

11. 6434

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

POR

QUINTILIANO SALDAÑA

Catedrático de Estudios superiores de Derecho penal,
en la Universidad de Madrid

Segunda edición aumentada

R. 104 (AL).
N.º 116

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
Cañizares, 3 duplicado

Talleres tipográficos de la Sociedad anónima EDITORIAL REUS.
Ronda de Atocha, 15 duplicado (87).

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Es el tema de actualidad jurídica; no le hemos inventado nosotros, y al elegirle no tuvimos opción.

A partir del bien fundado discurso del Sr. Ciudad Auriolés, leído en la solemne apertura de los Tribunales (16 de Septiembre de 1918) (1), para el presente año judicial, en las escasas actividades jurídicas de nuestra patria surge el comentario y con él se plantea de nuevo el viejo problema: ¿vamos a la reforma del Código penal?

Sabemos que la Comisión general de Codificación, de cuya labor es obra el mejor de los Códigos penales que poseemos, el *Código penal para la zona de influencia española en Marruecos* (2) y su ilustre Presidente el Sr. Maura, no son ajenos a la idea de una amplia reforma. En las Revistas jurídicas, a propósito del discurso de apertura de los Tribunales, en artículos y notas bibliográficas, se ha tratado—directa o indirectamente—de la cuestión. No podemos ni debemos, los juristas españoles, ser extraños a ella. En cuanto a nosotros, la cita frecuente de obras nuestras, donde la tendencia se inicia, nos fuerza a intervenir ahora. Que todos sean escuchados, y para

(1) *Consideraciones elementales deducidas de la práctica acerca de la reforma del Código penal*, en REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, números de Septiembre-Octubre y Noviembre-Diciembre de 1918.

(2) Anexo, núm. 1, al *Boletín oficial de la zona de influencia española en Marruecos*, correspondiente al 10 de Junio de 1914 (Madrid, imp. del Ministerio de Estado, 1914), un folleto en 4.º, de 160 págs.

eso, que todos hablen. Magistrados y Jueces españoles, Fiscales y Abogados en buen ejercicio, Profesores de Derecho penal y alumnos de las Universidades españolas, los técnicos: si yo tuviese autoridad para ello, os invitaría... A nadie ha de faltar asilo de opinión en las columnas de una Revista seria, y mejor si es jurídica; al menos, en las amplias y vivientes planas de la Prensa diaria. Nos interesan extremadamente todos los juicios, todos los votos (1). ¿Nos atreveremos a insinuar que ellos serían más útiles, si se limitasen a cuestiones concretas, que alcanzando vagas, generales, orientaciones?

Seamos, cada uno de nosotros, portavoz y dictaminador activo en este *plebiscito jurídico técnico sobre la reforma del Código penal en España*.

Antecedentes históricos.

La tendencia a la reforma del vigente Código penal no es reciente. Se inicia a raíz de su promulgación (17 de Junio de 1870), y, en rigor, aun antes... Abriendo el *Diario de Sesiones* de aquellas Cortes Constituyentes, hallamos: que es leído por sorpresa un «Proyecto de Código penal» (día 30 de Mayo); que le presenta el Ministro de Gracia y Justicia (Montero Ríos) como «provisional», pidiendo la aprobación previa, pero con promesa formal de ser discutido ampliamente en el otoño; que en dos días, en pocas horas y por corto número de Diputados se aprueba el Proyecto; que Silvela, opuesto a la aprobación, le estigmatiza con la ironía de «Código de verano» (2).

¡Y aquel *Código provisional*, obra de la habilidad política, aprobado previamente, con tácita vigencia temporal para un verano, está en vigor pronto hará medio siglo!

(1) Agradeceríamos a todos la indicación precisa de sus publicaciones, y aún más, el envío de un ejemplar de la Revista o periódico en que aparezcan sus artículos referentes a la reforma. La dirección, a nuestro nombre: Madrid, Princesa, 75.

(2) Vld. nuestra *Historia del Derecho penal en España*, en *Adiciones al Tratado de Derecho penal*, de von Liszt (Madrid, Reus, 1914), I, 467, 468.

A los seis meses brota la confesión, y en un Real Decreto (1.º de Enero de 1871) el legislador reconoce los defectos de su obra (1), declara tener preparadas correcciones, y sanciona, junto a una corrección general, la primera reforma (penalidad de las faltas frustradas).

Después, se suceden las reformas (2), todas esporádicas, ninguna general; a instancia de exigencias políticas, y sin oriente de criterio.

He aquí un cuadro de ellas:

Reformas del Código.

FECHAS	ARTÍCULOS	DELITOS Y PENAS
1.º, Enero, 1871....	5.....	Faltas frustradas.
15, Febrero, 1873..	213, núm. 5.º (aclaración debida)...	Detenidos y presos políticos.
21, Enero, 1874....		
17, Julio, 1876.....	531, § 5.º y 532-606, § 1.º (derogado), 535, § 5.º, 532 y 608 (variados)...	Faltas de hurtos y daños que pasan a ser delitos.
1.º, Septiembre, 1879 (R. D., artículo 4.º.....)		
7, Agosto, 1899....	21 y 124 (adición debida).....	Indemnización civil.
1.º, Enero, 1900. (Ley de Jurisdicciones, art. 3.º)..	248, § 5.º (añadido).	Ataques a la integridad e independencia de la patria.
9, Abril, 1900.....	102 al 104 (nueva redacción).....	Ejecución secreta de la pena de muerte.
17, Enero, 1901....	31.....	Abono de tiempo de la prisión preventiva.

(1) «*Parte expositiva*: La edición oficial de la reforma del Código penal, autorizado por las Cortes constituyentes por la ley promulgada en 18 de Junio del año que acaba de transcurrir, contiene erratas de copia y de imprenta, y aun omisiones que, si bien no alteran de un modo grave y esencial el sistema desenvuelto en la reforma del Código ni las principales prescripciones que éste contiene, pueden influir, no obstante, en la administración de Justicia y en la inteligencia con que los Tribunales interpretan y aplican los preceptos legales.»

(2) Vid. *Historia*, cit., págs. 470 y 471.

FECHAS	ARTÍCULOS	DELITOS Y PENAS
10, Marzo, 1902...	106, 109, 110, 113, 115, 118 y 119...	Ejecución de las penas de libertad, según los establecimientos penales.
21, Julio, 1904.....	456, 459 (refundidos) y 466 (adicionado).....	Nuevos delitos de corrupción y proxenetismo («trata de blancas»).
1907. (Ley de Presupuestos).....	106 (reforma debida).....	Traslado de penales; Melilla y Ceuta a la Península.
3, Enero, 1907. (Derogatoria de la de 17 Julio 1876)....	119 (nueva redacción), 433, 531, 535, 591, 602, 606, 608, 611-613 y 615-618.....	Arresto menor se precisa, y vuelven delitos de hurto y daño a ser faltas.
3, Enero, 1908.....	90, § 2.º (adicionado).....	Benignidad en la acumulación de delitos.
27, Abril, 1909. (Ley de huelgas, artículo 11).....	556 (derogado)....	Abolición del delito de coligación para alterar el precio del trabajo.
Proy. Dic., 1918. (Derogación de la Ley de Jurisdicciones).....	273 (adicionado)...	Nuevo delito de ultraje a la nación, regiones, ciudades, etc., y sus símbolos.

La cuestión de veracidad.

El problema de la reforma—o de la substitución—del Código es, ante todo, un problema crítico; que exige, para resolverle, una extremada sinceridad.

Numerosas son—lo hemos visto—las reformas parciales hechas en el Código; considerables y sostenidos fueron, como lo hemos de ver, los esfuerzos hacia una reforma total. Pero, ¿cómo se justificaban?

A partir de la primitiva redacción, del primer Proyecto del siglo XIX, ya está ausente la razón en el motivo. En las Cortes Constituyentes de 1810 al 13 se piensa en hacer un Código criminal, y he aquí que se manda: «acomodar a los presentes tiempos las *excelentes leyes* esparcidas en nuestros cuerpos lega-

les» (1). Esto, para que luego la Comisión se vea precisada a declarar: «Desconfiando la Comisión de hallar grandes auxilios en nuestras obras legales...» (2).

Un momento de sincera humildad hubo en España, y dió sus frutos. Fué en el período de elaboración del Código de 1848. Humildad tan exagerada que desconoció hasta los méritos del Código de 1822. «Ninguna parte de nuestra legislación es tan imperfecta—se dijo—ni ninguna exige una reforma tan urgente como la que trata de los delitos y las penas... Leyes absurdas, contradictorias y en desuso; prácticas abusivas y tradiciones perniciosas, he aquí los elementos que constituyen nuestro Derecho penal» (3).

Mas, cuando en 1856 se nombra una Comisión para reformar de nuevo el Código de 1848, ya reformado en 1850, ésta le proclama repetidas veces: *La obra más perfecta de nuestra moderna legislación y uno de los mejores Códigos de Europa*, ponderando «el sabio eclecticismo que en ello predomina, ya en cuanto a la enumeración, clasificación y calificación de los delitos, ya en cuanto a la penalidad, hace que en este Código se reúnan y concilien dos cualidades eminentes, que necesitan las buenas leyes, y que no siempre logran hermanarse; la de ser conformes a la ciencia y adecuadas a las necesidades y a las circunstancias» (4).

Acaso hemos errado siempre en este empeño, porque nos ha faltado, en el momento de la verdad social, la efusión precisa, y por representación del eco, más allá de las fronteras, se ahogaba la verdad en nuestra voz.

La Comisión legislativa de 1856 entendía que «hubiera sido *insensato* alterar radicalmente» aquel Código, y en efecto,

(1) Ses. 5 Febrero 1811.

(2) *Código penal de 1822, Preámbulo.*

(3) *Examen del primer libro del Código penal aprobado por la Comisión de Códigos*, en *El Derecho, Revista de Legislación, Jurisprudencia y Tribunales*, Madrid, Soc. lit., II (1845), 2.

(4) *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de codificación*, en *REVISTA DE LEGISLACIÓN* (1871), 178.

pudiendo ser nuevo y distinto y a tono con la ciencia de su tiempo, el de 1870, no pasa de ser una reforma general del viejo Código afrancesado de mediados de siglo.

El esfuerzo que supone el Proyecto Bugallal (1880), no pudo justificar más desacertadamente su propósito. «En este libro—primero del Código penal, se decía—*objeto de estudio y hasta de envidia en naciones extrañas y que es el resumen más acertado de la más sana filosofía en materia penal*, pocas son las alteraciones que pueden hacerse en tanto, al menos, que las modernas escuelas no determinen una transformación científica, por todos aceptada, en este interesante ramo del Derecho» (1).

El mejor de los Proyectos conocidos, el de Silvela (1885), se justificaba con esta lisonja: «El Código promulgado en 1848 fué *afortunada aplicación*, en la esfera del Derecho penal, de los principios y doctrinas propios al nuevo régimen... y se mantuvo a *grande y merecida altura su prestigio* hasta el día en que la Constitución de 1869, etc.» (2).

No; una Constitución priva parcialmente de validez, pero no quita prestigio a un Código, si éste le mereció como obra científica.

Que «abrió *nuevos y dilatados horizontes* a la disciplina penal»—decía el primer Proyecto Alonso Martínez (3). De eso trataremos en la *Reforma científica*.

Las razones expuestas para justificar un intento de reforma general legislativa, en el año 1910, no eran completas, y en ellas no se decía la verdad, ciertamente, o se padecía un error vergonzoso.

Cierto que «la sociedad española ha sufrido honda transformación desde 1870 hasta la fecha»; que «son otras las ideas y las

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

(2) *Proyecto de Código penal, Madrid, A. García, imp., 1885; A las Cortes, pág. 3.*

(3) *Proyecto de Código penal, Madrid, Ministerio, 1882; A las Cortes, pág. III.*

costumbres, y han surgido nuevas figuras de delito, que hubo que reprimir por medio de leyes especiales, creando por la fuerza de las circunstancias un régimen de excepción incompatible con el obligado predominio de una legalidad común para todos los ciudadanos no sometidos a un fuero especial».

Verdad que «precisa acomodarlo al texto constitucional y a las nuevas formas de delincuencia que surgen, a medida que se ensancha el campo de la actividad humana y se aumentan las complejidades de la vida».

Mas, ¿se puede afirmar seriamente que el Código de 1870 fuere, ni aún en su tiempo, «una obra maestra, por propios y extraños celebrada», «que ha llegado hasta nosotros rodeado de una aureola de respeto que nadie con razón podrá jamás arrebatarse»? (1). Pero, ¿dónde fueron aquellos aplausos de «propios y extraños»? ¿Quién fabricó esa supuesta «aureola de respeto»?.

Crítica y propósitos.

Contra la mentira oficial, se alza el bloque de la crítica.

Silvela, destroza el falso prestigio del Código con el corrosivo de la ironía (2).

Armengol, le estigmatiza con el anatema del absurdo, comentando aquella triste frase: «nuestra patria se halla de lleno en el camino del progreso» (3).

Dorado Montero, dice que «su espíritu es de lo más arcaico que se conoce» (4).

Los Ministros de Gracia y Justicia se proponen y prometen la reforma del Código en los Discursos de Apertura de Tribu-

(1) Real orden 12 Mayo 1910, *Parte expositiva*.

(2) Elías Visiñá (pseudónimo), *El Código penal y el sentido común*, Madrid, Fe, 1886.

(3) *Ensayo de estudio de Derecho penal (Reformas necesarias en el Código vigente)*, Barcelona, J. Jepsus, 1894, pág. 1.

(4) *Código penal*, en *Enciclopedia jurídica española*, Barcelona, Seix, VI (1912), 604.

nales (1), y de ellos, once se decidieron a presentar otros tantos proyectos de reforma total del Código (2). Paralelamente, la Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, presenta otro, que alcanza sólo al libro primero (3).

De todas partes, lejos de la vida oficial, se alzan voces respetables pidiendo con urgencia la reforma del Código (4).

En los Congresos penitenciarios nacionales — que aquí sustituyen a los jurídicos — se plantea el problema. Así, el primero, celebrado en Valencia (23-30 Octubre, 1909), ofrece a la reforma del Código penal el primer tema de la primera sesión; recayendo sobre él conclusiones (5), y presentándose en él memorias importantes (6).

Digámoslo ahora lealmente, sinceramente: si pensamos en la reforma del Código penal, si nos esforzamos por lograrla, es porque entendemos que nuestro Código penal es detestable; porque creemos que la reforma del Código es una cuestión de decoro jurídico nacional.

El problema perfeccional.

Toda reforma, intentada o realizada, en una humana obra, en una ley o cuerpo de leyes, ¿qué significa? Expresa un anhe-

(1) C. Martín de Herrera, Disc. (15, Set. 1876), ediciones oficiales, págs. 11-12; C. Alvarez, Disc. (1878), págs. 8-20; J. Calderón Collantes (1880), págs. 9-17; M. Alonso Martínez (1881), págs. 5-6; F. Silvela (1884), págs. 8-13; J. Canalejas (1889), págs. 22-26; R. Fernández Villaverde (1890), págs. 7-20; J. Cos-Gayón (1892), págs. 7-42; F. Romero Robledo (1895), págs. 13-17; M. Vadillo (1900), págs. 22-25; J. García San Miguel (1901), pág. 41; F. Santos Guzmán (1902), págs. 19-25; C. Romanones, Disc. (1906), págs. 23-31; J. Ruiz Valarino (1910), págs. 26-51; D. Arias de Miranda (1912), págs. 12-14; M. Burgos Mazo (1915), págs. 51-63.

(2) Vid. adelante.

(3) *Proyecto de Código penal de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1891 (*Libro primero*).

(4) A. Vera y Aguilera, *Estudios sobre la nueva reforma del Código penal español*, Guadix, 1890; Villarraso y González, *Memoria sobre algunas reformas necesarias en la legislación penal española*, Loja, 1895. R. Castillo García y Soriano, *La reforma del Código penal español*, Avila, González, 1896, 2.ª ed., 1900.

(5) Vid. nuestra *Historia*, págs. 563 y 564.

(6) J. Rovira, *Oportunidad de las reformas en los sistemas penal y penitenciario de España*, Congreso de Valencia, Santiago, 1910.

lo, un esfuerzo de perfección. La reforma legal es, pues, una empresa de *perfección legal*. Es un acercamiento de la ley a su *ideal* móvil, en la filosofía jurídica, por el camino *real* de la vida del Derecho. Porque toda ley civil—sistemática cristalización de normas—obedece a sus normas constitucionales (la ley política fundamental), y toda ley histórica, que es alta definición de condiciones sociales, responde, a su vez, a condiciones vitales (la realidad histórica, básica).

Todo el *Derecho penal dinámico*—la llamada «Política criminal» (1)—no valdría más que una ciega impulsión locomotriz legislativa, si no significase tanto como conciencia antropológica y sociológica del legislador, al formular la definición del delito como estado individual de peligro social; al fijar la pena como adaptación civil del individuo y defensa política de la sociedad, en sus casos y en sus formas.

Es a saber: ciencia y virtud de la legislación criminal, ya que es, directamente, acercamiento del concepto a la realidad—la *verdad*—, y de la realidad a la idealidad modelo, inversamente. Esto es, la *perfección*. En su última equivalencia, política criminal puede traducirse por *ciencia de la perfección legal criminal*.

De un lado, el régimen, pregonado por la Constitución, cual pie forzado; en derredor el ambiente, que vive en las costumbres, como área de confinamiento; arriba, la metereología de las teorías, la ciencia influyente, a modo de nuevo astro. La ley penal ha de estar concordada con la Constitución del Estado, que en otro caso será *nula*; estará a tono con su propia realidad estructural y con la realidad de su tiempo, so pena de ser inorgánica e inadaptada, *anacrónica*; en fin, será reflejo fiel de las doctrinas reinantes, que, de otro modo, resultará *incientífica*.

La tendencia a la reforma de una ley puede fundarse, pues, en uno de esos tres motivos de estigma.

(1) Vid. nuestras *Adiciones a von Liszt*, I, 12-12, y II, 37-85. Conf. *Orígenes de la criminología*, págs. 445-506.

Parece ocioso añadir que la ley ha de responder a la universal preceptiva lógica; a saber, que, ni en el texto por el sentido, ni en el articulado por el precepto, envuelva contradicciones, antinomias.

La reforma del Código penal español es un problema de antinomias. El Código penal está en contradicción, juntamente, con la Constitución y consigo mismo, con la vida y con la ciencia. La reforma ha de ser, pues, una en la empresa, triple en el empeño. Se precisa una *reforma política*, una *reforma técnica* y una *reforma científica*.

I

LA REFORMA POLÍTICA (1)

Inadaptación.

El Derecho penal—se ha dicho—es «el termómetro de la libertad política» (Manzini). A todo movimiento político prelude o glosa un movimiento penal. Nuestro Código se desprendió de la nebulosa constitucional; y en la serie de sus fases, como Código pleno de vigencia—1822, 1848, 1850, 1870—, o en Proyectos—1811, 1831, 1834, 1839-40, 1868—, giran los Códigos y los Proyectos, así como satélites y cometas, alrededor de las Constituciones.

Siglo XIX.

<i>1.º y 2.º, Antreproyecto y Proyecto.</i> (Figuera de Vargas, 26, Marzo, 1811). (Comisión:—22, Abril, 1821).....	<i>1.ª Constitución</i> (19, Marzo, 1812)....	<i>1.er Código.</i> (9, Julio, 1822).
--	---	---------------------------------------

(1) Advertimos la ausencia de legislación extranjera comparada, en este capítulo, cuyo asunto es un problema jurídico nacional; le planteó la Constitución vigente y le agudizaron sus leyes derivadas. Nada, pues, tienen que ver, con esta cuestión nuestra, los Estados extranjeros; ni, en este aspecto, sus Códigos y Proyectos con los nuestros.

<p>3.º y 4.º, <i>Proyectos</i>. (Sainz de Andino, 31, Mayo, 1831). (Fernandino, 16, Abril, 1829). (Isabelino, 16, Julio, 1834).....</p>	<p>2.ª <i>Constitución</i>: <i>Estatuto real</i>.... } (10, Abril, 1834).. }</p>
<p>5.º, <i>Proyecto</i>. (Isabelino, 1, Octubre, 1836-40)...</p>	<p>3.ª <i>Constitución</i> (18, Junio, 1837)..... }</p>
<p>6.º, <i>Proyecto</i>. (Comisión, 10, Agosto, 1842). Lib. I, 20, Noviembre, 1844. (Gobierno provisional, 23, Diciembre, 1845)..</p>	<p>4.ª <i>Constitución</i> (6, Junio, 1845)..... } 2.º <i>Código</i>. (19, Marzo, 1848).</p>
<p>7.º, <i>Proyecto</i>. (Montero Ríos, 1868).</p>	<p>5.ª <i>Constitución</i>: <i>Acta adicional</i>.. } 3.º <i>Código</i> (Refor- (15, Septiembre, mado). (30, Junio, 1856). } 1850). 6.ª <i>Constitución</i>. } 4.º <i>Código</i>. (17, Ju- (1.º, Junio, 1869). } nio, 1870). 7.ª <i>Constitución</i>. } (30, Junio, 1876). }</p>

Modernamente, a la Constitución de 1869 corresponde el Código vigente de 1870. A la última, a la vigente Constitución de 1876, no ha seguido el consiguiente Código (1).

Nuestro Código penal resulta, así, *políticamente inadaptado*, y en algunas cuestiones, entre la Constitución y el Código, es manifiesta la contradicción.

El criterio legal en los delitos políticos, que resultaba de absoluta claridad en 1873, cuando Rivera Delgado daba a luz su obra clásica (2), viene a ser confuso a partir de 1876, con la Constitución, y sigue obscureciéndose más, con cada nueva ley, cada día.

Obra de la Revolución, nuestro Código penal resulta fatalmente inadaptado después del primer cambio político. Desentona, en lo político-religioso y en lo político-social, con la vigente Constitución y con las leyes. Se requiere, pues, una *reforma política parcial del Código penal*.

(1) *Historia*, págs. 458 y 459.

(2) *El criterio legal de los delitos políticos*, Madrid, González, 1873.

He aquí los proyectos modernos que la intentaron, por orden de fechas:

Proyectos de reforma política.

