena privativa de libertad respecto a la cual no se conceda la condena condicional (art. 67, b). Se puede suspender también condicionalmente la ejecución de una medida privativa de libertad cuando deba aplicarse después de la pena, si se considera que el fin de la medida no exige ya el internamiento (art. 67, c). La concesión de la condena condicional lleva aparejada la adopción de la medida de seguridad de vigilancia de conducta (párrafo 2.º del art. 67 b y art. 68 y siguientes). Esta está confiada a un organismo de vigilancia y a un oficial de prueba designado por el tribunal de acuerdo con aquél organismo. La vigilancia tiene un carácter tutelar y de ayuda. El tribunal puede dar instrucciones al organismo de vigilancia y al oficial de prueba, así como órdenes al condenado, referentes a su comportamiento y tendentes a evitar su recaída en el delito. Parece prematuro introducir una regulación similar en nuestro ordenamiento mientras no se inserten en nuestro sistema de *sursis* elementos esenciales de la probation, como la imposición de cargas o tareas, de reglas de conducta y la vigilancia de los delegados de prueba.

Creo, para terminar, que debería extenderse la posibilidad de conceder la libertad condicional a las medidas de seguridad privativas de libertad, como se ha hecho en el Código penal suizo (art. 45) y en la nueva parte general del Código penal alemán (art. 67 *d* y *e*).