FECHAS	AUTORES	MATERIAS
R. O. 10 Mayo 1871. (Constitución de Comisión codificadora).....	F. Cárdenas (ministro)—C. Alvarez (presidente de la sección penal).....	Desconocidas.
Ley de 17, Enero, 1876 (Ordende reforma política); 1877-78 (Trabajos incompletos).		
1877. (Proyecto.)..	J. Estrada y M. Danvila.....	Delitos religiosos (Lib. II, tít. I, diez arts. nuevos); seguridad exterior (tít. II, cap. I, arts. 141, 142, suprimidos) independencia del Estado y seguridad interior; cap. II, arts. 144, 149, (tít. III, cap. I, seis arts. nuevos; 165, 166, 168, y 169, suprimidos; 176 modificado; 183, suprimido).
R. O. 25, Septiembre, 1879. (Proyecto, 14, Mayo, 1880).....	Aurióles (m.),—Comisión, (sec. 2. ^a).	Delitos religiosos (Lib. II, tít. I y II, nuevos); políticos (tít. III, IV, y V); falsedades (tít. VI); juegos y rifas (tít. IX); escala penal y vagancia (tít. X).
Senado. 17, Junio, 1880. (Proyecto anterior, con variantes.).....	S. Alvarez Bugallal (m. y corrector de los trabajos de la Comisión).	Imputabilidad, aplicación y efectos de las penas (Lib. I). Delitos religiosos (Lib. II, tít. I); contra la patria; seguridad interior y exterior y Constitución; nuevos atentados contra trenes en marcha y explosión de petardos.

He aquí, ahora, algunos ejemplos de inadaptación:

A) DELITOS RELIGIOSOS.

Los conceptos de libertad de cultos y de tolerancia, de irreligión social y de intervención, se oponen dentro de nuestra legislación vigente. La divergencia entre el Código constitucional y el Código penal y leyes posteriores, puede apreciarse comparando textos. Las palabras subrayadas expresan la antinomia (1).

a) *Perturbación de actos públicos de cualquier culto.*

CONSTITUCIÓN DE 1876

«Art. 11. La religión católica apostólica romana es la del Estado. La nación se obliga a mantener el culto y sus ministros.

»Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana.

»No se permitiran, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado.»

(Conf. R. O. 23 Octubre 1876 y L. 15 Junio 1880, art. 7.º núm. 2).

CÓDIGO PENAL DE 1870

«Art. 239. Incurrirán en las penas de prisión mayor en sus grados mínimo y medio los que tumultuariamente impidieren, perturbaren o hicieren retardar la celebración de los actos de *cualquier* culto en el edificio destinado habitualmente para ello, o *en cualquier otro sitio donde se celebraren.*»

(Conf. Const. 1869, art. 21, §§ 2.º y 3.º).

Como los actos de culto no católico no pueden ser celebrados «en cualquier sitio», esto es, fuera del «edificio destinado habitualmente para ello» (art. 239), porque la Constitución vigente no permite «otras ceremonias ni manifestaciones públi-

(1) Por si existe la duda—sincera o afectada—en la mente de algún penalista. Ejemplo: Dorado Montero, *Código penal*, en *Enciclopedia Setx*, VI 600, nota 2: «Por análogas razones, creen algunos que desde la Constitución de 1876, vigente, y en la cual se ha sustituido la libertad de cultos sancionada en 1869... se halla substancialmente modificada, ya que no virtualmente derogada, la sección tercera del Cap. II, Tít. II, Lib. II del Código de 1870: *Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos*, etc.»

cas que las de la religión del Estado» (art. 11, pár. últ.), la última hipótesis criminal del artículo 239 del Código penal no puede, jurídicamente, darse. Sobra, pues, por incongruente con la Constitución, la última línea de este artículo del Código. Los que tumultuariamente impidieren, perturbaren o hicieren retardar, la celebración de actos de un culto disidente, por ejemplo: en la vía pública, *no incurrén en ninguna de las penas de este artículo*. En cambio, incurrirán en ellas si perturbaren, etc., actos públicos del culto católico, que es «la religión del Estado».

Como se ve, el Código penal, en esta materia, concuerda doctrinalmente con la Constitución de 1869, donde se consagraban, de modo inconsecuente, los principios de libertad de cultos (1) y de no oficialidad de la religión. Nuevas corrientes políticas y sociales, en el sentido de tolerancia religiosa y de religión social, determinan el art. 11 de la Constitución de 1876, quedando inadaptado nuestro Código.

Quede aparte la cuestión de si el Estado moderno puede, como persona social, y debe o no, en cuanto poder representativo de individualidades heterodoxas, declarar una profesión de fe como propia y única.

Acaso en un porvenir próximo desaparezca esta antinomia, y antes que por reforma del Código, por obra de una nueva Constitución. La nueva incluiría una declaración de libertad de cultos en forma amplia, para todos —españoles y extranjeros—, suprimiendo la declaración religiosa de oficialidad. Nuestro protectorado de la «Zona de influencia española en Marruecos», supone ya aquella libertad. Desgraciadamente, la incredulidad religiosa, cada día más extendida en España, pondrá pronto a la religión católica en el caso de no codiciar por más tiempo esta

(1) Art. 21. «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. (¿Por qué, si no es la suya?)

El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantido a *todos los extranjeros* residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. (¿Cómo a los extranjeros, solamente?)

Si *algunos españoles* profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior. (¿Por qué causa con carácter excepcional?)

oficialidad constitucional, que no concuerda con la realidad consuetudinaria. Porque si lo absoluto metafísico se destruye ante los casos-negaciones, lo absoluto político se quiebra en los casos-tolerancias, reconocimiento legítimo de realidades hostiles. Y ni hay satisfacción de culto público frente a públicas repugnancias, ni legítimo orgullo de poderío religioso ante poderosas protestas. Porque el espíritu es de la estirpe de lo absoluto; y si un jefe de Corporación se niega a presidir cuando le falta la *confianza plena*, excepcionada por un solo miembro, un Dios, ¿puede querer seguir siéndolo de un pueblo donde se perdió la *fe íntegra*, ante la blasfemia de un solo ciudadano, sin general protesta?

La reforma, entretanto, exige sustituir «cualquier culto», por «culto católico».

b) *Coacción para el cumplimiento de deberes religiosos.*

La Constitución (art. 11, pár. 2.º) y el Código penal (lib. II, tit. II, cap. II, sec. 3.ª, *Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos*), en esencia, coinciden; mas, la fórmula constitucional incluye: «salvo el respeto debido a la moral cristiana.» Desarrollando el principio de la moral cristiana del trabajo, como *deber moral social obligatorio*, aparece la ley de 13 de Marzo de 1904, y con ella una antinomia con el Código penal, que castiga, como delito, la coacción para el cumplimiento de aquel *deber individual religioso libre*.

LEY DE DESCANSO DOMINICAL

«Art. 1.º. *Queda prohibido en domingo el trabajo material por cuenta ajena, y el que se efectúe con publicidad por cuenta propia en fábricas, talleres, almacenes, tiendas, establecimientos, etc.* (Conf. Reg. 19, Abril, 1905, art. 1.º).»

CÓDIGO PENAL

«Art. 238. *Incurrirán en la pena de...*

3.º *El que por los mismos medios (amenazas, violencias, apremios ilegítimos) le impidiere abrir su tienda, almacén u otro establecimiento, o le forzase a abstenerse de trabajos de cualquier especie en determinadas fiestas religiosas.»*

Si forzar al cumplimiento de propios deberes religiosos —la *coacción religiosa*— es un delito (1), ¿es lícito el coaccionar al cumplimiento de los deberes sociales legales? A la autoridad gubernativa y a sus agentes, sin duda; mas, la hipótesis criminal del Código se refiere a un particular. La transmutación de un deber religioso en deber civil, por obra de la ley de Descanso dominical —por lo que hace a la fiesta del domingo— cambia, pues, la naturaleza del delito.

La *coacción jurídica* para realizar un acto justo, es un delito (2); así, la apropiación violenta, en pago de una deuda (artículo 511).

Ahora, la coacción, no para ejecutar un acto moral o jurídicamente justo, sino para cumplir un deber legal, cuyo incumplimiento lleva sanción en una ley positiva, la *coacción cívica*, ¿es delito? Vayamos en busca de equivalencias. Análoga a la *coacción festival* —a guardar la fiesta del domingo en el descanso—, es la *coacción electoral*. El hecho de compeler a los electores para que ejerciten su derecho, contra su voluntad, si es en favor de «candidaturas determinadas», constituye delito (3); pero no si la presión se ejerce simplemente para votar, sin indicación de candidatura. Al menos, la ley electoral no prevé el caso, entre las «coacciones».

Camino de la reforma: el núm. 3.º del art. 238 del Código penal, que sanciona actos de coacción cívica, entre otros de coacción religiosa, no podría seguir en este lugar del Código.

(1) Art. 238. «Incurrirán en la pena de... 1.º El que por los medios mencionados en el artículo anterior (amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos) forzare a *un ciudadano* a practicar los actos religiosos o a asistir a las funciones del culto que *éste* profese.»

(2) Art. 510. «El que sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea *justo* o *injusto*, será castigado...»

(3) Ley de 8, Agosto, 1907, art. 67. «Todo acto, omisión o manifestación contrarios a esta ley... que tenga por objeto cohibir o ejercer presión sobre los electores para que no usen de su derecho, o *lo ejerciten contra su voluntad, a fin de que voten* o dejen de votar candidaturas determinadas, constituye delito de coacción electoral.»

Ese precepto está desplazado, de no añadirle el necesario complemento:

«... en determinadas fiestas religiosas, *no comprendidas en ellas los domingos* » (Conf. ley 3, Marzo, 1904, art. 1.º)

B) DELITOS POLÍTICOS.

Deberes individuales.—Entre los deberes declarados por la Constitución, el primero —antes que la *obediencia a la autoridad*— es el de *no impedir que se constituya legalmente*; esto, definitivamente o de modo provisional. Al establecer, la Constitución vigente, una nueva forma de regencia provisional de la jefatura del Estado, surge la discordia con el viejo Código. Véase:

CONSTITUCIÓN DE 1876

«Art. 70. Si no hubiere ninguna persona a quien corresponda de derecho la Regencia, la nombrarán las Cortes, y se compondrá de tres o cinco personas.

Hasta que se haga este nombramiento, gobernará provisionalmente el Reino el Consejo de Ministros.»

CÓDIGO DE 1870

«Art. 181. Son reos de delito contra la forma de Gobierno ...:

4.º *Privar al padre del Rey, o en su defecto a la madre, y en defecto de ambos al Consejo de Ministros de la facultad de gobernar provisionalmente al Reino hasta que las Cortes nombren la Regencia, cuando el Rey se imposibilitare para ejercer su autoridad, o vacare la Corona, siendo de menor edad el inmediato sucesor.»*

El Código reza a tono con la Constitución de 1869, que establecía otro régimen de Regencia provisional (1). La reforma puede hacerse siguiendo al Proyecto Bugallal (art. 187, número 4), reproducido en el Código de Filipinas (4, Septiembre, 1884) (2), y mejor al de Silvela (art. 197, núm. 4):

(1) «Art. 84. Hasta que las Cortes nombren la Regencia, será gobernado el Reino provisionalmente por el padre o en su defecto por la madre del Rey, y en defecto de ambos por el Consejo de Ministros.»

(2) «Art. 171, núm. 4.º Privar al Consejo de Ministros de la *facultad de gobernar provisionalmente el Reino*, hasta que la Regencia preste el juramento

«Art. 181, núm. 4 (reformado). Privar al Consejo de Ministros de la facultad de gobernar provisionalmente el Reino, hasta que el Regente preste juramento conforme al art. 69 de la Constitución, o las Cortes nombren la Regencia con arreglo al art. 70 de la misma.»

Derechos individuales.—La Constitución del Estado garantiza los «derechos individuales». Mas, ¿de qué modo? El *absolutismo liberal*, que nada reconoce anterior a esos derechos, calificados de «originarios», e ilegislables, ni superior a la voluntad humana, sino *la ley*, exige que los casos de excepción sean única y taxativamente fijados por las leyes. Este era el criterio de la Constitución de 1869, que declara a los derechos individuales, ni judiciales ni gobernables (1).

Más tarde, un liberalismo menos doctrinario, un *relativismo liberal*, que reconoce a los derechos como *legislables*, admite como superior a la voluntad humana la de *las autoridades*—judiciales, gubernativas, administrativas—, aplicando la ley, bajo sanción, en los casos de excepción a la garantía de los «derechos». Esta es la doctrina de la Constitución vigente de 1876.

El desacuerdo es patente, y basta parangonar dos textos ejemplares:

CONSTITUCIÓN DE 1869

«Art. 22. No se establecerá, ni por las leyes ni por las autoridades, disposición alguna preventiva que se refiera al ejerci-

CONSTITUCIÓN DE 1876

«Art. 14. Las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que

conforme a la Constitución.» (*Código penal y ley provisional para la aplicación de las disposiciones del mismo en las Islas Filipinas*, Madrid, Munera, 1886; *Conf. Exposición de la comisión codificadora*, pág. 25). Bugallal lo reprodujo del anterior para Cuba y Puerto Rico, de 21, Mayo, 1879, en su arr. 169, núm. 4.º (*Código penal de 1879, para las islas de Cuba y Puerto Rico y ley provisional, etcétera; Concordado con las legislaciones romanas, patria y extranjeras*, por A. Orozco, Habana, Montiel imp. 1879, pág. 35).

(1) Art. 22, párrafo 2.º «...Determinarán asimismo la responsabilidad civil y penal a que han de quedar sujetos, según los casos, los Jueces, Autoridades y funcionarios de todas clases, que atenten a los derechos enumerados en este título.» *Conf. ley orgánica*, arts. 245 y sigs.; *Código penal*, arts. 204 y sigs.

cio de los derechos definidos en este título (Título I).»

este título (Título I) les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la Nación, ni de los atributos esenciales del Poder público.»

En consonancia con el *maximalismo liberal* de la Constitución del 69, establece el Código penal de 1870 sus sanciones sobre delitos políticos. Mas, vigente un régimen constitucional de moderado *liberalismo minimalista*, autorizadas por la Constitución de 1876, y votadas por las Cortes leyes reguladoras—esto es, «preventivas», intervencionistas—, numerosos delitos políticos, que lo serían a base de la Constitución del 69, que lo son según el Código del 70, —los «Delitos contra la Constitución» (lib. I, tít. II), entre los «cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales» (tít. II, cap. II) y «por los empleados públicos» contra el ejercicio de esos «derechos»—, han dejado de serlo.

La razón es obvia: obrando los «empleados públicos» «contra el ejercicio de los derechos individuales garantidos por la Constitución», pero de conformidad con aquellas «reglas oportunas» de las leyes reguladoras, no cometen delito.

He aquí algunos ejemplos:

a) *Expropiación ilegal.*

El primero de los derechos individuales—después del derecho a la vida—, el más *básico*, es el «derecho de propiedad». La Constitución declara abolida la confiscación; el Código penal castiga la expropiación ilegal como delito. Mas, véase la diferencia:

CONSTITUCIÓN

«Art. 10. No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser priva-

CÓDIGO PENAL

«Art. 228. El funcionario público que expropiare de sus bienes a un ciudadano o extranjero

do de su propiedad sino *por autoridad competente* y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización, etc.» para un servicio u obra pública a no ser *en virtud de sentencia o mandamiento judicial* y con los requisitos prevenidos en las leyes, incurrirá en las penas de...»
(Conf., L. 27, Diciembre 1878).

El texto del Código penal reza a coro con el Decreto de 12 de Agosto de 1869 (1), en armonía con la Constitución de aquel año; ésta, con su doble precepto de garantía a la propiedad (2) y prohibición de la expropiación (3).

Mas la legalidad vigente en materia de expropiación —continuando la tradición legislativa de 1836, Reglamento de 27, Julio, 1853, ley de 27, Diciembre, 1876, decreto de 3, Febrero, 1887— es la ley de 10 de Enero de 1879; y según ella, la «autoridad competente» es la Administración (4).

Y hoy resulta que el funcionario público «que expropiase de sus bienes a un ciudadano —¿español?— o extranjero para un servicio u obra pública», y no «en virtud de sentencia o mandamiento judicial», *no delinque*, si él es «autoridad competente», ya que lo es, según la ley vigente, la autoridad administrativa (5).

Por donde no queda en vigor, del art. 228 del Código penal,

(1) Dictado para poner de acuerdo con la vieja ley de 17 de Julio de 1836 a la Constitución de 1869. En él se establecía la vía contenciosa como correctivo de la gubernativa, y la tasación por la judicial.

(2) Art. 13. «Nadie podrá ser privado, temporal o perpetuamente, de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de *sentencia judicial*. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables del daño causado.»

(3) Art. 14. «Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de *mandamiento judicial*, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado.»

(4) Ley citada, arts. 10-13.

(5) Desconocen esta antinomia y, por consiguiente, niegan el conflicto de leyes: el T. S. (Sent. 18, Marzo, 1880) y Viada, *Código penal*, 4.ª ed., Madrid, 1890, II, 147, 148. El mismo T. S. (Sent. 25, Enero, 1887), reconoce que el fundamento (del art. 228) no está estrictamente conforme con el art. 10 de la Constitución de la Monarquía, que no limita al poder judicial, como la de 1869, bajo cuyo imperio se publicó el Código penal, la intervención precisa del poder público en los casos en que alguno debe ser privado de la propiedad. La conoce y demuestra, E. Bravo, *Legislación penal especial*, Madrid, Núñez, 1884; I, 37-63.

sino la sanción debida contra el «funcionario público», que —en el supuesto, no expresado, de autoridad competente—, «expropiare a un ciudadano o extranjero para un servicio u obra pública» sin «los requisitos prevenidos en las leyes».

La reforma debida puede hacerse en estos términos:

«Art. 228 (reformado). El funcionario público que *no siendo autoridad competente* (Const. art. 10), expropiare a un ciudadano español o extranjero para un servicio u obra pública, *o siéndolo, lo hiciere sin los requisitos prevenidos en las leyes*, incurrirá en las penas de ...»

(Conf. L. 10, Enero 1879, art. 13.)

b) *Prisión ilegal.*

El más *político* de los derechos individuales, inicio activo de todos los otros, es la «libertad de libre tránsito», cuya base constitucional es la garantía de indetención, que, en sus dos momentos, comprende: la no detención, sino a causa de delito, y la no prisión, a no ser motivadamente. Las leyes penales y las procesales, desenvolviendo el precepto constitucional, fijan: aquéllas, los «casos»; éstas, las «autoridades competentes» y las «formas legales». Pero la misma Constitución ha querido marcar, previamente, la fijeza de un plazo. Para la definición del delito, que significa su infracción, este plazo se repite en la ley penal sustantiva y en la adjetiva. Mas, todo señalamiento de plazo es cronología, y si el señalamiento es múltiple, se precisa, para la coincidencia puntual, que cada uno tome, como punto de partida cronológico, el horario de un mismo suceso (1).

(1) El art. 4.º, § 3.º de la Constitución y el 214, núm. 1.º del Código, coinciden, con diversidad de fórmulas:

Const. art. 4, § 3.º «Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez Competente.» (Conf. Crim. artículo 497: «a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado».)

Cód. art. 214, núm. 1.º «La Autoridad judicial que no pusiere en libertad o no constituyere en prisión, por auto motivado, al ciudadano detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes a la en que aquel hubiese sido puesto a su disposición.»

Véase la discordancia:

CONSTITUCIÓN DE 1876

«Art. 5, § 2.º El auto en que se haya dictado la prisión se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al *acto de la prisión.*»

(Conf., Crim., art. 516).

CÓDIGO DE 1870

«Art. 214. Incurrirán en la pena de ...:

2.º La autoridad judicial que no ratificare el auto de prisión o no le dejare sin efecto dentro de las setenta y dos horas siguientes a *la en que aquél hubiere sido dictado.*»

Las setenta y dos horas rígidas, cuyo plazo máximo infranqueable significa para el juez la perspectiva de una pena de suspensión, empiezan a contarse: según la Constitución, desde el momento en que la prisión se llevó a efecto (ej.: el día 25 de Abril a las ocho de la mañana); para el Código, antes: desde la hora en que se dictó el auto de prisión. ¿Cuándo? Si la persona contra quien se dicta auto de prisión estaba detenida (Crim. 499), el auto de prisión dictado y el acto ejecutado de la prisión—supuesta la diligente ejecución por parte del alguacil y del alcaide (Crim. 505)—, son sucesivos, y esta es la hipótesis unilateral del Código. Ahora, si el procesado no estaba detenido, aunque se hallare en la localidad de su domicilio; pero si «no fuere habido en su domicilio y se ignorase su paradero» (Crim. 512), ¿puede el juez ratificar el auto de prisión? No, porque la ley le exige, para ello, que sea «oído el presunto reo» (Crim. 516). ¿Delinque si no lo ratifica «dentro de las setenta y dos horas siguientes»? Según el Código, sí; pero como su texto se halla en contradicción con el de la Constitución y el de la ley Procesal, y con la realidad misma, he aquí, de una parte, un *delito constitucional sin adecuada sanción penal*; de otra, un *delito legal sin base constitucional*, y, por lo tanto, nulo (1).

Así lo vino a entender—sin precisión y sin valentía—la Fiscalía del Supremo, resolviendo en consulta que: «si un Juez de instrucción cuenta el tiempo para ratificar el auto de prisión

(1) El simplicísimo Viada encuentra que: «sobre las disposiciones de dichos números... no pueden ofrecerse dudas ni vacilaciones» (ob. cit., II, 127).

desde la fecha en que fué *notificado* al procesado, es preciso, para que se considere que hay delito, se pruebe que el Juez incurrió maliciosa y voluntariamente en este error.» (*Cons.*, 24 Junio, 1898.)

En este caso, el legislador del Código ha precisado el esfuerzo de una lamentable iniciativa para ponerse, a un tiempo, frente a la legalidad constitucional de 1869 (1), a la de 1876, y a la realidad. En este punto las dos Constituciones coinciden. La ley de Enjuiciamiento criminal coincide (2), asimismo.

He aquí cómo puede hacerse la reforma:

«Art. 214 (reformado). Incurrirán en la pena de ...:

2.º La autoridad judicial que no ratificare el auto de prisión o no le dejare sin efecto, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes *al acto de la prisión.*»

c) *Violación del domicilio.*

La más *civil*, y una de las más preciadas de nuestras libertades — la libertad de domicilio —, aparece defendida diversamente por la Constitución y por el Código.

Véase la antinomia:

CONSTITUCIÓN Y LEYES POSTERIORES

«Art. 6.º Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto *en los casos* y en la forma expresamente *previstos en las leyes.*» (*Conf. Crim.*, 545).

CÓDIGO PENAL

«Art. 215. Incurrirán en las penas de ...:

1.º El funcionario público que no siendo autoridad judicial y no estando en suspenso las garantías constitucionales entrare en el domicilio de un español o ex-

(1) Art. 1.º «Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El auto por el cual se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes *al acto de la prisión.*»

(2) Ley de 17, Septiembre, 1882, art. 516. «El auto (de prisión) se ratificará en todo caso o se repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes *al acto de la prisión.*»

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL
(17 Septiembre 1882).

«Art. 546. El Juez o el Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares... *cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos e instrumentos del delito o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.*»

«Art. 550. Podrá, asimismo, ... en domicilio de cualquier español o extranjero ... a falta de consentimiento *en virtud de auto motivado, etc.*» (1).

«Art. 553. Los agentes de policía podrán asimismo proceder *de propia autoridad* al registro (por lo tanto a la entrada), de un lugar habitado, cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura.»

tranjero sin su consentimiento, a no ser *en los casos* y con los requisitos *previstos en los párrafos 1.º y 4.º del art. 5.º (hoy 6.º) de la Constitución.*» (Casos de «incendio, inundación, u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro» y «delincuente hallado *in fraganti*, perseguido por la autoridad o sus agentes se refugiase en su domicilio ...», o en «domicilio ajeno», previo «requerimiento al dueño de éste»).

En un lugar se enumeran los casos únicos posibles de violación de la libertad de domicilio, de modo que, salvo el de persecución de un delincuente, y precisamente sorprendido *in fraganti*, no podrá ser lícita la entrada. En el otro, bastan «indicios» de existencia posible de «efectos del delito» para que la entrada se justifique; de donde unas cláusulas excepcionales han pasado, de la solemnidad de la Constitución, al secreto de un auto.

Varias sentencias del Tribunal Supremo (19, Octubre, y 19, Noviembre, 1883; 29, Diciembre, 1886, y otras), en el sentido de casar sentencias condenatorias, basadas en él, han puesto el *inri* a este artículo.

(1) Por el Reg. de 2, Agosto, 1852 (*Guardia civil*), se autoriza a ésta a «entrar, si lo cree conveniente para su servicio, a cualquiera hora del día y de la noche en las ventas y casas situadas en despoblado, cuando haya motivo para *sospechar* que se abriga en ellas algún malhechor o delincuente» (art. 36, núm. 4.º).

Ahora, he aquí el absurdo, patentizado por la antinomia:

CÓDIGO PENAL

«Art. 16. Son encubridores los que intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

4.º Denegando el cabeza de familia a la *autoridad judicial* el permiso para *entrar de noche en su domicilio* a fin de aprehender al delincuente que se hallare en él.»

CÓDIGO PENAL

«Art. 216. *La autoridad judicial* que fuera de los casos previstos en los párrafos 1.º y 4.º del art. 5.º (hoy 6.º) de la Constitución (los indicados), y no estando en suspenso las garantías constitucionales *entrare de noche en el domicilio* de un español o extranjero sin su consentimiento, incurrirá en la pena de ...»

Según este curioso paralelismo de deberes, si el ciudadano niega el consentimiento a la autoridad judicial para entrar de noche en su domicilio y la autoridad judicial entra, *delinquen los dos*: el ciudadano, como encubridor (art. 16, núm. 4); el juez, como violador de un derecho individual (art. 216).

Pero, si el ciudadano delinque, negando el permiso, es que él tenía el *deber de otorgarle*; y si el ciudadano tenía este deber, el juez tenía el *derecho a entrar*. ¿Dónde está la razón de este delito?

La reforma puede hacerse así:

«Art. 215 (reformado). Incurrirán en las penas de:

1.º El funcionario público que, no estando en suspenso las garantías constitucionales, *entrare en el domicilio* de un español o extranjero sin su consentimiento, a no ser *cuando en persecución de un criminal hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o los efectos e instrumentos del delito o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.*» (Conf. L. Enj. crim., art. 546), y *en todo caso en virtud de mandamiento o de auto motivado.* (Conf. L. cit., art. 550).

d) *Prohibición, impedición y disolución ilegal de reuniones.*

La más *política* de las libertades individuales es el derecho de reunión, origen de todas las conquistas democráticas. Mas, si el Código le sanciona incondicionalmente — aparte la excep-

ción de «reuniones o manifestaciones no pacíficas» —, la Constitución, luego de una declaración escueta, le garantiza sólo mediante el cumplimiento de «las reglas legales», que estimarán «autoridades competentes».

He aquí la antinomia:

CONSTITUCIÓN

«Art. 13. Todo español tiene derecho:

De reunirse pacíficamente.»

«Art. 14. Las leyes dictarán las *reglas oportunas* para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la nación ni de los atributos esenciales del Poder público, etc.»

LEY 15 DE JUNIO DE 1880
(*Reuniones*)

«Art. 1.º El derecho de reunión pacífica que concede a los españoles el art. 13 de la Constitución puede ejercitarse por todos, sin mas *condición*, cuando la reunión haya de ser pública, que la de dar, los que la convoquen, *conocimiento escrito y firmado del objeto, sitio, día y hora de la reunión, veinticuatro horas antes al gobernador civil en las capitales de provincias, y a la autoridad local en las demás poblaciones.*

Art. 3.º Las reuniones públicas, procesiones cívicas, séquitos y cortejos de igual índole, *necesitan para celebrarse en las calles, plazas, paseos, o cualquiera otro lugar de tránsito el permiso previo y por escrito de las Autoridades indicadas en el art. 1.º*»

CÓDIGO PENAL

«Art. 229. Serán castigados ...:

1.º El funcionario público que no estando en suspenso las garantías constitucionales, prohibiere o impidiere a un ciudadano, no detenido ni preso, concurrir a *cualquiera reunión o manifestación pública.*»

«Art. 230. El funcionario público que impidiere por cualquier medio la celebración de una reunión o manifestación públicas, de que tuviere conocimiento oficial, incurrirá en la pena de ...»

«Art. 231. Serán castigados ...:

1.º El funcionario público que ordenare la disolución de alguna reunión o manifestación pacífica.»

Como se ve, «el funcionario público que no estando en suspenso las garantías constitucionales, prohibiere o impidiere a un

ciudadano, no detenido ni preso, concurrir a cualquiera reunión o manifestación pública», *no incurre en delito* si aquélla se había convocado o celebrado sin obedecer a las «reglas oportunas», a que alude la Constitución; si no se cumplió la «condición» del «conocimiento escrito y firmado», y lo mismo si «impidiere la celebración», cuando no se obtuvo el «permiso previo», si la reunión se hubiere de celebrar en la vía pública, e igualmente si «ordenare la disolución», en estos casos; por más que se celebren aquéllas con «conocimiento oficial» (pero sin permiso), y éstas fueren «pacíficas» (pero sin conocimiento).

El Código penal sigue a su modelo, la Constitución de 1869 (1).

La reforma puede hacerse de este modo:

«Art. 129 (reformado). Serán castigados: ...

1.º El funcionario público que, no estando en suspenso las garantías constitucionales, prohibiere o impidiere a un ciudadano, no detenido ni preso, concurrir a *reuniones o manifestaciones públicas pacíficas, si fueron convocadas con conocimiento de la autoridad, en la forma exigida por la ley de Asociaciones, y el permiso previo y escrito en su caso.*»

«Art. 230 (reformado). El funcionario público que impidiere por cualquier medio la celebración de una reunión o manifestación pública de que tuviere conocimiento oficial, y *con los demás requisitos exigidos por las leyes*, incurrirá en la pena de ...»

«Art. 231 (reformado). Serán castigados: ...

1.º El funcionario público que ordenare la disolución de alguna reunión o manifestación pacífica, *convocada con las condiciones referidas en los artículos anteriores.*»

e) *Impedición, prohibición y suspensión ilegal de Asociaciones.*

De las libertades, ninguna tan *moderna*, tan de nuestros tiempos, como la libertad de asociación, base del progreso so-

(1) Art. 17. «Tampoco podrá ser privado ningún español... del derecho de reunirse pacíficamente.»

Art. 18. «Toda reunión pública estará sujeta a las disposiciones generales de policía. Las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrán celebrarse de día.»

cial. El Código sanciona, penalmente, su violación, de modo análogo a como lo hace con la de reunión, pero muy vagamente. La Constitución se refiere a la ley, y ésta condiciona, con su cumplimiento, aquella garantía. Véase:

CONSTITUCIÓN

«Art. 13. Todo español tiene derecho :

De asociarse para los fines de la vida humana.»

«Art. 14. Las leyes dictarán las *reglas oportunas*, etc.»

LEY DE 30 JUNIO 1887

(Asociaciones.)

«Art. 1.º El derecho de asociación que reconoce el art. 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, *conforme a lo que preceptúa esta ley.*»

«Art. 3.º Sin perjuicio de lo que el Código penal disponga relativamente a los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio del derecho de asociación, o *por la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la presente ley* para que las asociaciones se constituyan o modifiquen, el Gobernador de la provincia *impedirá que funcionen y que celebren reuniones los asociados*, poniendo los hechos en conocimiento del Juzgado de instrucción correspondiente, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acuerdo.»

CÓDIGO PENAL

«Art. 229. Serán castigados :...

2.º El funcionario público que, en el mismo caso (no estando en suspenso las garantías constitucionales) le impidiere (al ciudadano) o prohibiese formar parte de *cualquiera asociación, a no ser alguna de las comprendidas en el art. 198 de este Código.*»

«Art. 230. El funcionario público que *impidiere*, por cualquier medio, ... la fundación de *cualquiera asociación que no esté comprendida en el art. 198 de este Código*, o la celebración de sus sesiones, a no ser las en que se hubiere cometido alguno de los delitos penados en el título 3.º, lib. 2.º del mismo.»

«Art. 231. Serán castigados :...

2.º El funcionario público que ordenare la suspensión de *cualquiera asociación no comprendida en el art. 198 de este Código.*»

Como se vé, «el funcionario público (Gobernador), que impidiere por cualquier medio ... la celebración de sus sesiones (de cualquier asociación ilícita que no esté comprendida en el art. 198 de este Código), y sin ser «las en que se hubiere cometido alguno de los delitos penados en el tít. III, lib. II, del mismo» *no delinque*, si la impedición para «que funcione y que ce-

lebre sesiones los asociados», se funda, no en delitos cometidos, sino en la «falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, para que las asociaciones se constituyan o modifiquen.» Y he aquí un artículo del Código, el 230, que a pesar de las previsiones del legislador de 1887, en su art. 3.º, al principio, queda sin eficacia penal después de la ley de Asociaciones.

Ahora, ¿cuándo una sociedad es *ilícita*? En consecuencia, ¿cuándo puede disolverse? He aquí un parangón entre la ley y el Código:

LEY DE ASOCIACIONES

«Art. 15. La Autoridad judicial... deberá acordarla en las sentencias en que declare *ilícita* una asociación.

Podrá *también* decretarla en las sentencias que dicte contra los asociados por delitos cometidos por los *medios* que la asociación les proporcione, teniendo en cuenta, en cada caso, la naturaleza y circunstancias del delito, la índole de los medios empleados y la intervención que la asociación haya tenido en el empleo de dichos *medios* y en los hechos ejecutados.»

Se trata, pues, de la facultad concedida al Juez para suspender *asociaciones no ilícitas*; si sus asociados delinquieron utilizando medios lícitos, ilícitamente empleados. Por donde el concepto de ilicitud social se amplía, extendiéndose — a través de el concepto de *responsabilidad causal* — a todas las asociaciones posibles. De este concepto hizo uso la ley 10, Julio, 1894 (explosivos), para declarar ilícitas «las asociaciones en que *de cualquier forma se facilite la comisión*, etc.» (art. 8.º).

CÓDIGO PENAL

«Art. 198. Se reputan asociaciones *ilícitas* :

1.º Las que por su objeto o circunstancias sean *contrarias a la moral pública*.

2.º Las que tengan por objeto *cometer* alguno de los *delitos* penados en este Código.»

(Falta la sanción.)

Mas, el Código penal nacía imperfecto; pues la Constitución de 1869 autorizaba ya la suspensión, por la autoridad gubernativa, y la disolución por los Tribunales, de las asociaciones cuyos individuos delincan por los *medios* que ellas les proporcionen(1). El proyecto Silvela acudía, en remedio de esta deficiencia, desde el lib. I, cap. II, al tratar de las *Personas responsables criminalmente* (2).

Además, la ley político-administrativa supone o reclama, de la penal, sanciones que no conoce nuestro Código. Veamos:

LEY DE ASOCIACIONES

CÓDIGO PENAL

«Art. 3.º Sin perjuicio de lo que el Código penal disponga relativamente a los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio del derecho de asociación, o por la *falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la presente ley* para que las asociaciones se constituyan o modifiquen, etc.»

Artículos: 198-201 (los particulares).

Artículos: 229, 231, 232, 234, 235 (los funcionarios públicos).

(No hay sanción.)

La enumeración del art. 198 del Código resulta *incompleta*, y en cierto modo, en cuanto sirve de único control jurídico a los artículos 229 al 231, *nula*; ya que se dan casos de difusión de la responsabilidad individual en la social, que desarticulan la mequindad del concepto de sociedad ilícita, según el Código.

Y como la *suspensión* es trámite previo «desde el instante

(1) «Art. 19. A toda asociación, cuyos individuos delinquieran por los *medios* que la misma le proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti los reos al juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos *medios* comprometan la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley.»

(2) «Art. 25, § 2.º Pero cuando los delitos cometidos por individuos que constituyan una entidad o personalidad jurídica, o forme parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, sean ejecutados por los *medios* que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales... decretarán en la sentencia la supresión de las funciones de la personalidad jurídica, sociedad, *corporación* o *empresa*, o su disolución o supresión, según proceda.» Suprimido en el *Dictamen de la Comisión*, Vid. *Diario de Sesiones*, ap. 2.º al núm. 128 (18, Abril, 1885), página 7.

en que dicte (la autoridad judicial) auto de procesamiento por delito que dé lugar a que se acuerde la disolución en la sentencia» (Ley, art. 14), la sanción al art. 231, núm. 2.º contra «el funcionario público que ordenare la suspensión de cualquier asociación no comprendida en el art. 198 de este Código», resulta vana; ya que la suspensión, previa de disolución, alcanza, como ésta, a las asociaciones no ilícitas, cuyos miembros cometieron delitos.

¿Qué son asociaciones ilícitas?

Sobre la pobreza del concepto legal se alza el sentido total jurídico. No se trata sólo de que estén constituidas las asociaciones conforme a su ley —licitud administrativa—, ni de que sus actos no sean contrarios a la ley común—licitud moral o social—, sino de que sus asociados no presten juramento de obediencia y fidelidad a una autoridad propia, como superior a la autoridad civil. Este es el concepto político-jurídico de licitud, el más importante.

La reforma del Código podría hacerse en este sentido:

«Art 198 (reformado). Se reputan asociaciones ilícitas:

.....

2.º Las que tengan por objeto cometer algunos de los delitos penados en este Código, *y aquellas cuyos asociados cometieren delitos valiéndose de los medios que la asociación les proporcione.*

3.º *Aquellas a cuyos asociados se exija juramento o promesa de obediencia o fidelidad a una autoridad propia, como superior a la autoridad civil.*

Son asociaciones ilegales:

1.º *Las que no fueron constituidas o modificadas de acuerdo con los requisitos exigidos por las leyes, incluyendo la presentación de cifras o claves.*

2.º *Las que, en su funcionamiento no cumplan los preceptos legales relativos a registro de nombres y libros de contabilidad (Ley, art. 10), o a reclamación de la autoridad, no exhiban en el libro de actas sus acuerdos, o empleen, para su correspondencia, cifras o claves no registradas.»*

De esta suerte, reformado así el art. 198, quedan implícitamente reformados—y válidos—los anteriormente citados: el 229, el 230 y el 231.

f) *Exacciones ilegales, falsas defraudaciones y verdaderas estafas.*

Junto al deber individual de «contribuir, en proporción de sus haberes, para los gastos del Estado, de la provincia y del Municipio», la Constitución establece el derecho individual límite: «*Nadie está obligado a pagar contribución que no esté votada... legalmente.*»

Entre los «delitos cometidos (que pueden cometer) (1) los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución» —C. pen. lib. II, tit. II, Sec. 2.^a—están los de «exacciones ilegales» (arts. 223-227). El Código prevé y sanciona aquí las más raras y agudas formas de ese delito, que consiste en *cobrar impuestos no votados*; a reserva de castigar, después, en otro título (tit. VII, cap. XI, art. 413), su forma más habitual.

Pero el legislador penal, en su camino, pierde el punto de referencia constitucional, para preocuparse del paradero personal de las cantidades cobradas, y al fijar una extraña figura de defraudación, entre el coro de delitos políticos, incurre en una dificultad práctica.

El caso es curiosísimo. El legislador anatematiza al Ministro de la Corona que manda pagar, indebidamente, «un impuesto del Estado no votado o autorizado por las Cortes» (art. 223); «a la Autoridad que mandare pagar un impuesto provincial o municipal, no aprobado legalmente, etc.» (art. 224); «a los funcionarios públicos que (les) exigieren a los contribuyentes» (art. 225).

(1) Sin llegar a la REFORMA TÉCNICA, que viene a continuación, es fuerza rectificar alguno de estos *idiotismos jurídicos*. Cada sanción penal es una hipótesis criminal. El legislador supone que se cometerán estos o los otros delitos por si se cometen, y para cuando lleguen a realizarse, establece penas.

Ese dinero, cobrado indebidamente, está manchado de iniquidad. No debió cobrarse; mal podía ingresarse en el Tesoro aquello que la injusticia cobró. Mas el legislador crea, ya penado como exacción, un *falso delito de defraudación* (Vid. tít. VII, capítulo XI), que no pudiendo castigar como tal, pena como *verdadera estafa*, en grado máximo.

La Constitución le dice al ciudadano que no está obligado a pagar impuestos ilegales; el Código le dice al funcionario que está obligado al ingreso de los impuestos ilegales.

CONSTITUCIÓN

«Art. 3, § 2.º Nadie está obligado a pagar contribución que no esté votada por las Cortes o por las Corporaciones legalmente autorizadas para imponerla.»

CÓDIGO PENAL

«Art. 226. Si el importe cobrado (por exacción ilegal) no hubiere entrado, según su clase, en las cajas del Tesoro, de la provincia o del Municipio, por culpa del que lo hubiere exigido, será este castigado como estafador, (1) con el grado máximo de la pena que como tal le corresponda.»

Es un falso delito político, que debe desaparecer de este lugar. La reforma sería absoluta y negativa; esto es, de supresión, en este caso.

Viejos delitos constitucionales.

Cada constitución política es un *Código enciclopédico-jurídico*. Es, juntamente, una ley política fundamental y orgánica, más una esquemática ley civil, sin desenvolvimientos, y un pequeño cuerpo legislativo penal, sin sanciones. Es, la Constitución, una enciclopedia jurídico-legal constituyente.

Toda ley fundamental del Estado es: en la relación jurídica afirmativa, una ley civil en promesa; en la relación jurídica negativa, una ley penal en programa.

(1) También «el hecho de expedir y cobrar un recaudador de Contribuciones cédulas personales a quienes ya las tenían», constituye el delito de estafa — artículo 548, núm. 1.º—, según Real decreto resolviendo competencia de 3 de Octubre de 1904.

Cada Constitución significa, en este aspecto: el *presupuesto político de un Código penal*.

He aquí, descendientes directos de la Constitución, los *delitos constitucionales*, que el Código penal sanciona. Ahora, como no se promulgan a un tiempo la Constitución y el Código de los delitos y las penas, a veces ocurre que, si aquélla es posterior a éste, existen, perfectamente asegurados en el Código— hecho a la medida política de una Constitución derogada—, *viejos delitos constitucionales*, que lo son todavía según el Código, que no lo son ya en vista de la nueva Constitución; esto es, *sanciones penales sin delito constitucional*.

He aquí un ejemplo:

Responsabilidad ministerial.

La Constitución de 1869 obligaba a reunir las Cortes a fecha fija, y exigía duración determinada en tenerlas abiertas, y prohibía cerrarlas sin su consentimiento (1). La vigente de 1876 no precisa ni exige tanto. He aquí el paralelo, que revela desarmonía:

CONSTITUCIÓN DE 1876

«Art. 48. La persona del rey es sagrada e inviolable.

Art. 49. Son responsables los ministros.

Art. 32. Las Cortes se reúnen todos los años. Corresponde al rey convocarlas, suspender, cerrar sus sesiones y disolver simultánea o separadamente la parte electiva del Senado y el Congreso de los diputados, con

CÓDIGO PENAL DE 1870

«Art. 166. Incurrirán en la pena de relegación temporal los ministros; 1.º Cuando el rey no cumpliera con el precepto constitucional de reunir las Cortes todos los años, *convocándolas, a mas tardar para el día 1.º de Febrero*. 2.º Cuando el rey no cumpliera con el precepto constitucional de tenerlas *reunidas a lo menos cuatro meses*

(1) *Const. de 1869*, art. 42. «Las Cortes se reúnen todos los años. Corresponde al rey convocarlas, suspender y cerrar sus sesiones y disolver uno de los Cuerpos legisladores o ambos a la vez.

Art. 43. Las Cortes estarán reunidas a lo menos cuatro meses cada año, sin incluir en este tiempo el que se invierta en su constitución. El rey las convocará, *a mas tardar, para el día 1.º de Febrero*.

Art. 46. No podrá estar reunido uno de los Cuerpos colegisladores sin que lo esté también el otro, excepto el caso de que el Senado se constituya en tribunal.

la obligación en este caso, de convocar y reunir el Cuerpo o Cuerpos disueltos dentro de tres meses.

Art. 38. No podrá estar reunido cada uno de los dos Cuerpos Colegisladores sin que también lo este el otro: exceptuándose el caso en que el Senado ejerza funciones judiciales.»

cada año, sin incluir en este tiempo el que invirtieren en su constitución. 3.º Cuando estuviere reunido uno de los Cuerpos Colegisladores sin estarlo el otro, excepto el caso de que el Senado se constituya en tribunal. 4.º Cuando firmare Real Decreto de disolución de uno o de ambos Cuerpos Colegisladores, que no tenga la convocatoria de las Cortes para dentro de tres meses. 5.º Cuando firmaren decreto suspendiendo las Cortes, sin consentimiento de estas mas de una vez en una legislatura.»

Existen, pues, casos de responsabilidad ministerial que, siendo delitos según el Código—un Código que marcha a un compás político retardado—, no lo son según la Constitución. Son *falsos delitos constitucionales*; son delitos penales nulos.

La reforma ha de hacerse limitándose a reproducir las palabras del Código en el orden de la Constitución y dentro de sus límites de vigencia.

«Art. 166 (refundido). Incurrirán en la pena de relegación los ministros: 1.º Cuando el rey no cumpliera con el precepto constitucional de reunir las Cortes todos los años. 2.º Cuando firmare Real Decreto de disolución de uno o de ambos Cuerpos Colegisladores que no tenga la convocatoria de las Cortes para dentro de tres meses. 3.º Cuando estuviere reunido uno de los Cuerpos Colegisladores, sin estarlo el otro, excepto el caso en que el Senado se constituya en tribunal.»

Nuevos delitos constitucionales.

A cada cambio de régimen nacen, con la *protección legal de nuevos intereses*, nuevos delitos; cada Constitución es un plantel de delitos políticos. En ningún caso es tan cierto el axioma de Bentham: «La ley hace el delito». El Código fundamental, al afirmar un régimen, protege, políticamente, determinadas instituciones sociales. El atentado contra una institución

social, protegida por el Estado, es un nuevo *delito constitucional*. Mas, si el Código penal es anterior, no lo sanciona, y he aquí un *delito constitucional sin sanción penal*.

A) DELITOS CONTRA LA RELIGIÓN DEL ESTADO

Según la Constitución del 76, la religión católica — antes equivalorada con las otras, en la de 1869. «libertad de cultos» —, vuelve a ser «protegida». La Constitución declara (art. 11) que es «la del Estado» (oficialidad), y a nombre de la Nación se obliga «a mantener su culto» (subvención), advirtiendo que «no se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado» (exclusiva).

Nacen, pues, nuevos delitos constitucionales.

a) *Tentativa de abolir o cambiar en España la religión del Estado.*

Atrás los simples delitos religiosos, de carácter individual, «relativos al libre ejercicio de los cultos» (tít. II, cap. II, sección 3.^a), vienen otros delitos religioso-políticos. Así éste, equiparable, entre los delitos contra la forma de Gobierno, al de intento de cambiarla por la fuerza o fuera de las vías legales (Código penal, art. 181, núm. 1.^o).

En el Código de 1822 (1), de acuerdo con la Constitución del 12 (2), y en el Código de 1850 (3), adaptado a la reforma

(1) Art. 227. «Todo el que conspirare directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas, o a que la Nación española deje de profesar la religión católica, apostólica, romana, es traidor y sufrirá la pena de muerte.»

(2) *Constitución de 1812*, tít. II, cap. II, art. 12. «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.»

(3) Art. 128. «La tentativa para abolir o variar en España la religión católica, apostólica, romana, será castigada con las penas de reclusión temporal y extrañamiento perpetuo, si el culpable se hallare constituido en Autoridad pública, y cometiere el delito abusando de ella. No concurriendo estas circunstancias, la pena será la prisión mayor, y en caso de reincidencia, la de extrañamiento perpetuo.» (Conf. Constitución de 1856.)

constitucional de 15 de Septiembre de 1856 (restableciendo, a su vez, la Constitución de 1845), existía este delito.

La nueva Constitución de 1876 le exige, y no hallándose en el Código del 70—adaptado a la libertad de cultos de 1869—, he aquí un *delito constitucional sin sanción penal*.

De los proyectos de Código penal, le incluyen: el de Bugallal (1880), que exige —fuera de autoridad— la condición de «por la fuerza», rebajando la pena (1); lo que supone su abolición, cuando la tentativa se lleva a cabo pacíficamente. El de Silvela (1884), añade: «fuera de las vías legales» (2).

Sobre esta hipótesis de violencia podía inspirarse la sanción, en la futura reforma. Mas no se olvide lo que hemos dejado dicho antes (3). En todo caso, se trata de la protección legal de intereses, y es forzoso el precepto.

Lib. II, Tít. II. Delitos contra la Constitución, Cap. I, Sec. 4.^a. Delitos contra la religión del Estado.

«Art. 188 (sustituído). Los que ejecutaren actos encaminados a abolir por la fuerza, o a cambiar, fuera de las vías legales, la religión del Estado, serán castigados con la pena de prisión correccional, y en caso de reincidencia, con la de extrañamiento temporal.

Si el culpable estuviere constituido en autoridad y cometiere el delito abusando de ella, la pena será la de prisión mayor y extrañamiento perpetuo.»

(1) Libro II, tit. I, *Delitos por violación del precepto constitucional en materia de religión y culto*.

Art. 133. «Los que ejecutaren cualquiera clase de actos o hechos encaminados a abolir o variar *por la fuerza*, como religión del Estado, la católica, apostólica, romana, serán castigados con la pena de prisión correccional, y en caso de reincidencia, con la de extrañamiento temporal. Si el culpable estuviere constituido en Autoridad y cometiere el delito abusando de ella, la pena será la de prisión mayor y extrañamiento perpetuo.»

(2) Tit. I, cap. II, Sec. 1.^a *Delitos contra la religión del Estado*, art. 204. También, para la reincidencia, a la pena de «seis meses y un día a seis años de prisión», agrega la de «extrañamiento de doce años y un día a veinte años».

(3) Vid. atrás, págs. 206, 207.

b) *Celebrar actos públicos de un culto religioso extraño.*

He aquí otro delito político-religioso, equivalente al delito político-civil que cometen los que «en manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas o en sitios de numerosa concurrencia, dieren vivas u otros gritos, etc.» (art. 182, núm. 1); a saber, actos públicos de culto político que no sea el del régimen legal.

El delito está declarado en la Constitución; no se halla la sanción correspondiente en el Código.

CONSTITUCIÓN DE 1876

«Art. 11...

No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado.» (1)

CÓDIGO PENAL DE 1870

(Falta la sanción.)

El módulo para la aplicación es el concepto de «manifestaciones públicas», en el sentido de *manifestaciones religiosas públicas*. Hay una amplia interpretación clásica: «Se entenderá por manifestación pública todo acto ejecutado sobre la *vía pública* o en los *muros exteriores* del templo, o del cementerio, que da a conocer las ceremonias, ritos, usos y costumbres del culto disidente, ya sea por medio de procesiones o de letreros, banderas, emblemas, anuncios y carteles.» (R. O. C. 23 Octubre 1876.) Es obra de Cánovas del Castillo; la comentó Alonso Martínez en un dictamen (2); la aceptan, Bugallal y Silvela, en sus proyectos (3). Se trata, pues, de manifestaciones —escritas, habladas, simbólicas— ante todo el público posible.

Para el Código de 1822 no podía darse ni la hipótesis crimi-

(1) Las reuniones de los demás cultos tolerados que se verifiquen en los templos o cementerios no están sujetas a las prescripciones de la ley de reuniones, de 15, Junio 1880, art. 7, n.º 2.º

(2) 4 Octubre 1876, publicado en *The Times*; reproducido—en traducción—por *El Imparcial*, núm. 3.388 (29 Octubre 1876).

(3) Proy. Silvela, art. 205, § 2.º; Proy. Bugallal, art. 134, § 2.º

nal de este delito. El de 1848-50 (1) le castigaba, y muy severamente. El legislador clásico habíalo tomado —como tantos otros— del viejo Código del Brasil, de 1830 (2).

Los proyectos Bugallal y Silveira toman este delito —casi literalmente— del Código de 1848-50, rebajando la pena (3).

Cuando la reforma penal se haga, ya habrá sonado la hora de otra reforma constitucional, ésta inminente. La futura fórmula penal acaso sea:

«Art. 189 (nuevo). *El que celebre actos públicos de su religión en la medida de provocar protestas de ciudadanos que profesen otras, o sin profesión religiosa conocida, será reprendido privadamente la primera vez, y públicamente la segunda. Si reincidiere por tercera vez, sufrirá pena de extrañamiento temporal.*»

c) *Atentados e injurias contra la religión del Estado.*

A partir de la declaración constitucional que encabeza el artículo 11 —«La religión católica, apostólica, romana es la del Estado»—, se sigue que todo ataque u ofensa a esa religión han de ser *especialmente reprimidos* por el Estado que la declara suya. Son insuficientes, pues, las sanciones de la Sec. 3.^a, «Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos» (lib. II, tít. II, capítulo II, arts. 336-341) (4).

(1) Art. 129. «El que celebre *actos públicos* de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica, romana, será castigado con la pena de extrañamiento temporal.»

(2) Art. 276. «Celebrar en una casa o edificio que tenga forma exterior de templo, o *públicamente* en cualquiera otro lugar, el culto de una religión que no sea la del Estado.»

(3) Proy. Bugallal, art. 134. «El que practique ceremonias o *manifestaciones públicas* de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica, romana, será castigado con la pena de confinamiento.» (El § 2.^o de este artículo es copia del citado de la Real orden circular de 23 Octubre 1876). Conf. Proy. Silveira, artículo 205; pena «extrañamiento».

(4) En este punto, estuvo en contradicción el art. 240 del Código con la ley de imprenta de 1879; mas, dejó de estarlo al promulgarse la de 26, Julio, 1883 (vigente), que derogó aquélla en su art. 21. Sobre el clamor de los católicos españoles, pidiendo la reforma de este cap. del Código, Villada, en *Crónica del V Congreso católico español*, Burgos, 1899, págs. 520-547; P. Villada, *Marín-Blázquez*

Los Proyectos de Bugallal (lib. II, tít. «Delitos por violación del precepto constitucional en materia de religión y culto»), y de Silvela (lib. II, tít. II, cap. II, sec. 1.^a, «Delitos contra la religión del Estado»), casi repitiéndose, dedican a la sanción de estos delitos: el primero, diez arts. (135-144); el segundo, siete (206-212). Mas, aparte de que alguna de sus sanciones reproducen otras del lugar citado del Código vigente —lo que prueba su suficiencia de represión—, la rareza con que se cometen hoy estos delitos, y el noble deseo de que, por cultura progresiva, dejen de cometerse, aconsejan, por hoy, el silencio más allá del actual Código. Son, estos delitos, actos de hostil intolerancia, que fomenta la represión. Ponga cátedra de tolerancia la ley, no hostilizando, sino en el *mínimum*. Abolida (en proyecto) la ley de Jurisdicciones, no inventemos nuevos viejos delitos.

B) DELITOS CONTRA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES.

a) *Coacción profesional.*

La conciencia varía y progresivamente más exquisita de los «derechos individuales», exige, en cada texto constitucional, renovadas y *nuevas declaraciones de derechos*.

Así, en la Constitución vigente hallamos, por primera vez, declarado el *derecho de libre profesión*. El ciudadano tiene opción a elegir, igualmente que su patria (art. 1.^o), y su religión (art. 11, pár. 2.^o), y su domicilio (art. 9), y la cooperación personal útil (art. 13, pár. 3.^o), una profesión y su aprendizaje necesario. «Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca», dice la Constitución (art. 12).

Ahora bien, si incurre en graves penas el que «por medio de amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos, forzare a un

quez, Navarro Rodríguez, Urbano, Fernández de Castro y Valdés Rubio, *Represión legal de los delitos contra la Religión*, Madrid, Huérfanos, imp., 1912; Valdés Rubio, *Legislación penal comparada acerca de los delitos sacrílegos*, Madrid, imp. Hel., 1912.

ciudadano a ejercer actos religiosos o a asistir a funciones de un culto que no sea el suyo» (art. 236), y quien «impidiere, por los mismos medios, a un ciudadano practicar los actos del culto que profese, o asistir a sus funciones» (art. 237), ¿qué penalidad alcanza al que, violentando la vocación profesional de hijos o pupilos, impidiere o impusiere el ejercicio de una profesión, que no sea la de su elección libre? Ninguna. Ni aun para el ejercicio de la prostitución la coacción sobre la mujer, o la hija, o la pupila, es delito; cuando pudiera entenderse como sanción de una doble violación a la libertad y a la honestidad de las profesiones (1). Pero, ¿y las coacciones frecuentes, constantes, para el ejercicio, ni elegido ni querido, de las otras?

La doctrina del precursor español Juan Huarte (2), confirmada por la Psicofisiología, muestra cuan veraz es la vocación ingénita, traduciendo la varia aptitud. Este es el fundamento natural de la libertad, en la elección de profesiones. La experiencia prueba el daño irreparable de las torceduras impuestas, causando inferioridades profesionales, y condiciones peyorativas en la retribución del trabajo.

Un Código penal adaptado establecerá la sanción penal correspondiente, haciendo eficaz este precepto constitucional. Es otro delito constitucional sin sanción penal.

He aquí un proyecto de articulado:

Art. (nuevo). El que por vía de amenaza, en forma violenta, o bien usando de otros apremios ilegítimos coaccionare a un ciudadano, mayor de nueve años, al aprendizaje o al ejercicio de una profesión lícita que no sea la de su vocación libre, supuesto que la haya manifestado, será castigado, si ejerce sobre él la patria potestad o tutela, con la pérdida de este derecho.

Art. (nuevo). En la misma pena incurrirán los que, en iguales circunstancias y por los mismos medios, impidieren a un ciudadano, mayor de nueve años, el libre aprendizaje y ejercicio de una profe-

(1) Comp. Pen., arts. 438, § 4.º; 459, núm. 3.º, § últ. y 465; todas, sanciones tangenciales, ninguna directa.

(2) *Examen de ingenios, Proemio y caps. II, IV, XI, XV, XVI y XVII* (ed. Rivadeneyra, LXV, 414 y sigs.).

sión lícita, por él libremente elegida y laboriosamente practicada, siendo él física e intelectualmente apto para su desempeño.

Estas son las más urgentes enmiendas al Código penal, que exigen: una Constitución, ya denunciada, y algunas leyes, cada día más disconformes con él y más numerosas; programa mínimo para una *reforma política* del Código.

DELITOS COMUNES.

a) *Insolvencia punible.*

A diferencia del Código civil, que regula igualitariamente las relaciones jurídicas de una determinada naturaleza entre los ciudadanos, y el Código penal, que salvo excepciones personales, somete a todos ellos a las mismas normas jurídicas sancionadoras, hay una ley codificada, la ley de los comerciantes, que se establece de hecho como *norma privilegiada de una clase social en materias civiles.*

Para eso el Código de Comercio (22, Agosto, 1885, reformado por ley de 10, Julio, 1897) empieza por definir jurídicamente la esencia de esta nueva jerarquía (1).

Mas —sin emulación para los no comerciantes ante tal organización, legalizada, del privilegio—, ocurre que, a veces, el privilegio civil, privado, alcanza a relaciones de índole pública. Así, en el Derecho penal.

Un ejemplo es la desigual e injusta situación del particular *no comerciante* y la del *comerciante* en el momento de su respectivo desnivel económico, entre el debe y el haber. Para el no comerciante, es un *deber* el de presentarse en concurso

(1) Art. 1.º «Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1.º Los que, teniendo *capacidad legal* para ejercer el comercio, se dedican a él *habitualmente.*

2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con *arreglo a este Código.*»

Si bien en el art. 2.º se equiparan «los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten», y «se regirán por las disposiciones contenidas... en este Código» esto es, para el límite formal (reglamentación), no así para la virtualidad profesional (facultades).

cuando su pasivo fuese mayor que el activo. Para el comerciante es un *derecho*.

CÓDIGO DE COMERCIO

Art. 870. «El comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, *podrá constituirse en estado de suspensión de pagos*, que declarará el Juez de primera instancia de su domicilio, en vista de su manifestación.»

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.913. «El deudor, cuyo pasivo fuere mayor que el activo y hubiere dejado de pagar sus obligaciones corrientes, *deberá presentarse en concurso* ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuese conocida.»

«No cabe ya dudar —decía el Sr. Isasa— la manifestación en concurso del deudor que de un modo general deja de pagar sus obligaciones vencidas no es un derecho, ni una facultad, sino un deber civil, cuyo incumplimiento, si llega, al fin, el caso de concurso y en él se descubre que el deudor no comerciante prolongó su silencio y su omisión, aun después de ser su pasivo tres veces mayor que su activo, constituye delito de defraudación.» (1).

Entre el Código civil y el penal, hay, concordancia. Aquél, impreciso; éste, precisando las proporciones del balance («tres veces mayor», el pasivo), en peligro de insolvencia.

La antinomia moral salta, entre el Código penal y el de Comercio reformado, en cuanto éste afirma como *derecho o facultad de constituirse en estado de suspensión de pagos* para el comerciante; lo que de no ser realizado por el no comerciante, constituye *delito de insolvencia*.

La respectiva transcendencia penal de la doble omisión, no puede ser más diversa. En un caso, el de la no constitución en estado de suspensión de pagos, el comerciante, no es motivo le-

(1) *Discurso de apertura de Tribunales*, de 15, Setiembre de 1897. Ed. of. página 33. Antes, por el Sr. Romero Robledo, en su disc. de 16, Setiembre, 1895; si bien con anterioridad a la reforma por ley de 1897, y sin precisar la reforma «en materia de suspensión de pagos y de quiebras en el Código de Comercio» (pág. 17).

gítimo para la declaración de *insolvencia culpable* (1), ni le alcanzan las penas del Código penal (art. 538). En otro caso, el de la no presentación en concurso, al no comerciante, le acarrea la penalidad del art. 542 del Código penal, por *insolvencia inculificada*.

CÓDIGO DE COMERCIO

Arts. 888, 889. (No incluyen el caso del art. 870, entre los motivos para la declaración judicial de quiebra culpable, por donde no le alcanzan las penas del artículo 438 del Código penal.)

CÓDIGO PENAL

Art. 542. «Incurrirá en la pena de... el concursado no comerciante cuya insolvencia fuere resultado en todo o en parte de alguno de los hechos siguientes:

5.º Retardo en haber dejado de presentarse en concurso cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo.»

La reforma legislativa, para este caso, ha de ser conjunta; en el Código de Comercio y en el penal, simultáneamente.

b) *Alzamiento y quiebra fraudulenta.*

El Código penal prevé y sanciona el delito de «alzamiento de bienes» (art. 536). Pero el Código distingue, al objeto de una variante en la penalidad, el caso de si el culpable «fuere comerciante» y el de «si no lo fuere». Por lo que hace a lo primero, el alzamiento de bienes, en un comerciante, es un hecho cuya naturaleza y significado corresponden a la técnica comercial, que en documento legislativo puede verse en el Código de Comercio. Ahora, ¿qué es el alzamiento de bienes en la técnica legal comercial de España? Alzamiento de bienes es forma de quiebra (art. 806, num. 1.º); es la *quiebra fraudulenta*. Mas, el Código penal, anterior al de Comercio, castiga diversamente el alzamiento y la quiebra. Véase la antinomia:

(1) A diferencia del incumplimiento del art. 871, redactado asimismo en términos facultativos («podrá presentarse en estado de suspensión de pagos, etc.»), cuya omisión —a través del art. 889, núm. 2— transcende a la penalidad del artículo 538 del Código penal.

Art. 890. Se reputa *quiebra fraudulenta* la de los *comerciantes* en quienes concorra alguna de las circunstancias siguientes:
1.^a *Alzarse con todos o parte de sus bienes.*»

Art. 536. «El que se *alzare con sus bienes* en perjuicio de acreedores será castigado con las penas (sic) de presidio mayor, si fuere *comerciante.*»

Art. 537. El *quebrado* que fuere declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de presidio correccional en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

La suerte penal del reo es muy diversa, según califique el fiscal su delito con arreglo a la técnica comercial vigente, en cuyo caso: alzamiento=quiebra; o sin atender más que a la letra del Código, que distingue la quiebra fraudulenta del alzamiento, fuera de toda técnica. En un caso se le impondría al reo la pena de *seis años y un día a doce años* (presidio mayor); en el otro, las de: *dos años, cuatro meses y un día a cuatro años y dos meses* (presidio correccional, grado medio), a *cuatro años, dos meses y un día a seis años* (idem, grado máximo). En una palabra: una diferencia en el ciento por ciento de la pena.

La reforma podría hacerse en este sentido, bajo fórmula aproximada:

Art. 536 (reformado). «El que se *alzare con sus bienes* en perjuicio de sus acreedores, será castigado, *si no fuera comerciante*, con la pena de presidio correccional en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.»

Art. 537 (reformado). «El *comerciante* que fuere declarado en *quiebra fraudulenta* por *alzarse con todos o parte de sus bienes, o por alguno de los otros motivos enumerados en el art. 896 del Código de Comercio*, será castigado con las penas de *presidio mayor en el primer caso*, y de presidio correccional en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio *en el último* (Comp. en 536 y Com. 896, núm. 1.^o).

II

La reforma técnica.

El Derecho penal de un pueblo—pudiera decirse—es la medida de su sentido artístico. Si se estudió «como una de las bellas artes» el «asesinato» (T. Quincey), y ahora «la guerra» (Diego Ruiz), nada obsta que se considere, como una de las bellas artes, la pena. Acaso, aquella: *ars humanae vitae emendatrix*, de Epicteto. Así, la serenidad de las penas griegas, templadas por la φιλανθρωπία, singularmente el simbólico δστρακισμός, revelan el genio artístico de la república ateniense; tanto como la *aqua et igni interdictio*, muestra el ingenio jurídico de la república romana.

Si preparar y promulgar una ley es obra de la inteligencia y de la voluntad, acto de conciencia política y de imperio, en la «prescripción de las leyes» (la νομοθεσία), elaborar un Código es aun más difícil empresa; porque Código es organismo, esto es, armonía viva, en obra de arte creador. Así, νομοθετική es, en Grecia, el «arte de escribir leyes». Y frente a la multitud de ψηφισματα, los decretos particularistas, el Consejo de los Quientos alza la elaboración artística de sus προβουλεύματα.

Lo que se llamó «ciencia de la legislación» (1), más tarde, hoy se dice: «técnica legislativa» (*Gesetztechnik*) (2).

Reforma técnica es, pues, *Política criminal* (3) *a posteriori*; ciencia de la perfección penal sucesiva. Frente a la actividad autoritaria, que desde Livio se llamó *legem condere*, aquella

(1) *Adiciones*, I, 11.

(2) Vid. H. Gutherz, *Studien zur Gesetztechnik*, Teil I: *Der Begriff der Gesetztechnik und sein Wert*; Teil II: *Phänomenologie und Lehren der allgemeinen Gesetztechnik*. Breslau, Schletter, ed. 1908-1909; antes y después, A. Wach, *Legislative Technik*, en *Vergl. Darst. Allg. Tell.* VI, 1, y *Die Technik des Vorentwurfs*, en *Die Reform*, Berlín, J. Guttentag, 1910, I, 1-35.

(3) Vid. atrás, pág. 201.

actividad científica integra dos tratados: *De lege ferenda* (formación de la ley), y *De lege emendenda* (reforma legislativa). A diferencia de la ley impenetrable, a quien el lapso de tiempo hace ser *ley regresiva*, el proceso de la reforma legislativa técnica constituye la *ley progresiva* (1).

A la *reforma política* del Código, que supone armonizarle, afinarle con el diapasón constitucional, en acorde con las *leyes fundamentales*, sucede el imperativo de la *reforma técnica*; que impone el ponerle de acuerdo consigo mismo, en el acorde armónico de sus notas múltiples, según los tonos o *ideas fundamentales*.

Aquella, exigida por el evolucionismo jurídico, es empresa política de *readaptación jurídica legislativa*; ésta, inspirada en el organicismo, significa obra técnica de *reconstrucción legal científica*.

Así, toda reforma política equivale a *refección legal*, fatalizada por el tiempo, en el proceso de los cambios políticos —reforma de una construcción legislativa, fuera de la línea constitucional. En cambio, no es, ni forzosa, ni menos inevitable, la reforma técnica—supuesto que el Código fuese, desde el nacimiento, perfecto y acabado, dado su plan, y en vista de su estilo; significando ella siempre, *corrección legislativa*, sólo exigida por la imperfección. Aquella no ofende al legislador; antes él mismo la espera, y aun prepara, desde su obra. Esta, envuelve censura.

La *corrección legislativa*, que supone toda empresa de reforma técnica penal, puede referirse:

1.º A la preceptiva esencial, común, o normas fundamentales de codificación (organización jurídico-legislativa). Estas son: reglas de concordancia interna, precisas en toda suma legislativa de varia procedencia (unidad de plan) (2), y preceptos de

(1) Vid. M. Chaveau, *Code pénal progressif*, ou commentaire sur la loi modificative du Code pénal, Paris, 1832.

(2) «Coordinación y distribución»—dice Bentham: *Tratados*, cap. XXXI, *De la integridad del cuerpo del derecho* (ed. cit., VI, 158). El A. se refiere al *Pan nomion*, o Código completo.

congruencia gramatical, en la redacción del texto (unidad de estilo) (1).

2.º A la preceptiva esencial, particular; normas básicas referentes a los Códigos penales (organismo legislativo penal); ya por lo que hace al contenido (unidad de materia), ya a la estructura (orden de los tratados).

De las tres o cuatro *unidades dramáticas legales*: de tiempo o «época», de autor, de lugar, y de acción o «plan», sólo nos interesa esta última, como científica.

Código penal es *la ley fundamental, que regula el derecho positivo de un país, en materias penales*; ese Código es una *Constitución penal*. Es el término superior de comparación, la alta norma para resolver antinomias ético-legislativas, entre la conducta y las leyes penales, y su condición de unidad suprema es excluir toda íntima antinomia. Aquellos tonos fundamentales a que nos referíamos son, pues, tonos mayores de reforma técnica (organización), y menores (simple resolución de antinomias doctrinales, o de incongruencias gramaticales).

El Código penal de 1870 se halla en contradicción con la Constitución vigente de 1876, y hasta consigo mismo. En el cuerpo de nuestro Código penal se dan *antinomias*; unas *literarias*, de simple redacción, que se entrechocan en la letra del texto; otras, *doctrinarias*, de sentido, que batallan en el espíritu. De resolver éstas trataron varios proyectos, precursores estimables en la empresa de la reforma técnica del Código.

Proyectos de reforma técnica.

11, Abril, 1882 (1.º proy. presentado al Senado).	Alonso Martínez (m.). E. Cobián (lo preparó)...	Tít. preliminar; definición de delito (art. 1.º); circunstancias (Cap. V, art. 20); escala penal; abolición cadena y degradación; ejecución secreta de la pena de muerte; suprime la métrica penal.
--	---	---

(1) «Regla IV: Para expresar las mismas ideas, siempre se usará de las mismas palabras» (Id. cap. XXXIII. *Del estilo de las leyes*, ed. cit., VI, 178).

29, Diciembre, 1884 (proy. presentado al Congreso 18, Abril, 1885)... } F. Silvela (m.). L. Silvela (lo preparó). Comisión parl. (lo modificó).....

Tít. prel.: personalidad y territorialidad de la ley penal; libro I: definición de delito (art. 1.º); responsabilidad y personas responsables (título I); encubrimiento y quebrantamiento, delitos propios; satisfacción al ofendido, intento reparación daño, presentación espontánea y confesión, nuevas atenuantes; vigilancia, autoridad, complemento de pena; abono prisión preventiva, en algunas aflictivas; no a reincidentes; multa a plazos; reducción a tres escalas penales.— Lib. II: protección de penados menores y desvalidos; reducción de las faltas, suprimiendo las administrativas.

Ley de bases: 9, Noviembre, 1886 (2.º proy.; pres. al Senado y único discutido; al Congreso. 22, Marzo, 1887). } Alonso Martínez (m.). Comisión leg.....

Bases: 1.ª, acuerdo Constitución; 2.ª, reducción escalas penales; 3.ª, señalamiento penal específico; 4.ª, ampliación arbitrio judicial punitivo; 5.ª, clasificación, definición, valoración, circunstancias; 6.ª, nueva sanción delitos; 7.ª, transformación delitos leves en faltas; 8.ª, clasificación y selección faltas; 9.ª, unificación penal delitos imprenta, con suspensión subsidiaria; 10.ª, complemento.

Proy. L. de Bases y Anteproyecto Cód. 1911 (no presentado).... } Comisión general de codificación..... } (Sigue en mucho al de Silvela, sin grandes novedades propias este Anteproyecto.)

Como el Proyecto Groizard (1880) lo es de reforma política, el de Silvela es *Proyecto representativo de la reforma técnica*. Todos los otros se le asemejan o, francamente, le siguen. A su aparición surge toda una literatura crítica, española

y extranjera (1). Lástima que la Comisión parlamentaria le deformase, privándole de muchos aciertos; así como la inclusión de las sociales, entre las «personas responsables». (2).

A) JURIDICIDAD Y LEGALIDAD.

Lo primero en todo Código: civil, penal, de comercio, etc., es una amplia distinción fundamental entre los *principios* y los *preceptos*. Verdad que todo *principio jurídico*, de racional penetración de desarrollo teórico, al ser sancionado en ley del Estado, tórnase doctrinal *precepto de acatamiento*, suerte de dogma jurídico (a diferencia de otros, prácticos, *preceptos de cumplimiento*). Inversamente, todo precepto legal—de vuelta a la vida jurídica—es *principio legislativo*, de aplicación en los Tribunales, de interpretación por la jurisprudencia. Asimismo, los «preceptos de acatamiento», para los ciudadanos en general, son «preceptos de cumplimiento», obligatorio a los jueces.

Los primeros, los preceptos de acatamiento, son contenido propio de la *Parte general*, del Código penal; en la *Parte especial* se incluyen los preceptos de cumplimiento. De parte general (libro I) y de parte especial (libros II y III), se compone nuestro vigente Código. De lo general a lo particular—de mayor a menor, en orden ideológico—van, frecuentemente, sus preceptos de acatamiento y sus preceptos de cumplimiento. Mas, no siempre (3).

(1) Vid. nuestra *Historia*, pág. 557, y la «Bibliografía» de la pág. 553.

(2) *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*. Dictamen de la Comisión referente al proyecto de ley facultando al Gobierno para plantear el Código penal. Ap. 2.º al núm. 128. *Al Congreso* (págs. 1-4); *Proyecto de Código penal* (págs. 5-63).

(3) Así, las *Disposiciones comunes a las dos secciones anteriores*, que hallamos ya en la Parte general (Lib. I, Tit. III, Cap. IV, Sec. 3.ª); que se repiten en la especial (Lib. II, Tit. II, Cap. I, Sec. 3.ª, y Cap. II, Sec. 4.ª; Tit. III, Cap. III y Cap. VII; Tit. IV, Cap. V; Tit. VIII, Cap. IV; Tit. IX, Cap. VI; Tit. X, Cap. III; Tit. XII, Cap. IV; Tit. XIII, Cap. IX; todo el Tit. XV, y Lib. III, Tit. V), están fuera de su lugar, que es al frente, y no al fin, de los Capítulos, Títulos o Libros; pues se trata de preceptos generales.

Ahora, antes de la Parte general, que desenvuelve ampliamente la materia de un Código, suelen anteponer un *Título preliminar* los legisladores, donde la ley codificada habla de su personalidad entre las leyes, de su imperio y de su fuero. Así, en la antigüedad, el *Forum Iudicum*, y hoy nuestro Código civil, que por ser el único moderno y completo, ha suplantado a la Constitución, fijando el valor y eficacia de la ley en España, para todas las leyes. La mayor y mejor parte de los Códigos penales, Proyectos y Anteproyectos extranjeros (1), llevan, al frente, su Título preliminar. En esto iba, delante de Europa, España (2). En el Título preliminar de un Código penal han de apa-

(1) FRANCIA: *Code pénal* (13, Febrero, 1810), *Dispositions préliminaires* (esp. arts. 4 y 5), de escaso contenido total y apenas propio de este título. TURQUÍA (21, Julio, 1858): «Disposiciones preliminares»—a imitación del francés—, y en cuatro capítulos; no contiene materias propias, sino de parte general. INDIA: *Indian penal Code*, 1860, cap. 1 (arts. 1-5). SAN MARINO: *Codice penale* (1865); Part. gen., lib. 1, «De la ley en general (arts. 1-12). ALEMANIA: Código penal (*Strafgesetzbuch*) de 15 de Mayo de 1871. «Disposiciones de introducción» (*Elnleitende Bestimmungen*), artículos 3-12. Anteproyecto (*Vorentwurf*) de Setiembre-Octubre, 1909, «Parte general», Sec. 1.^a «La ley penal», párrafos 1-12. Contraproy. (Marzo, 1911). Sec. 1.^a, «La ley penal» (párrafos 1-12). MÉJICO: *Código penal para el distrito y territorios federales*, de 7, Diciembre, 1870, *Título preliminar* (artículos 1-3). HUNGRÍA: Código penal de 1878, ref. 30, Julio, 1908. Parte 1.^a, *Disposiciones generales*, Sec. 1.^a, «Prescripciones preliminares» (párrafos 1-4); Sec. 2.^a, *Eficacia de esta ley en relación al lugar y a las personas* (párrafos 5-19). HOLANDA: Código penal (*Wetboek van Strafrecht*) de 1, Marzo, 1881, Lib. I, Tit. I, *Extensión de los efectos de la ley penal* (artículos 1-8). ITALIA: *Codice penale* (30, Junio, 1889), Tit. I, *Dell'applicazione della legge penale*, (artículos 1-10). BRASIL: C. p. (11, Octubre, 1890), Tit. I, *Da applicao e dos effeitos da ley penal* (arts. 1-6). NUEVA ZELANDA: *Criminal Code*, 1893, Tit. I, *Introductory Provisions*, Part. I, Secs. 1-10. RUSIA: Cód. pen. ruso (*Ugolovnoje Ulozenje*) de 22, Marzo, 1903, Cap. I, Sec. 2.^a *Esfera de dominio del Código penal* (párrafos 4-14). NORUEGA: Cód. pen. común de 22, Mayo, 1902 Parte 1.^a, *Disposiciones generales, Disposiciones de introducción* (párrafos 1 al 11), cap. I, *La esfera de dominio de la ley penal noruega* (párrafos 12-14). JAPÓN: Código penal de 23, Abril, 1907, Parte 1.^a, *Preceptos generales*; Sec. 1.^a, *Disposiciones preliminares* (párrafos 1-8). SIAM: Cód. pen. de 1.^o, Junio, 1908, *Disposiciones preliminares* (artículos 1-4). CHINA: Cód. pen. de 1911, Lib. 1, cap. I, «Preliminares de las leyes». SUIZA: Anteproyecto de Agosto de 19.5 Lib. 1.^o Parte general, Sec. 1.^a, *El dominio de la ley penal* (arts. 1-10). SUECIA: Anteproy. de 3, Enero, 1916, cap. I, *De la eficacia de la ley penal* (párrafos 1-10) PANAMÁ: Cód. pen. (22, Agosto, 1916), Lib. 1, Tit. I, Cap. I, *Jurisdicción penal*, y II, *Extradición* (artículos 1-12). ARGENTINA: Proy. (1917), Tit. I. *Aplicación de la ley penal* arts. 1-5).

(2) *Código penal* de 9, Julio, 1822: verdadero «Título preliminar»; esp. Cap. II, «De los delincuentes y culpables y de los que responden de las acciones de otros» (artículos 10-27), y Cap. XIII, «De los delitos y delincuentes no compren-

recer disposiciones referentes a la valoración de la ley penal:

- 1.^a En el derecho nacional (jurisdicción penal), como *fuentes*.
- 2.^a En el tiempo (órbita temporal de la ley penal), como *vigencia*.
- 3.^a En el espacio (imperio territorial penal), como *dominio*.
- 4.^a En cuanto a las personas (jurisdicción penal), como *fuero*.

a) *La ley penal.*

El Título preliminar de los Códigos penales se encabeza con una declaración referente al valor de la ley, como fuente del Derecho (1), en su especie jurídica: «De la ley penal.» Si es fuente única, esa declaración significa un triple dogma: el de la infracción (*ubi non est lex, nec praevaricatio*), que por su carácter doctrinal puede no escribirse, y se considera incluido en los de la imputación (*nullum delictum sine lege*) y de la punición (*nulla poena sine lege*), el trípode del Derecho penal (2). En nuestro Código se hallan estas dos declaraciones, pero apartadas. Va la una implícita en la definición de delito (art. 1.^o), y en su regla de punición (art. 2.^o). La otra campea al frente del título III, *De las penas* (art. 22).

En un Código perfecto deben ir reunidas, en capítulo aparte, a la cabeza de su Título preliminar. En el mismo lugar la ley penal común, proclamado su imperio y primacía, reconocerá la existencia de otras *leyes penales especiales*.

Véase un proyecto de articulado:

«...didos en este Código» (artículos 182-18). El Código vigente, llevaba «Título preliminar», en el proyecto presentado por el Sr. Montero Ríos a las Cortes. Hemos tenido el gusto de leerle, en el manuscrito original, que conserva don Avelino Montero Villegas, a cuya gentileza debemos una copia, que saldrá en Apéndice a este trabajo. Llevaban «Título preliminar» los proyectos de 1882 (Alonso Martínez) y 1884 (Silvela), «Tit. prel.» (artículos 1-12). *Anteproyecto*, de 1911 (Comisión). Tít. 1.^o, «De las leyes penales, de sus efectos y aplicación», (artículos 1-16).

(1) Vid. *Adiciones*, II, 132-160.

(2) Vid. *Teoría de la política perfeccional*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, I (1918), 320.

TÍTULO PRELIMINAR

De la ley penal y de su esfera de aplicación.

CAPÍTULO PRIMERO

De la ley penal.

Art. 1.º (nuevo). «Sólo la ley penal puede establecer los casos y condiciones de la responsabilidad criminal, y fijar la sanción penal correspondiente, en sus formas y modos.»

Art. 2.º «No serán castigados otros actos ni omisiones, sino los que la ley *penal* haya calificado de delitos o faltas.» (Cód. pen., 1850, 2.º, pár. 1.º, ref.º) (1).

Art. 3.º «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley *penal*.» (Pen., 22, ref.º)

Art. 4.º «En el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que *por ser de temibilidad general* estime digno de represión, y que no se halle penado por la ley, *en el auto definitivo que recaiga, acordará exponer el hecho al Gobierno y las razones para creer que debiera ser objeto de sanción penal.*

»*Asimismo* acudirá al Gobierno, exponiendo lo conveniente, *dejando en suspenso la ejecución de la sentencia*, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código resultare *penada una acción que a su juicio no debiera serlo, o notablemente excesiva la pena, atendido el grado de temibilidad del delincuente y el daño causado por el delito.* (Pen., 2, ref.º)

»El Gobierno, previo *informe* de la Sección correspondiente, de la Comisión general de codificación, resolverá si ha lugar, o no, a la formación del oportuno proyecto de ley *modificativa*, comunicando la resolución al Tribunal respectivo, *para que éste aplique la sentencia, o en caso de reforma legal, sentencie, en su vista, de nuevo.*» (Anteproy., 1911, 3.º, pár. 3.º, ref.º)

Art. 5.º «No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos *y faltas* que, *no estándolo en él*, se hallen *ya, o sean en lo sucesivo*, penados por leyes especiales.» (Pen., 7.) Pero el Código penal común será supletorio de *ellas*, salvo cuando éstas dispongan lo contrario. (Anteproy., 1911, 16, pár. 3.º)

(1) Conf. *Anteproyos.*: Alemania, 1909-1912, pár. 2; Austria, 1909-12, pár. 1.º; Suiza, 1915, pár. 1.º; Suecia, 1.º

Art. 6.º En las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este *Código*, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales.

Conforme a este principio, las disposiciones de este *Código* no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes. (Pen., 625.)

b) *La ley penal en el tiempo.*

En todo Código penal ha de fijarse su «cronología legal» (1). Esta supone tres declaraciones:

Puesto que cada ley—votada, sancionada, promulgada, y fijar esto incumbe a la Constitución—ha de entrar en vigor en su día, según su clase, la ley penal debe señalar el *plazo de vigencia*. (Se halla, con carácter general, en el Código civil, 1.º, párrafo 1.º). Vigencia es vida oficial de la ley.

Si la ley obliga porque se promulgó, si se ha promulgado para una época, porque toda ley es actual, la ley penal desaloja del plazo de vigencia—como el diente que sale al viejo diente—a la ley pretérita, fijando las reglas de *aplicación temporal de la ley*.

A saber: la *fórmula derogatoria* (Pen., 626); la *garantía penal temporal* (en general, Const., 16; en lo penal, Pen., 22; Mil., 176), y la *declaración de irretroactividad*. En este último punto hemos de disentir del criterio arcaico y excepcional del Código (2). La ley se da para todos, no para cada uno, y

(1) Vid. *Adiciones*, II, 162-174.

(2) Art. 23. «Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando favorezcan al reo de un delito o falta aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena.»

en todo, no en parte, y a todo riesgo—si perjudica, como si favorece. Así la ley, irretroactiva en principio, no puede dejar de serlo para uno, en parte, y en lo que le favorezca. Este beneficio personal de la ley penal sería un premio invertido para los ciudadanos delincuentes (1).

Por lo que a la prescripción se refiere, el pensamiento moderno camina, jurídicamente, hacia la *unidad de los principios*. La prescripción de la acción (la titulada «prescripción del delito», Pen., 133) y la prescripción de la pena (Pen. 134) se refunden. Psicológicamente, la criminología moderna impone a la penología una *individualización de la prescripción*. Esta ha de ser legal (diferencia inicial de plazo, para cada especie de delito), judicial (fijación posterior de plazo, para cada delincuente, en el juicio), y administrativa (propuesta de reducción o aumento, para cada penado no extinguido). El juicio ha de ser celebrado siempre (2). La extinción del plazo legal no liberará de tutela policial nunca.

Es beneficio penal, de eficacia preventiva, la prescripción—análogo, en esto, a la condena y libertad condicionales. Por ello no podrá aplicarse, sin contradicción, al quebrantamiento de condena, en otra parte sobrepenado o corregido por el Código. (Pen., 129, 130.)

En fin, al Código penal le falta una disposición de carácter transitorio. No es fuerza que vaya ésta—como es uso—al final

(1) En Alemania, cuyo Código penal envuelve antinomia, en este punto (párrafo 2 con párrafo 174, núm. 2.º, este en relación con Ley 17, Febrero, 1875), la cuestión ha escindido a los penalistas, determinando dos teorías y bandos opuestos: el de las «normas» (*Normentheoretiker*), y el de los «intereses» (*Rechtsgutstheoretiker*). (Vid. L. Käckell, *Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung*, en *Strafrechtliche Abhandlungen*, de v. Lilienthal, Beslau, Schletter, 1915, páginas 111-141.) La discusión se arrastra allí sobre el terreno menudamente casuístico, práctico-legal, sin altas concepciones de utilidad teórica. Por lo que hace a Suiza, véase el problema total en la disertación de Lehmann (Berná, 1895), titulada: *Das Zeltliche Herrschaftsgebiet der Strafrechtssätze namentlich mit Rücksicht auf das schweizerische Strafrechts*, Lucerna, 1896.

(2) Vid. la política criminal, en materia de prescripción, de un positivista, sobrado tímido: A. Zerboglio, *Della prescrizione penale*, Turín, Bocca, 1893, páginas 116-144.

del Código; basta, y es preferible, que se incluya al fin del primer título, y aun mejor, de su segundo capítulo. El Código penal reformado ha de llevar *disposición transitoria*.

CAPÍTULO II

De la aplicación temporal de la ley penal.

Art. 7.º «Las leyes penales obligarán en *el territorio de su aplicación*, a los veinte días de su promulgación.» (Comp. Civ., 1, párrafo 1.º)

Art. 8.º «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración.» (Pen., 22.)

Art. 9.º «Las leyes penales *no* tienen efecto retroactivo en cuanto afecten al reo de un delito o falta, si al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.» (Comp. Pen., 23.)

Art. 10. *Las penas prescriben:*

Si fueron impuestas a reos por delitos comunes, de los veinte a los diez años.

Si fueron impuestas a reos por delitos políticos, de los diez años al año.

Los Tribunales determinarán el plazo, en vista de la especie y circunstancias del delito, y de la naturaleza y condiciones del delincuente, según su consciente arbitrio, en el juicio, que ha de celebrarse siempre.

Los jefes de establecimientos penales propondrán la reducción o aumento del plazo, fijado por los Tribunales, en vista de la conducta del delincuente. Ésta se hará efectiva en un segundo juicio. (Comp. Pen., 134.)

Art. 11. «El *plazo* de la prescripción comenzará a correr desde el día en que sea firme la sentencia, y se le notifique personalmente al reo.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en que el reo se presentare o sea habido, cuando se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición, o teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito, o cuando cometiere uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripción. (Pen., 134.)

El reo, habido o presentado, a cuyo favor recayó sentencia de extinción, quedará sometido a la vigilancia de la policía.

Art. 12. «Los derechos de carácter civil reconocidos o declarados por los Tribunales a favor del perjudicado, o de terceras personas, como consecuencia de un delito o falta, se harán efectivos y no tendrán alteración, aunque por la reforma de la ley se modifique o suprima la penalidad.» (Anteproy., 1911, 3.º, pár. 3.º)

Art. 13. «Quedan derogadas todas las leyes penales generales anteriores a la promulgación de este Código, salvo las relativas a los delitos no sujetos a las disposiciones del mismo, con arreglo a lo prescrito en el art. 5.º» (Comp. Pen., art. 626).

Art. 14 (nuevo). En las causas incoadas y pendientes de fallo, al promulgarse este Código penal reformado, los Tribunales se regirán por el Código anterior a la reforma.

En las causas no incoadas, o pendientes en rebeldía, se atenderán al Código nuevo, si no se trata de delitos que no lo eran en aquél, y sí en éste.

c) *La ley penal en el espacio.*

Todo Código penal, o proyecto de Código, dado para un país, establecerá: el radio de su *dominio territorial* inmanente, dentro del territorio nacional y colonial; la transcendencia de su *alcance extraterritorial*, penal y premial, y las normas de su *actuación interritorial*, represiva y preventiva (1).

Preferible sería la adopción universal—aparte los Códigos nacionales—de un *Código penal internacional*, del que existe algún raro proyecto (2). La doctrina es excelente (3), y poco a poco, irá penetrando.

Un Código penal completo debe contener, igualmente, juntamente, sanciones para los *delitos nacionales*, los *delitos extranacionales* y los *delitos internacionales*.

(1) Vid. *Adiciones*, II, 180.

(2) G. de Grégory. *Projet de Code pénal universel*, París, Videcoq, Dic., 1832. Es interesante por el esfuerzo de selección eléctica, que supone de entre las disposiciones de los principales Códigos penales del mundo. Una especie de esperanto penal... Es libro raro.

(3) Vid. *Adiciones*, II, 180, 181. Muy recientemente, el P. Montes, *El crimen de herejía*, Madrid, N. Samper, 1919, nos apoya en este «ideal cosmopolita», que «sólo en la Iglesia ha podido hasta ahora realizarse» (pág. 155, nota).

La empresa reformadora penal, en España, estriba en recoger, de la Constitución y de la ley Orgánica, del Código civil y de la ley de Enjuiciamiento, y del Decreto de jurisdicción consular, los preceptos dispersos, de carácter penal internacional, que han de formar el capítulo III, del Título preliminar del Anteproyecto.

CAPÍTULO III

De la aplicación territorial de la ley penal.

Art. 15. «Las leyes penales, así como las de Policía y las de Seguridad pública, obligan a todos los que habiten en territorio español.» (Civ., 8.º)

Las disposiciones contenidas en este Código se aplicarán en toda la Península e istas adyacentes y territorios de África sujetos a la legislación peninsular. Para la Zona de influencia española en Marruecos, está vigente el Código penal de 10 de Junio de 1914.

Art. 16. «Las disposiciones de este Código son aplicables, salvo lo establecido en Tratados internacionales:

1.º A los españoles o extranjeros que delincan en territorio español, o en alta mar, a bordo de buque español.

2.º A los españoles o extranjeros que cometan un delito a bordo de buque extranjero surto en puerto español, a no ser que se cometa por persona de la tripulación del buque contra otra de la misma tripulación.

3.º A los españoles o extranjeros aprehendidos en territorio español, o cuya extradición se obtenga, que hayan cometido en territorio extranjero contra España o contra españoles, alguno de los delitos siguientes (Proy. Silvela, art. 7.º):

«Contra la seguridad exterior del Estado; lesa majestad; rebelión; falsificación de la firma o de la estampilla real, o de las del regente; falsificación de la firma de los ministros; falsificación de otros sellos *oficiales*; falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado y la introducción o expendición de lo falsificado; falsificación de billetes de Banco, cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción o expendición de los falsificados; los cometidos, en el ejercicio de sus funciones, por empleados públicos, residentes en territorio extranjero.» (Proy. cit.; comp. Orgánica, 336.)

4.º A los españoles que delincan contra otro español en buque español surto en puerto extranjero.» (Proy. cit., 7.º)

Art. 17. «El español que cometiere un delito en país extranjero, contra otro español, será juzgado en España por Tribunales españoles, si concurrieren las circunstancias siguientes:

1.^a Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes.

2.^a Que el delincuente se halle en territorio español.

3.^a Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, y, en este último caso, haya cumplido su condena» (Org., 339), *si los Tribunales españoles estiman que ésta fué suficiente y que el sujeto no se halla ya en estado peligroso.*

Art. 18. «Podrá procederse criminalmente, en el caso del artículo anterior, cuando el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se ejecutó, siempre que lo sea según las leyes de España.» (Org., 341, invertido.)

Art. 19. «Si los reos de jurisdicción española, penados en el extranjero, hubieren cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso les correspondería» (Org., 337, pár. 3.^o; Proy. Silvela, 8.^o), *siempre que, a juicio de los Tribunales, les hubiera aprovechado, para su enmienda civil, aquella pena.*

Art. 20 (nuevo). *La penalidad establecida para los delitos previstos en este Código, será diversa, si el autor o la víctima son extranjeros, en los delitos de: Traición, regicidio, violación de inmunidad o de domicilio y piratería.*

Art. 21. «Cuando los delitos comprendidos en el artículo anterior *fuesen cometidos contra extranjeros, y no hubiere señalada una penalidad recíproca, en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito con arreglo a las disposiciones de este Código, como si la persona ofendida no tuviere carácter oficial.*» (Pen., 154, pár. 2.^o, reformado.)

Art. 22. «Cuando sea más *eficaz* que la legislación española la del país donde se haya cometido el delito, se aplicará la legislación extranjera. Si hubiere duda acerca de cual de las dos legislaciones pueda considerarse más *eficaz*, o si la pena establecida por la legislación extranjera no existiere en la española, los Tribunales, a su *sabio* arbitrio, resolverán la duda o determinarán, por analogía, cuál sea la pena que debe imponerse.» (Proy. Silvela, 9.^o, reformado.)

Art. 23. «Los delitos comenzados a cometer en España, y consumados o frustrados en países extranjeros, *en acción principal o complicidad, serán penados por las leyes españolas, aun cuando*

los actos *ejecutados* en España *no* constituyan por sí delito.» (Orgánica, 335, reformado e invertido.)

Art. 24. «Las leyes penales españolas se aplicarán a todos los individuos, sin distinción de nacionalidad, que ejecuten un acto punible en territorio español. Se consideran territorio español para estos efectos:

1.º Los puertos y mares territoriales.

2.º Los buques españoles, en alta mar, o surtos en puerto extranjero.» (Proy., 1911, 5.º)

Art. 25. «Los fallos dictados en causa criminal por Tribunales extranjeros contra delincuentes extranjeros, serán ejecutorios en España cuando existieren, con sus Estados, Tratados de extradición.» (Comp. Proy., 1911, 14, invertido.)

Art. 26 (nuevo). *Los fallos de los Tribunales criminales españoles tendrán eficacia, fuera del territorio español, en los Estados con quienes España haya celebrado Tratado de extradición, y respecto a los delitos comprendidos en estos tratados.*

Art. 27. «Sólo podrá pedirse o proponerse la extradición:

1.º De los españoles que, habiendo delinquido en España, se hayan refugiado en el extranjero.

2.º De los españoles que, habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado *español*, se hubieren refugiado en país distinto del en que delinquieren.

3.º De los extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se hubieren refugiado en un país que no sea el suyo. (Crim., 826; Mil., 673.)

4.º De los delincuentes españoles refugiados en buque mercante extranjero. (R. D. de 1852, 37.)

5.º De los delincuentes españoles que se refugiaren en un buque de guerra extranjero.» (R. D. cit., art. 38.)

Art. 28. «Si un Tribunal extranjero pronunciare contra algún ciudadano español sentencia condenatoria por delito a que este Código señale, como pena accesoria, la inhabilitación para ejercer cargos públicos u otra incapacidad, los Tribunales españoles, a petición del Ministerio Fiscal, podrán declarar que la sentencia produzca el mismo efecto en el reino, sin perjuicio del derecho del sentenciado a pedir que se abra de nuevo el juicio ante los Tribunales españoles.» (Proy., 1911, 9.)

Art. 29. «Para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores, se considerarán españoles los naturalizados en España, aunque hayan adquirido la nacionalidad española después de ejecutado el hecho que se persiga.» (Proy. Silvela, 9.º)

d) *La ley penal en cuanto a las personas*

El Código penal establece—como toda ley—quienes son las personas a las que ha de aplicarse. Mas, siendo él ley común, para todos los ciudadanos, el establecimiento de aplicación personal lo hará inversamente; esto es, fijando las *exclusiones*.

Las personas que no están sometidas, o lo están condicionalmente, a la ley penal común, lo son por diverso motivo político, jurídico o moral, y así el Código declarará los casos de *prerrogativa*, de *privilegio* y de *beneficio*.

En cuanto a la prerrogativa —manifiestamente injusta (1)—, fijará las personas amparadas de *inviolabilidad e inmunidad* (jefe del Estado, senadores y diputados, embajadores y representantes diplomáticos, cónsules). Por lo que hace al privilegio (2), los que gozan de la exclusiva de un *fuero* especial, o de *ley penal propia* (magistrados, ministros, militares, marinos). Respecto al beneficio, las personas amparadas por excepciones de *benignidad penal* (extranjeros, mujeres, eclesiásticos).

En eficacia, todo el *Derecho penal* es eminentemente *personal*; como sistematización jurídica de la protección a las libertades individuales. La libertad es hermana de la igualdad, mas en nada se le asemeja: iguales somos por simple, imaginada esencia; desiguales, en compleja y analizada realidad. La ley penal ha de proteger igualmente a todos, en principio; desigualmente a cada uno en grado, en límite; opuestamente, en modo (a ciudadanos contra autoridades, y viceversa), como sujeto diverso de derechos individuales o de *privilegios oficiales* (3).

(1) *El Proyecto de Constitución republicana, redactado por una sociedad de ciudadanos*, Madrid, lib. Escribano, 1868, establecía:

Art. 19. «Todos los cargos públicos son responsables.» (Ed. cit., pág. 9.)

(2) Con toda inexactitud habla de «delitos cometidos por extranjeros que gocen del privilegio de extraterritorialidad», el reciente Cód. pen. de Panamá (1916) en su art. 4.º Bien entendido que la condición de los extranjeros aludidos es *prerrogativa*, y que la extraterritorialidad es cualidad de las leyes, no de los hombres.

(3) La más completa y compleja aplicación de la doctrina política a la legislación y jurisprudencia francesas, Vid. en R. Payaud, *La liberté individuelle, ou fonctionnaires et citoyens devant la loi*, París, Chez l'Auteur, 1904.

CAPÍTULO IV

Aplicación de la ley penal, en cuanto a las personas

Art. 30 (nuevo). *No son aplicables las leyes penales:*

- 1.º *Al jefe del Estado.* (Conf. Const., 48.)
- 2.º «A los Senadores y Diputados, por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo.» (Const., 46.)
- 3.º «A los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes o Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes; los Encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones; los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos.» (Org., 334.)
- 4.º A «los Cónsules generales, Cónsules y Vicecónsules, siendo súbditos del Estado que los nombre, sin que puedan ser arrestados ni llevados a prisión, salvo por delitos graves.» (*Tratado: Frac., 7, Enero, 1862; conf. otros muchos.*)

Art. 31. «El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en el *tít. I, cap. II del libro II de este Código* (delitos de traición), será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en éstos, salvo lo establecido por los Tratados o por el Derecho internacional acerca de los funcionarios *del Cuerpo diplomático.*» (Pen., 140, ref.º)

A su petición y expensas podrá extinguir la condena en un Reformatorio particular, autorizado por el Estado, si acepta, para después de la extinción, la fórmula de retención indeterminada.

Art. 32 (nuevo). *Por acuerdo del Gobierno español, podrá ser expulsado de España un extranjero, en los casos siguientes:*

- 1.º *Como desobediente a la autoridad, si en contravención a las disposiciones vigentes, el extranjero se introdujere en España sin presentar el debido pasaporte.* (*Decreto extranj., 17, Noviembre, 1852, 13.*)
- 2.º *Si, falto de pasaporte, al llegar a un puerto o pueblo de la frontera, y detenido por las autoridades, éstas hallan que es vago o busca auxilio contra los procedimientos de sus jueces.*» (Idem, 14.)
- 3.º *Si, en el mismo caso, resultare que el extranjero es un vago y viene a España con el objeto de mendigar, se le obligará a regresar a su país.*» (R. O. de 12, Junio, 1852, art. 3.º; conf. RR. OO. de 28, Abril, 1852 y 14, Enero, 1853.)
- 4.º *Si el extranjero, domiciliado en España, no hubiere adqui-*

rido la cédula personal. (Conf. R. O. 18, Diciembre, 1902; R. D. 12 Setiembre, 1905.)

5.º «Si los extranjeros, refugiados en España, abusando, conspiraren o trabajaren para destruir o modificar sus instituciones, o para alterar de cualquier modo la tranquilidad pública, podrá el Gobernador decretar su salida de la nación, dando cuenta a las Cortes de los motivos que para ello tuviere.» (Ley Asilo territorial. Decreto 4, Diciembre, 1855, 5.º)

Art. 33. «Cuando las mujeres *incurrieran* en delitos—*exceptuando los de infanticidio, aborto y corrupción de menores*— que este Código castiga con *penas de libertad graves*, el Tribunal sentenciador establecerá una rebaja discrecional en la pena impuesta.» (Pen., 96, ref.º)

Art. 34. «Con excepción de las de arresto *domiciliario*, las *penas de libertad* impuestas a las mujeres, se extinguirán en los establecimientos penitenciarios destinados *exclusivamente a este efecto.*» (R. O. 10 Marzo, 1902, 10, ref.º)

Las penas menos graves y leves de privación de libertad, impuestas a las mujeres, podrán ser extinguidas, a su petición, y siendo la subsistencia de su cargo, en establecimientos monásticos de clausura, a condición de aceptar, en aquéllas, para después de extinguida la pena, la fórmula de retención indeterminada.

Art. 35. «Cuando las penas recayeren en personas de estado eclesiástico, si son de inhabilitación, en cualquiera de sus clases, y la de suspensión, se limitarán sus efectos a los cargos, derechos y honores que no tuvieren por la Iglesia, a la asignación que tuvieren derecho a percibir por razón de su cargo eclesiástico.» (Pen., 40.)

Si las penas son de privación de la libertad, podrán extinguirse, a su petición, y siendo la subsistencia de su cargo, en establecimientos monásticos de clausura; si éstas son graves o menos graves, previa aceptación, sobre el término de la pena, de la retención indeterminada.

Art. 36 (nuevo). Las disposiciones de este Código no son aplicables a los individuos sometidos a la jurisdicción de guerra, a quienes se aplicará, por los delitos y faltas en que incurran, el Código de Justicia militar de 27 de Setiembre de 1890; ni tampoco a los individuos sometidos a la justicia militar de Marina, a quienes se aplicará el Código penal de la Marina de Guerra, de 24 de Agosto de 1888.

B) DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

En el Título preliminar, un Código penal se dirige a todos los ciudadanos; afirmando sus valores legales; trazando, sobre la carta jurídica del Estado, su esfera de dominio territorial y temporal; demarcando su fuero. En la Parte general, el Código habla al juez, dándole el *criterio criminal* (definición del delito (1), determinación de las personas responsables) y la *medida penal* (escala de penas y reglas de aplicación). En el estado actual del problema político-criminal de España, esto último corresponde a la REFORMA CIENTÍFICA

Criterio, en la aplicación supone, igual que en toda discusión técnica (y el juicio criminal, por el sistema acusatorio, es una polémica) la previa *definición* de los términos. Ya lo hacen algunos Códigos (2). Es, pues, lógicamente imprescindible una *definición de delito*, en la ley; dejando la interpretación a la Jurisprudencia, y a la Ciencia del Derecho, la teoría.

El criterio legal del delito, expresado en la definición, es

(1) No definen el delito —ni la contravención—, en general, los Códigos penales de: Holanda (1881); Italia (1889), la ley prevé *los delitos*: «... sia espressamente preveduto come reato per la legge» (art. 1.º); Venezuela (1898); Japón (1907); Hungría (1878-1908), si bien suponiendo definiciones legales de cada delito y crimen (pár. 1, «... welche das Gesetz als solches erklärt.») Los anteproyectos suizos (1893, 96, 903, 1908 y 1915), y proy. fed. (1918), pero definiendo el doble contenido espiritual del delito: *Intención y negligencia*: «... so ist nur strafbar, wer versätzlich handelt» (art. 19, *Vorentwurf*, 1908, pág. 11; conf. 1915), cubano (1908) danés (1912) y sueco (1916), si bien éste en contradicción con su cap. VI, pár. 3.º, que supone aquella definición: «... ob die Tatbestandsmerkmale des Verbrechens vorlagen.» (*Vorentwurf*, pág. 25). Últimamente, el Proy. argentino (1917) y el peruano (1918).

(2) E.: SUIZA, Ginebra, Cod. (29, Octubre, 1874), Lib. I, Tit. VII, *De la significación de algunos términos en este Código* (arts. 70-84); Anteproys.: 1894 (a. 48), 1903 (a. 50), 1908 *Schluss bestimmung* (a. 63) y 1915 (a. 101); Proy. Cons. Fed (13, Julio, 1918) *Erklärung gesetzlicher Ausdrücke* (a. 87); HOLANDA, Cod. (1881), Lib. I, Tit. X, «Significación, etc.» (arts. 78-90); Leyes inglesas, y *Cellan Penal Code* (1883), *Nº Zeland Criminal Code* (1896), Tit. I *Introductory Provisions*, Part. I (arts. 8-10); SIAM, Cod. (1908), Lib. I, Cap. I, «Definiciones» (arts. 5, 6); AUSTRIA, *Vorenw.* (1909), Lib. I, Tit. VI *Erklärung einiger im Gesetze vorkommender Ausdrücke* (§§ 90-108) y *Reg. Entw.* (1912), Lib. I, Tit. VII (Id). §§ 90-108; ARGENTINA, Proy. (1917), Lib. I, Tit. XII, *Significación de conceptos empleados*, etc. (art. 78).

condición de *arbitrio judicial incriminativo*; que resultaría prácticamente imposible sin aquel sentido legal fijo, bajo el que late, libremente, la estimación judicial.

El criterio legal de la pena, explícito en las escalas, condiciona el *arbitrio judicial punitivo*; que, sin él, oscilaría entre el absurdo político—pero ideal técnico—de la invención de penas, y el error penológico de la «tasa de la pena»; pudiendo, con él, moverse el juez hasta un *máximum*, desde un *mínimum*.

a) *Definición del delito*

El Código penal definirá concretamente, al frente de la Parte general, la esencia de lo punible, esto es, la *materia criminal*. Mas, el delito no es sólo un *acto*, de naturaleza definible; es un *estado* (1). En la definición, el legislador, luego de señalar con exactitud la característica del delito, «como acto», para los fines penales y límites políticos de la *represión*, no puede omitir, para la posibilidad jurídica y eficacia social de la *prevención*, las determinantes del delito como estado. La definición criminal, por lo que hace al acto punible, ha de incluir, en lo mínimo, dos términos. Uno, subjetivo: la raíz psicológica de la *actividad* criminal, en sus realidades de *voluntariedad* posibles—dolo y culpa, dolo equívoco y dolo eventual— y en sus posibilidades de *exteriorización*—acción, omisión y omisión eficaz (2). Otro, objetivo: el límite jurídico absoluto de la *sanción* legal, general en su diversa área relativa, según la gravedad del *precepto*—delitos y faltas.

Esta definición es, pues, compleja y difícil.

Como la ley, en sus *categorías sociales* (tiempo, espacio, persona), la responsabilidad criminal ha de ser estimada y referida a sus *categorías individuales*. Así, ha de considerarse:

La responsabilidad, en cuanto al *fin* (intención). Comprende

(1) *Adiciones*, II, 261-273.

(2) Vid. Ebermayer, *Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuch'* 1914, páginas 11, 98. Cf. Hopner y Hippel, en *Z. de von Liszt*, XXX, 103-132 y 501-521.

la *definición* del delito, como criterio de exploración psicológica.

La responsabilidad, en cuanto a los *medios* (ejecución). Abarca la *demarcación* del delito, según grados.

La responsabilidad, en cuanto a la *empresa* (participación). Supone la *personalización* de la responsabilidad, por jerarquías de delincuentes.

a') *La intención*

La tradición criminalista española es constante—por vías de legislación—en el sentido de una clásica definición de delito. La esencia psicológica del delito, para el legislador, es voluntariedad en la causa, *malicia* en el fin; así como un eje sobre el que toda actividad criminal gira (1).

«Comete delito—decía el Código de 1822—el que libre y voluntariamente y *con malicia* hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena» (art. 1.º). Así se expresaban también, en esencia, el Código de 1848 y el del 50, y entre los Proyectos, los de Alonso Martínez (1882), Silvela (1884), Montilla (1902) y Comisión última (1911, art. 17).

En el Código penal de la Marina de guerra (1888), art. 1.º, pár. 3.º, «que concurra en ellas *malicia*»—se dice—, y en los artículos 1.º, números 3.º y 12; 117, números 3.º y 4.º; 118, pár. 3.º, y 159, «*malicia*», se repite. En el Código de Justicia Militar (1890) también la palabra «malicia» se emplea constantemente (artículos 223, números 4 y 6; 234 y 306). Así, también el Código penal de Marruecos (1914): «Y ejecutadas con *malicia*»; «que de ejecutarlo con malicia» (art. 1.º), dice y repite.

En la tradición legal se abre un paréntesis al redactarse el Código de 1870. Ya no se atiende al fin, sino a la causa; inqui-

(1) Por vías de teorización, la tradición española se inicia en Covarrubias (Vid. *Historia*, pág. 313, nota 1.ª), como advierte von Liszt (*Legislación penal comparada*, trad. esp., pág. XXII); se continúa en Alfonso de Castro, Pacheco, Silvela, etc. (Vid. *Adiciones*, II, 262) En la antigua legislación: Fuero Juzgo «malquerencia» (VI, 5, 1 y 8).

rir los fines siempre reservables, sagrados, de las acciones humanas (aun las más criminales) parecía entonces una ofensa a la conciencia individual, el máspreciado de los derechos del hombre. A nadie—ni al mayor criminal—se injurie, suponiendo *malicia*...; háblese, discretamente, de *voluntariedad*.

Pensemos, para comprender y perdonar, en el romanticismo político de la época. Era de tales exaltaciones—singularmente, a partir de la ficción revolucionaria de 1868—, que los profesores de física se veían en peligro, al explicar la teoría de la acción y de la *reacción*, en sus aulas...

«Son delitos ó faltas—dice el Código—las acciones y omisiones *voluntarias* penadas por la ley. Las acciones y omisiones penadas por la ley, se reputan siempre *voluntarias*, a no ser que conste lo contrario» (art. 1.º).

Pero el legislador no es consecuente, porque ya en el artículo 2.º atiende «al grado de *malicia*», y castiga el «retardo *malicioso*» del Juez, en el 368, pár. 2.º, y al empleado público que «dejare *maliciosamente* de promover la persecución» (artículo 370), y el «abuso *malicioso* de su oficio» en el Abogado o Procurador (art. 371), y el «cambio *malicioso* de las señales» en los «estragos», causados en trenes en marcha (art. 572).

Mas, al definir el anverso jurídico del dolo, ese modo criminal complementario que se llama culpa—de la sensibilidad, impericia; de la inteligencia, imprevisión; de la voluntad, imprudencia—, la llamada «imprudencia temeraria» del Código, dice así: «el que... ejecutare un hecho que *si mediare malicia* constituiría delito...» (art. 581). Luego—sacando la contradictoria—si «el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría un delito», «grave» o «menos grave», en la ejecución de todo delito, grave o menos grave, necesariamente, por definición, media *malicia*. La antinomia técnica entre el art. 1.º y el 581 es patente, y por si no bastan a confirmarla los otros artículos citados, únense a ellos el

584, núms. 2, 3, 5 y el 605. Este habla de los que «causaren un mal que, *si mediare malicia*, constituiría delito o falta».

La reforma, en la definición del delito, ha de hacerse a base de una rehabilitación de expresiones únicas de la esencia criminal (la intención culpable); mas, al mismo tiempo, con la integración de su concepto psicológico.

a") *Las faltas*

La *falta* o contravención no es esencial, esto es, individual y cualitativamente, distinta del delito. En lo social y cuantitativo, envuelve, no obstante, con la diversa gravedad de pena, una profunda divergencia jurisdiccional. Son otros Tribunales, otra Magistratura, la que ha de atraer a su fuero estos actos gravemente sintomáticos, pero levemente temibles.

En este concepto adjetivo— penal y procesal—fundan algunos Códigos (1), e indirectamente el nuestro (art. 6.º), una clasificación absurda de la materia criminal. En el orden ideal, ni la definición de falta (en identidad o a diferencia del delito) ni la enumeración de los hechos punibles como faltas, debieran tener cabida dentro del Código penal puro; que ello es,

(1) Francia (1810), art. 1; Grecia (1834); Turquía (1858), 2; Valois (1859), 2; Neuchatel (1855), Vand (1863), Glaris y Schwiz (1867), 1.º; San Marino (1866), 13; Berna (1867), 1.º; Bélgica (1867), 1.º; Alemania (1871), 1.º; Méjico (1871), 5; Ginebra (1874), 1.º; Chile (1874), 3; Mónaco (1874), 2; Friburgo (1874); Argentina (1886), 2 y 3; Paraguay (1880), 2; Portugal (1886), 3; Italia (1889), 1 y 11, pár. 2.º; Rusia (1903), 3; Honduras (1906), 3.

Tendencia de sentido utilitario, que acusa la influencia francesa en todos los Códigos y proyectos europeos, desde principios del siglo XIX. En Alemania se halla ya en el primer proyecto prusiano de 1848, párrafo 1, parr. últ. (Vid. W. Bauke, *Der erste Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts*, Berlin: J. Guttentag, 1915, pág. 42 y su obra *Die Rezeption des französischen Strafrechts*, en preparación), y antes, el proyecto revisado de 1836, se dividía en dos partes: una, crímenes y delitos; otra, «contravenciones de policía» (Vid. F. da Silva, *Introdução crítica*, al frente del *Código penal*, de Prusia, de 22, Mayo, 1852, Lisboa, 1855, pág. IX). A España no llegó, ni la clasificación tripartita, ni la aglomeración de delitos y faltas en un solo Código, hasta 1848 (Vid. Código 1822, art. 1.º, y F. Verlanga, *Comentarios a su trad. del Código penal francés*, Madrid, 1854, pág. 5).

en rigor, materia de un *Código de policía* (1), o de un *Código rural* (2). Mas, la tradición legislativa española nos fuerza a incluir aquí la *definición de falta*, y en otro lugar el catálogo legal de sus especies punibles.

Para el antropólogo, *idénticos* en naturaleza (sólo diferentes en grado); para el sociólogo, *diversos* en la forma; para el

(1) No son verdaderos Códigos legislativos, sino recopilaciones particulares: *The Police Code*, by H. Vicent, 14 ed., Londres, F. Edwards, 1907; *Répertoire de police*, de M. Lépine, Paris, Berger, 1896-99, dos grandes vols., y *Code annoté de la presse*, de M. Colliez, Paris, 1835. Sobre un *Código de policía criminal*, preparado en España por nosotros. Vid. *Adiciones*, II, 85. Es verdadero, el *Código de policía de la República del Ecuador*, de 30, Julio, 1906, ref.º en 5, Agosto y 15, Setiembre, 1911. Quito, Imp. nac., 1911. Existe análogo en: Hungría (*Código de las faltas*, Ley XL de 14, Junio, 1879), y lo era la *Parte tercera* «De las contravenciones», en el Cód. pen. prusiano de 14, Abril, 1851; con su Tit. I: «De la punición de las contravenciones en general» (párrafos 332-339), verdadero y perfecto Título preliminar, para un *Código de las faltas*, y tres títulos especiales.

Es muy conocido el *Código penal de policía*, de Baviera (26, Dic., 1871); comentado por Edel (Erlangen, 1862 y 1872), concordado por Riedel (4.ª edición, Nördlingen, 1889). Existen análogos en Wurtemberg (2, Octubre, 1839, ref.º 27, Diciembre, 1871); Baden 31, Octubre, 1863; Hesse (2, Noviembre, 1847 y 30, Octubre, 1855, más Ley 4, Oct., 1871; Anhalt-Dessau (29, Marzo, 1855-1, Julio, 1864, para Bernburgo) y Hannover (derogado, en parte). En Suiza, el *Cód. pen. de policía*, de Obwald (20, Abril, 1870). En Noruega, le suple la Ley de 31, Mayo, 1900.

(2) Existe en: República Argentina (*Código rural de la provincia de Buenos Aires*, de 6, Noviembre, 1865; Buenos Aires, Lajonane, ed., 1884) y Uruguay (*Código rural*, de 12, Julio, 1875, ref.º 28, Enero, 1879, 2.ª ed., Montevideo; A. Barreiro, ed., 1899).

En rigor, lo es—parcialmente—nuestra *Ley de Aguas* de 13, Junio, 1879, juntamente con la *Ley de Puertos* de 7, Mayo, 1880. De aquélla, en la primitiva redacción de 3, Agosto, 1866, tomó mucho el Código rural del Uruguay. Lo es, asimismo—en otro sector parcial—, la *Ley de Caza* de 16, Mayo, 1902 (Existe el *Código de caza* de Lubek, de 2, Junio, 1856.) No es verdadero Código legislativo el *Code rural français*, publicado por la «Academie de l'Industrie agricole», ni el *Code de législation forestier*, por A. Puton, Paris, Rostchild, 1883. Desde antes de Enero de 1874—moción Breuls, en el Congreso—, espera su aprobación el *Code rural belge*. Aun más antiguo es, en proyecto, el francés; desde 1860 decía Mr. Brouhours que gestaba en el Consejo de Estado, ya próximo el envío al Cuerpo legislativo, el *Code rural*. Al fin, Méline logra que lo vote el Senado (1883). Con posterioridad, es promulgado, en 8, Abril, y 21, Junio, 1898. (Vid. Duberuet de Bosch, *Projet de Code rural*, en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, XII, 360. E. Schaffhauser, *Le nouveau Code rural*, en *Les lois nouvelles*, 1898, págs. 453-454; el texto, en págs. 455-624 y 180-203. Es interesantísimo el *Proyecto de una Ley agraria o Código rural*, por D. J. Alvarez Guerra, Madrid, Imp. Burgos, 1841. Sigue, en parte, a Jovellanos (*Informe sobre la Ley agraria*), su consocio en la Económica Matritense.

jurista, metafísicamente *opuestos*, el llamado «delito de policía» y el «delito penal» (1), bien pueden figurar en un mismo Código penal científico-jurídico.

LIBRO PRIMERO

Principios generales y reglas sobre responsabilidad y penalidad

TÍTULO PRIMERO

De la responsabilidad criminal

CAPÍTULO I

De los delitos y las faltas

Art. 37. (nuevo). *Es delito el acto posible, de acción o de omisión, intencional y antilegal; como efecto de un estado, permanente o transitorio, perverso y antijurídico.*

El propósito, puesto en práctica, para la ejecución de un acto criminal esencialmente imposible, no es delito; pero su autor será sometido a tratamiento médico por tiempo indeterminado.

Art. 38 (nuevo). *Son faltas los delitos de mínima temibilidad, a que la ley señala penas leves. (Conf. Pen., art. 6.º, pár. 3.º, ref.º)*

Art. 39. *Los actos de acción y los de omisión, simple o eficaz—penados por la ley, se reputan siempre intencionales, mientras que no conste o se pruebe lo contrario. (Comp. Pen. 1.º, pár. 2.º)*

La comisión por eficacia de la omisión, que acarrea un peligro

(1) Goldsmidt: el *Polizeidelikt* no es infracción del Derecho, sino de la Administración (*Verwaltungsstrafrecht*, 1902.; Merkel: se caracteriza por su fondo penal «formal», mientras que en el *Kriminaldelikt* se crean a su sombra intereses «materiales», más o menos valiosos (*Kriminalistische Abhandlungen*, I, 98); Frank: no halla diferencias fundamentales (*Rectoatrede an den Universität Glessen* de 25, Agosto, 1897); von Bar: tampoco (*Handbuch*, I, 348); Hälschner: la diferencia existe en la diversidad de los objetos de la lesión jurídica; de aquí lo anti-jurídico policial se dirige contra lo que son—por su naturaleza y según su determinación final, a través de la ley penal criminal—leyes penales de policía diversas (*Gerichtsaal*, XI, 11, 81, 94); Stadler: la diferencia, ordinariamente, se halla en la gravedad de los hechos individualmente, según la forma y magnitud de la pena (*Der Strafantrag*, pág. 9).

o un mal resultado, sólo es punible en quien estuviere jurídica, mente obligado a prevenir o impedir su entrada en acción.

Art. 40. «Incorre en responsabilidad criminal el que comete un delito o falta, aunque tuviere intención de cometer otro distinto del ejecutado, y el que, conscientemente, pone a riesgo una vida.»

Art. 41. «Incorre asimismo en responsabilidad criminal el que, con ocasión de acciones u omisiones no penadas por la ley, causare por *imprevisión*, imprudencia, o *impericia* (1), una *lesión* o *daño*, que, de ejecutarlo con *intención*, constituiría delito o falta.» (Marr., 1.º, pár. 3.º; conf. Silvela, 16, ref.ºs)

Art. 42. «No incurre en responsabilidad criminal: el que, al ejecutar acciones lícitas, con la debida diligencia, causa un *daño* u *ofensa* por simple accidente.» (Marr., 1. 4.º; Silvela, 19; Pen., 8, circ. 8.ª) o por *ignorancia* o *error de hecho* (2).

b) *Demarcación del delito*

Los Códigos penales, luego de la definición, establecen la demarcación de la materia criminal—el delito en el espacio de la acción—sobre las formas múltiples de exteriorización y de ejecución: proposición, apología, conspiración, tentativa, delito frustrado y consumado; fases en el proceso del delito.

Nuestro Código penal discrepa—con el italiano—de casi todos los Códigos europeos, por la extraña estimación del «delito frustrado», con efectos de menor culpabilidad (3).

Nos referimos a nuestra doctrina sobre exteriorización criminal, donde «actos preparatorios» y «actos de ejecución» no son procesos en contigüidad, sino continuidad de un mismo proceso (4); postulado de un *Derecho antropológicopenal*.

Nosotros hemos creído demostrar que, ante la doctrina de la temibilidad general, el delito frustrado es—por la pujante inci-

(1) Vid. *Adiciones*, II, 465.

(2) Vid. A. Lifschütz, *Der gute Glaube im Strafrecht*, en *Zeitschrift de v. Liszt*, XXXVI (1915) 573-581.

(3) En esto no siguió el mejor ejemplo del Código francés (art. 2), y entre nosotros, de las Partidas (Tít. 21, Ley 2.ª, Part. 7.ª). En la teoría, Vid. Goldschmidt, *Die Lehre von unbeendigtem und beendigtem Versuch*, Breslau, Schletter.

(4) *La Antropología criminal y la justicia penal*, pág. 18; *Adiciones*, II, 358-363 y 460-461. Vid., también, R. Redslob, *Versuch und Vorbereitung. auf der Grundlage des deutschen und französischen Strafrechts*, Breslau, Schletter.

tación del fracaso a un mejor éxito en la empresa, por la ausencia de reacción moral de reprobación social—más peligroso que el delito consumado (1).

Por otra parte, nuestro Código arrastra—a partir de la funesta reforma de 1850—una deficiencia notoria: la proposición y la conspiración no son *grados de exteriorización*, constantemente punibles (art. 4.º). La apología aparece, la de algunos delitos, como delito propio (arts. 582 y 583), y la de todos como falta (584, núm. 4.º). La amenaza o anuncio, directo o indirecto, de un delito, no debiera ser delito propio (art. 507).

En fin, nuestro Código no prevé, ni en el delito la imposibilidad de fin, ni en la tentativa la inidoneidad de los medios (2). No distingue, en la tentativa con desistimiento—para él siempre impune (art. 3.º, pár. 3.º)—, el «arrepentimiento activo o diligente», del pasivo e ineficaz (3).

La reforma ha de remediar este triple defecto:

1.º Suprimiendo la figura legal del «delito frustrado», o equiparándole con el consumado.

2.º Estableciendo, entre los grados generales de exteriorización ejecutiva, en constancia de efectividad penal: la apología, la amenaza y la proposición para delinquir (4).

3.º Estimando la esencia final y el accidente de mediunidad, en la posibilidad del delito (5).

(1) *Adiciones*, III, 46-48.

(2) Vid. *Adiciones*, III, 34-40. Además de la bibliografía, allí citada, Vid. Th. Fabián, *Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelict, und Erörterung ihrer Strafbarkeit*, Breslau, Schletter, ed. von Liszt-E. Kitter, *Die Lehre vom Versuch*, en *Zeitschrift*, XXV, 24 y sigs.; E. Florián, *Trattato*, I, 472-477. Aplicaciones: Kohn, *Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen*, Breslau, Schletter, ed.; Kriegsmann, *Wahnverbrechen und untauglicher Versuch*, Breslau, ed. cit.;

(3) Vid. A. Baer, *Rücktritt und die tätige Reue bei untauglichen Versuch*, Breslau, Schletter, ed.

(4) La conspiración es doble forma de exteriorización y grado de participación, que referimos a ésta (Vid. adelante: c).

(5) El proy. Maúztua (*Perú*, 1918). castiga la tentativa de delito imposible (art. 71); Conf. Garófalo. En contra. *Brasil*, Cod. (1890), art. 14, § único.

CAPÍTULO II

De las formas generales del delito

Art. 43. Son punibles:

1.º *El delito o falta en que el culpable practica intencionalmente todos los actos de ejecución, por naturaleza suficientes para producir el resultado punible, ya se produzca éste o no, por causas ajenas a la voluntad del agente.»* (Pen., 3, pár. 2.º, ref.º; conf. Silvela, art. 20. Prec. Tít. 21, L. II, Part. VII: Mil., art. 175, 2.º)

Si la causa es de imposibilidad, y los actos ejecutados «no lo producen por ser ineficaces por naturaleza para producirlo», no serán penados, sino los que constituyan por sí delito o falta.

2.º *El delito en que el culpable da principio a la ejecución del acto punible directamente por hechos idóneos exteriores, y no practica todos los actos esenciales de ejecución que debieran producir el resultado punible por causa o condiciones que no sean su propio y espontáneo desistimiento.* (Pen., 3, pár. 3.º, ref.º)

El desistimiento del delito, en este grado, priva condicionalmente todo carácter punible: si fué exclusivamente nacido de la voluntad y no impuesto por circunstancias independientes, pero influyentes en ella (sent. 15, Oct, 1888); si nació de un arrepentimiento en el deseo, y no de un apreciado error en el cálculo; si se delató el culpable antes del descubrimiento; si se tratare de delitos de máxima temibilidad. (Conf. L. II, Tít. 21, Part. VII.)

Con todo, si delinquire posteriormente, dentro de un plazo de seis años, en primer grado del mismo delito de que desistió, será entonces castigado por el delito desistido y por el cometido. (Comp. L. 17, Marzo, 1908, arts. 1 y 14.)

Esta exención no alcanza a «las penas señaladas para los actos ejecutados, si éstos constituyen por sí mismos delito o falta.» (Silvela, 23; proy., 1902, art. 20; Marr., 3, pár. 3.º)

3.º *El delito en «que amenazare a otro directamente de palabra o de hecho (1) con causar a él o a su familia, en sus personas, honra o bienes, un daño o ultraje que constituya acto punible.»* (Pen., 507, ref.º)

Si la amenaza es de un acto «que no constituya delito», o no es directa, la culpabilidad será inferior. (Pen., 508, ref.º)

4.º *El delito en que el culpable, «que ha resuelto cometer un*

(1) Vid. *El delito de disparo*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, año II (1919), núm. 7, págs. 449-450.

acto punible, propone su ejecución a otra o otras personas» (Pen., 4, pár. 3.º), o de otro modo la prepara.

Exime de toda pena el desistimiento de la proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haberse comenzado el procedimiento.» (Cód. 1848, art. 4.º)

5.º *El delito de «los que provocaren pública y directamente, por medio de la palabra, por escrito, por la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración de los delitos comprendidos en este Código o en leyes especiales.»* (Pen., 582; comp. L. 10, Julio, 1894, art. 6.º)

c) *Personalización de la responsabilidad*

A la demarcación del delito sigue, en los Códigos penales, su personalización—el delito en cuanto a las personas responsables—, según la *jerarquía criminal* de los delincuentes: autores, cómplices, encubridores. Mas, ni la categoría de autor es una y precisa, sino varia, en nuestro Código; ni la de cómplice es definida, que no tienen valor definidor las exclusiones.

La asimilación legal, del inductor al autor material, no es aceptable. Son grados diversos de capacidad criminal (1) y temibilidad social. Falta, en cambio, el *autor social* (2).

La ejecución principal y la participación no deben ser penadas igualmente, en todos los delitos, cuando se trate de los que no pueden ser cometidos sino por determinadas personas (3).

En cuanto al *encubrimiento—personal y real—*, de un lado la moderna doctrina española (4); de otro, la más reciente legis-

(1) Vid. *Adiciones*, III, 105-107. También H. Singewald, *Der agent provocateur. Ein Beitrag zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen*, Breslau, Schletter, edición.

(2) Conf. *Proy. Cuba* (1908), art. 38; en contra, *Brasil*, Cod. (1890), art. 25, párrafo único. Vid. Kirchenheim, *Proy. Silvela*, págs. 114, 115.

(3) Vid. R. Schreiber, *Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten die nur an bestimmten Personen begangen werden können* (Breslau, Schletter, ed.)

(4) Silvela, *Derecho penal*, I, 185; Aramburu, *Notas a Pessina*, 527; Cuello Calón, *Ibid.*, págs. 527-528. En contra, N. de Palencia, *Teoría*, I, 239, nota.

lación nacional (1), a ejemplo de la extranjera (2), coinciden en estimarlo como delito propio, que ha de ir a su lugar correspondiente, entre las sanciones (Lib. II). Nosotros, distinguiendo el *encubrimiento excepcional* del *habitual* (3), haremos mención de cada uno en su lugar propio.

CAPÍTULO III

De los delincuentes

Art. 44. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

1.º *Los delincuentes* que tomen parte directa en la ejecución del hecho. (Pen. 13, núm. 1.º)

2.º *Los que por medio de órdenes o amenazas fuerzen a otros a ejecutarlo.* (Pen. 13, núm. 2.º y Silvela, 26, núm. 2.º ref.º, conf. Cód. 1822, art. 14); *si la fuerza era irresistible para el forzado, o la amenaza era de un daño igual o mayor que el de la pena.*

3.º «Los que *por consejos, dádivas o promesas, inducen directamente a otros a ejecutarlo.*» (Pen. 13, núm. 2); *si la inducción, por su naturaleza y condiciones, puede ser eficaz para determinar el agente, aunque el delito o falta no llegue a ejecutarse por causas ajenas a la voluntad del que indujo.* (Silvela, 26, núm. 3.º, ref.º)

Los inductores serán responsables criminalmente de los actos cometidos por eficiencia de su inducción; pero no de otros, que con ocasión de aquellos, ejecuten las personas inducidas, ni de sus consecuencias; a no ser que racionalmente hubieran debido prever-

(1) Proy. Silvela, lib. II, tít. IV, cap. VI *Del encubrimiento* (arts. 321-323). Comisión (1911), lib. II, tít. VI, cap. VII *Del encubrimiento* (arts. 441-444); Cód. Marruecos (1914), lib. II, tít. VI, cap. XIV *Del encubrimiento* (artículos 300-302). Vid. *Adiciones*, III, 128-137.

(2) Códos. de Francia (1810), en casos excepcionales, arts. 83, 248, 267 (ref. ley 19, dec., 1893) y 359; India (1860), arts. 212, 213; Bélgica (1867), arts. 339-340 y 505, 506; Alemania (1871), arts. 259, 270; Ginebra (1874), L. II, Tít. VIII, Sec. 3.ª *Del encubrimiento* (arts. 334-336); Holanda (1881), arts. 416, 417; Italia (1889), arts. 225; Venezuela (1898), Tít. IV, Cap. VI *Del encubrimiento* (art. 229), Tít. X Cap. V *de la ocultación* (art. 428); Noruega (1902), arts. 282, y 317-321; Rusia (1903), arts. 168-170; Japón (1907), arts. 103-105; Siam (1908), arts. 154, 321-323; Anteproys. Alemania (1909), arts. 280-281; Austria (1909 y 1912), arts. 411, 412; Suiza (1903), arts. 86, 212, (1908), arts. 87, 204 y (1915), arts. 129, 269; Cuba (1908), exclusión del art. 31; Suecia (1916) exclusión del cap. VIII; Argentina (1906 y 1917), arts. 277-279. Perú (1918), exclusión del Tít. X.

(3) Vid. nuestra posición en *Adiciones*, III, 113-114.

os. (Silvela, 26, núm. 3.º, § 2.º, ref.º) o si el inducido carecía de discernimiento.

Quedan exentos de toda pena los inductores, si espontáneamente, y antes de que se diere principio a la ejecución del delito lo impidieren (Silvela, 28, ref.º), *por sí o dando cuenta de ello a las autoridades. En todo caso, unos y otros quedarán sometidos a su alta vigilancia.*

4.º «Los que libremente cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no hubiera *podido efectuarse* el delito (Pen. 13, núm. 3.º, ref.º, conf. Silvela, 26, núm. 4.º), y más siendo ellos los *únicos que pudieran haber realizado aquel acto.*»

5.º «Los que *voluntariamente* cooperen a la ejecución del hecho criminal por actos anteriores o simultáneos» o *proporcionaran ocasión, medios o datos que faciliten su ejecución.* (Pen. 15, ref.º y Silvela, 28.)

«Cuando el delito dependa de las condiciones personales propias del autor, que no concurren en el cómplice, no será *éste* responsable de aquél, sino del que, en defecto de aquellas condiciones, *pudiera darse y ser castigado.* (Proy. 1911, art. 29, § últ., ref.º)

6.º «Los que se concierten para la ejecución del *acto criminal* y resuelvan ejecutarlo.» (Pen. 4, § 2.º, ref.º)

7.º «Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una Sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo o *en beneficio* de la representación social.» (Pen. 198, n. 7; Proy. Silvela, art. 25; Conf. L. 30 Junio 1887, art. 15.)

8.º *Los que por primera vez, sin ánimo de lucro y sin concierto previo, mas «con conocimiento de la perpetración del delito, pero sin haber tenido participación en él, intervienen:*

»Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento.

»Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, o bien, denegando el cabeza de familia a la Autoridad judicial el permiso para entrar en su domicilio, a fin de aprehender al delincuente que se hallare en él.» (Pen. 16, ref.º)

«*Callando la noticia cierta de que se va a cometer el delito, o cometido, el lugar en que se encuentra el reo.*» (Crim., 259; Cf. Cód. pen. Colombia, 18 Octubre 1890, art. 25, núm. 2.º)

«Están exentos de penalidad los que, *con las condiciones de este artículo*, sean encubridores de sus cónyuges de sus ascendientes

descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos, o afines en los mismos grados.» (Pen. 17, ref.º)

Art. 45. «Se exceptúan los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación. De *estos* delitos responderán criminalmente los autores, *comprendidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo anterior*. Se reputarán autores los que realmente lo hayan sido del escrito o estampa publicados. Si éstos no fuesen conocidos, o no estuvieren domiciliados en España, o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al art. 46 de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos se reputarán autores los editores también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal, y en defecto de éstos los impresores. Se entiende por impresores, para los efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado por cualquiera otro medio el escrito o estampa criminal.» (Pen. 12, 14). (1)

d) *Graduación de la responsabilidad*

El legislador ha definido y ha demarcado el hecho de la responsabilidad, el delito; luego, ha personalizado la responsabilidad misma, a través del hecho, en el actor. Ahora, ha de graduar su contenido por su forma. «Medida del delito»—decían los clásicos. «Medida del delincuente»—decimos nosotros (2). Semejante a la antropométrica, ha de ser esta una *medida psicométrica*. ¿Cómo, si lo moral —lo criminal, subjetivo— es públicamente íntimo, y sacramento secreto, por natural decoro y defensa? Como las enfermedades, por la traidora elocuencia del síntoma. He aquí la *teoría sintomática*, en Derecho penal (3).

(1) La responsabilidad criminal por publicidad gráfica, debiera ser, en rigor, solidaria (así, *Brasil*, Cód. 1890, arts. 22, 23); ya que el acto múltiple implica conformidad, al menos, frecuentemente, solidaridad entusiasta. Desde el director que autoriza el escrito, hasta el impresor que sabe ya imponer la «censura roja», si el escrito le desagradá, una publicación periódica es una cadena espiritual, que, tocada por la acusación, vibra toda entera.

() Vid. *Adiciones*, III, 367.

(3) Comp. O. Thesar, *Die symptomatische Bedeutung des verbrechertischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht*, Berlín, J. Guttenberg, 1907.

En nuestro Código penal, el sentido sintomático está comprendido en la doctrina de las *circunstancias*; unas, del delito —verdaderas circunstancias—; otras, del delincuente—más propiamente *condiciones*.

Escindidas según el criterio utilitario de su varia eficacia incriminadora (en «eximentes», «atenuantes» y «agravantes»), aparecen, circunstancias y condiciones, en la ley, confundidas.

d') *Las circunstancias*

Introducida por Bentham (1) la doctrina de las circunstancias, no es desdeñable, y aprovecha siempre; pero mucho más para la solución de casos prácticos, referentes a la participación (2).

Mas, en el sistema de Bentham, las circunstancias eran estimadas especialmente en cada delito (3). Así, también en el francés (4) y otros Códigos. El nuestro, iniciando la unificación, no logra un sistema completo (5). Con todo, un acierto fué la aplicación del *principio de analogía* al Derecho penal (art. 9, circ. 8.^a); punto de partida del arbitrio judicial. En esta iniciativa —que causó grande escándalo (6)— nadie se le adelantó.

Ahora que, el enunciado individual de cada circunstancia, del Código, poco es lo que resiste al análisis.

La legítima defensa y el estado de necesidad (7), están mal

(1) *Tratados*, t. I, IX, *De las circunstancias que influyen en la sensibllidad* (ed. esp. I, 162-205). El comentarista español D. Ramón Soler, dice: «quisiera que fuese el legislador mismo el que apreciase la sensibllidad de los individuos en sus circunstancias secundarias y ostensivas según el sexo, la edad y las demás, etcétera» (págs. 204-205). Pero en el Código de 1822, ya se incluyen (art. 107).

(2) Vid. Krug, *Die besondere Umestände der Teilnehmer*, Breslau, Schletter, edición.

(3) *La codificación*, ed. E. Dunart. Sec. X, *Código penal*; conf. *Proyecto de Cód. pen. para Ginebra* (Madrid, Soc. lit. y tip., 1845. págs. 58-63).

(4) La legítima defensa y obediencia debida son exención del homicidio (*Code pénal*, arts. 327-329), y así en los demás delitos.

(5) Laget Valdeson y Laget, *Théorie du Code pénal espagnol comparée avec la législation française*, París, Cosse, 1860, págs. 93, 94.

(6) *Ibid.*, págs. 94, 95.

(7) Vid. Florián, *Trattato*, I, 419, 420.

formulados en el art. 8.º del Código. He aquí, en toda su simplicidad, el problema:

CONFLICTO	SOLUCIÓN
(A)	(B)
Derecho: A.—contra	Derecho: B. = Contienda civil (no hay mala fe).
Deber: A.—contra	Deber: B. } = Estado de necesidad moral (no hay
Interés: A.—contra	Interés: B. } culpa).
Fuerza: A.—contra	Fuerza: B. = Estado de necesidad material (no hay dolo).
Sujeto: A.—contra	Sujeto: B. = Legítima defensa (no hay dolo).

Mas, por una deficiencia de redacción, en el estado de necesidad moral del Código, puede haber dolo; pues, aun cumpliéndose las tres condiciones de la circ. 7.ª («Primera, realidad del mal que se trata de evitar; segunda, que sea mayor que el causado para evitarlo, y tercera, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo») no hay culpa posible, pero puede *haber sido buscado el conflicto, el peligro (1), de propósito.*

Inversamente, en el estado de necesidad material, en caso de violencia por «fuerza irresistible», no hay posible dolo, pero *cabe la culpa* en el que admitió la compañía, la amistad, el negocio, y aun la experiencia hipnótica, de persona inmoral y sin garantías.

Al estado de necesidad—que es por definición una colisión de intereses legítimos— el Código puso el triple *límite objetivo* de legitimidad, pero se olvidó de la *condición subjetiva.*

A su vez, en la defensa legítima, según la fórmula legal, puede darse la culpa o imprudencia. Aun supuestas las tres respectivas condiciones («agresión ilegítima; necesidad racional de daño empleado para repelerla o rechazarla, y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende», o del que defiende), pudo ser *el daño inferido en la defensa mayor que*

(1) Conf. Proyecto de la Comisión, pár. 2º.

el recibido, o que se pudiera recibir; evitarse la agresión, o recibir auxilio público (1).

A la legítima defensa —que es por esencia la antinomia flagrante entre un derecho legítimo y un hecho ilícito— el Código español quiso poner, inútilmente, *límites subjetivos*, causales; cuando lo que importaba era una *condición objetiva*, mirando al resultado.

Con el trueque de condiciones se completan las fórmulas, y este camino ha de seguir la reforma del Código.

CAPÍTULO IV

De las circunstancias del delito

Art. 46. No delinquen:

1.º El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias de: agresión *actual inevitable* ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; *si es que el daño inferido en la defensa no fué mucho mayor que el recibido del agresor, o que pudiera recibirse, y hubo ausencia de agentes de la Autoridad, de quienes recabar la defensa.*

El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados, y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurren las circunstancias prescritas en el párrafo anterior; *si, caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.*

El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, *con las mismas circunstancias, si el defensor no fué impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. (Pen, 8, Circunstancias 4.ª-6.ª.)*

2.º El que para evitar un mal *propio, en la salud, vida o intereses ejecuta, en estado de necesidad*, un hecho que produzca daño en la propiedad o en la persona ajena, si concurren las circunstancias de: realidad del mal que se trata de evitar; que sea mayor que el causado para evitarlo; que no haya otro medio practicable y me-

(1) Conf. Cód. Brasil (1890), art. 34, núm. 2.º

nos perjudicial para impedirlo; *y que no fuese buscado el peligro o conflicto de propósito.* (Circ. 7.^a)

3.^o El que obra violentado por una fuerza irresistible, *materal o hipnótica; si no provenía de persona inmoral, a quien entregó su voluntad el forzado*, o bien, impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. (9.^a y 10.^a)

4.^o El que obra, o incurre en omisión, *justificadamente; ya en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; o en virtud de obediencia debida (11.^a y 12.^a); o hallándose impedido por causa legítima o insuperable (13.^a), no dependiente de su voluntad.* (Sent. 23, Noviembre, 1890.)

Art. 47. Delinque, con responsabilidad disminuida:

1.^o *El que se hallare, al tiempo de obrar, en alguna de las circunstancias del artículo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.»* (Pen. 9, circ. 1.^a, ref.^o)

2.^o *El que obra «por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató momentáneo o estado de obcecación pertinaz.* (Pen. 9, circ. 7.^a, ref.^o, conf. Marr., 9, núm. 7).

Son motivos legítimos de arrebató u obcecación:

Si precedió «inmediatamente provocación o amenaza adecuada, de parte del ofendido.»

Si ejecutó «el hecho en vindicación próxima de una ofensa, causada al autor del delito, a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos, o afines en los mismos grados.» (Pen. 9, circs. 7, 11 y §, ref.^o)

Si, en delito de insulto de obra a un superior, precedió «el inmediato abuso de autoridad.» (Mil. 173, § últ.^o)

Si, en delitos contra la propiedad, obró a impulso del hambre. (Sent. Madrid, 31, Mayo, 1917)

3.^o *El que delinque concurriendo cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores.* (Id. circ. 8.^a)

Art. 48. Delinque, con agravación de la responsabilidad:

1.^o El que ejecuta el hecho con alevosía, esto es, cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa del ofendido (*así, por la espalda, en la obscuridad, aplicando narcóticos, etc.*). (Pen. 9, circ. 2.^a)

2.^o El que comete el delito mediante precio o promesa de recompensa. (Circ. 3.^a)

3.^o El que lo ejecuta por medio de inundación, incendio, vene-

no, *asfixia*, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora, o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos, o con ocasión *de ellos*. (Circs. 4, 13)

4.º El que realiza el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía, *telégrafo*, *teléfono*, *pasquin*, u otro medio análogo que facilite la publicidad. (Circ. 5.ª)

5.º El que aumenta deliberadamente el *daño* del delito, causando *con ensañamiento* otros males innecesarios para su ejecución, o *irreparables*, que añadan la ignominia al hecho. (C. 6.ª)

6.º El que obra con premeditación conocida. (C. 7.ª)

7.º El que comete el delito en *edificio público o destinado a un culto*, en los Palacios de las Cortes o del Jefe del Estado, o en la presencia de éste, o donde la Autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones, *esto es*, con ofensa o desprecio de la Autoridad pública; del respeto que por la dignidad, edad, *enfermedad* o sexo, mereciere el ofendido, o en su morada, cuando no haya provocado el suceso. (Circs. 16, 19, 20)

8.º El que lo ejecuta con escalamiento, *esto es*, cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto; o bien con rompimiento de pared, techo o pavimento, o con fractura de puertas o ventanas, o *empleo de llaves falsas*. (Circs. 21, 22, y art. 529.)

9.º El que emplea astucia, fraude, *sorpresa* o disfraz; obra con abuso de confianza o se prevale del carácter público que tenga el culpable. (Circs. 8.ª y 11.ª)

10. *El que obra por motivo innoble*. (Cód. Brasil, 32, § 4.º)

11. El que lo ejecuta con abuso de superioridad *material* o empleando medios que *imposibiliten* o debiliten la defensa; *así*, con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad; de noche, o en despoblado, *con automóvil* o en cuadrilla. *Todas estas* circunstancias las tomarán en consideración los Tribunales según la naturaleza, accidentes y efectos del delito. (Circs. 9, 14, 15.)

d'') *Las condiciones*

Entre las tituladas «circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», del Código, el legislador incluye algunas *condiciones personales* (1). De ellas son: unas, *transitorias*; otras,

(1) Vld. *Adiciones*, III, 375-390. Sobre esto, también, R. Redslob, *Die persönlichen Eigenschaften, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern*, Breslau, Schletter, ed.

permanentes, ultra actuales. Así, la locura o imbecilidad (artículo 8.º, circ. 1.ª). De éstas, las hay *particulares*, excepcionalmente humanas, que alcanzan, en su eficacia, sólo al sujeto en quien se dan; así, la misma locura, la embriaguez (art. 9, circ. 6.ª), la vagancia (art. 10, circ. 23). Las hay también *generales*, y humanas; las que —dándose en todo hombre— condicionan, jurídicamente, la relación criminal de todos los que, al delinquir, se hallan comprendidos en ellas.

Las hay, en fin, *afirmativas y negativas* (entre las particulares), y éstas interesan, singularmente, para la etiología de los delitos culposos (1).

Aquellas condiciones particulares tienen relación causal u ocasional, de ecuación o de equivalencia, con la naturaleza del delito. Así, las fórmulas «locura y suicidio», «alcoholismo y delitos de sangre», «mendigos y vagabundos».

Mas éstas, las generales, en nada se relacionan —necesariamente— con la actividad criminal. Son estados biológicos, de normalidad, en los que igualmente pueden darse la virtud y el crimen; que no determinan, necesariamente, ni al delito ni al heroísmo. Verdad que todo se relaciona en la vida. Pero, ¿qué supondría averiguar —en la investigación causal de un descarriamiento— a qué hora *del día* ocurrió?

Responden estas condiciones generales permanentes a la vieja creencia naturista de la igualdad natural humana. Si todos somos iguales por naturaleza, si nacemos iguales, nada mejor que atenernos a las *variaciones comunes*: en el desarrollo (edad), en la actuación (libertad), en la relación jurídica (parentesco, subordinación). Este es el criterio básico del legislador míope, en la materia total de las circunstancias. En consecuencia, al legislador actual sólo interesan:

1.º El *acto*, en sus circunstancias, exteriores por etimología (*circum stare*); en cuanto sirvan de módulo para deducir, por la abertura de las dos ramas del compás voluntario —con-

(1) Vid. Guthmann, *Die negativen Bedingungen in ihre Bedingungen zu den unechten Unterlassungsdelicten*, Breslau, Schetter, ed.

ciencia y libertad—, el grado de *atribución causal del delito* (responsabilidad criminal).

2.º La *relación*, en todas sus radiaciones sociales — familiar (parentesco), gubernativa (subordinación), moral (confianza), política (carácter público), judicial (reincidencia y reiteración)—; que añade, a la calificación causal del acto, como variante, el dato modificativo de los *términos sociales del acto individual*.

3.º El *autor*, en sus condiciones individuales: patológicas (locura, imbecilidad), fisiológicas (edad), y dinámicas (vaganza); que anteponen o añaden, a la gradación causal y a la modificación relacional, la consideración diferenciadora del *coeficiente individual*.

He aquí su expresión matemática: Si un homicidio h , es cometido en vindicación próxima de una ofensa grave v , pero con alevosía a , ¿qué grado de responsabilidad circunstancial (x) corresponde al homicida? La ecuación no puede formularse sin el coeficiente: I, el individuo, según sus condiciones personales.

$$\text{Así:} \quad I \frac{h}{v} = \frac{a}{x}$$

Si las variantes: v (vindicación) y a (alevosía), se compensan (art. 81, núm. 4.º), queda el coeficiente I, obrando sobre toda la fórmula; determinando, de un modo eminente, todos los resultados. He aquí la importancia de las mal llamadas «circunstancias», que son *condiciones individuales*.

Ahora, frente a la hipótesis igualitaria, naturalista, del Código, aprendida en el viejo naturismo revolucionario, se levanta la ciencia moderna; que, a partir del *principio de variaciones individuales*, quita valor a las condiciones individuales generales para realzar el de las particulares.

Si cada hombre, desde el nacer, es tan idéntico a sí mismo como diverso de los demás, poco importa la edad, como dato rígido para apreciar el grado de *desarrollo* —mental y orgánico—, que es diferente, en una misma edad, para cada individuo;

el sexo poco importa, si cada hombre y cada mujer lo poseen en grado diverso. Pero importan mucho la *normalidad* y la *salud*.

La doctrina de la *perversidad* moral, como primera medida del delito, fué siempre buena doctrina española (1). Ultimamente, lo aceptaron el Código de justicia militar (art. 173) y el de Marruecos (art. 17, pár. 2.º).

La condición de *edad* envuelve un anteproyecto legislativo, excluyente: ¿Ha de ser objeto de una ley, o Código especial, el Derecho penal de los menores? (2). En efecto; acaso nos hallamos ante la nebulosa del futuro Derecho penal, protector, educativo, mitad humanitario-romántico, mitad utilitario-pragmático. De él arranca la paradoja penal futura: el ser más imperfecto en la humanidad, el niño, es el más necesitado de protección; el más imperfecto en la sociedad, el delincuente, es el que más precisa tutela. Acaso pudiera bien ser incluido su contenido esencial en un *Código de policía*. Por ahora, decididos partidarios de la separación jurisdiccional, con ley adjetiva propia, aceptamos la comunidad legal sustantiva, dentro del amplio Código.

Mas, un movimiento decisivamente evolutivo, impone la secesión: primero, en los cuerpos (separación carcelaria); ahora, en los Tribunales; luego, en las leyes. Vino de los Estados Unidos (3) y ya penetra, necesariamente, toda Europa. Trátase, pues, de un *Derecho minoritario*, procesal y penal.

(1) F. Castillo-Valero, *Observaciones críticas sobre el Código penal de España*, Madrid, Viñas, imp., 1860, págs. 9, 17.

(2) Para la información teórica y legal, Vid. la obra de E. Cuello Calón, *Tribunales para niños*, Madrid, Suárez, 1917, págs. 8-10. Allí no citados: P. Köhne, *Entwurf zu einem Reichsgesetz, betreffend die Ahndung und Vervolgung strafbarer Handlungen, welche von jugendliche Personen begangen werden* (Berlín, J. Guttentag, 1908), primer proyecto presentado en Alemania y multitud de leyes, proyectos, proposiciones de ley, libros, colecciones, revistas y artículos, cuya nota completa hasta 1910 puede verse en Reicher, *Bibliographie der Jugendfürsorge*, Viena, 1909 y 1910, 3 vols. La obra del Sr. Calón está bien informada, singularmente en las conocidas de Elena Troyano (1912), Juliet (1906); mas la de H. Hart, *Preventive treatment of neglected children*, Nueva York, 1910, actas de Congresos y Revistas.

(3) Sobre los citados por el Sr. Calón, Vid. el libro clásico de Samuel S. Barrows, *Children's Courts in the United States. Their origine, Development and results*, Washington, 1904, y los alemanes, muy conocidos, de Baernreither

Van incorporándolo a su legislación: Inglaterra (1), Bélgica (2), Alemania (3), Hungría (4), Francia (5), Noruega (6).

Jugendfürsorge und Strafrecht in den V. S. von A., Leipzig, Ducker, 1905 (muy detallado); Balogh, *Jugendgerichte in den V. S.*, 1905; Herr, *Das moderne amerikanische Bessersystem*, Berlín, 1907; B. Freudenthal, *Amerikanische Kriminalpolitik*, Berlín, J. Guttentag, 1907 (Disc. en la U. J. de D. p., muy leído); G. Staumer, *Amerikanische Jugendgerichte*, Berlín, Decker, 1908 (es un arreglo del libro de Barrows); H. Gudden, *Die Behandlung der jugendlichen Verbrecher in den Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Nuremberg, Korn, 1910 (el A., profesor de Psiquiatría en Munich, de su viaje de estudio, en 1909, aporta el ejemplo americano, con la información más completa y el juicio psicológico predominante, esp. págs. 40 y 41, 47, 58 y otras). E. von Liszt, *Sociale Fürsorgetätigkeit in den Vereinigten Staaten. Reisenotizen*, Berlín, J. Guttentag, 1910 (es una serie de apuntes del natural, donde los niños aparecen protegidos por el Estado, desde la cuna, y más especialmente cuando delinquen, colocados en la *Children's Village* y en la conocida *Junior Republik*, con su lema *Nothing without labour*, antes en la *Juvenile Court*, (de Nueva York, Filadelfia), de las que recibe la A. una impresión desagradable, págs. 61-66; mejor en Baltimore, Washington y Cleveland; pero en todos diversa, imposible de ser juzgados en conjunto, (págs. 67-73). E. Schullze, *Die jugendlichen Verbrecher im gegenwärtigen und zukünftigen Strafrecht*, Wiesbaden, Bergmann, 1910 (otro psiquiatra, que hace la Crítica de los Anteproyectos alemanes: penal de 1909 y procesal pero, desde el punto de vista psíquico y clínico, en lo referente a los menores). Para informaciones de actualidad, Vid. la Revista *The Survey*, los *Year Book* de los reformatorios, y la Revista *The Junior Republik*. De Samuel S. Barrows, sus artículos en *Charities* (3, Noviembre, 1906), en *The Outlook* (6, Mayo, 1906) y otros. Vid. *Ten years of the Juvenile Court* (en *The Survey*, Febrero de 1910).

(1) *Legislation in regard to children, Report of the Proceedings of the Special Conference* (Londres, 22, 23. Mayo, 1906). *Children Act*, 1908, (8, Edw. 7, Ch. 67), art. III. *Prevention of Crime Act*. (1908), arts. 1-9. *Criminal Justice Administration Act* (1914).

(2) Ley de 15. Mayo. 1912; antecedentes y proyectos en *La question du Tribunaux pour enfants*, Lovaina, Institut, 1911, págs. 23-38.

(3) L. de 1900. Proyectos de Köhne (1908) y del Gobierno. de 1912 y 1915. Vid. Kleins, *Les tribunaux pour enfants en Allemagne*, París, 1910.

(4) Ley XXXVI de 1908, párs. 15-32; y VII de 31, Marzo, 1913. Antecedentes en E. Laday, *La lutte contre la criminalité des mineurs en Hongrie*, Budapest, 1905; L. Edelsheim-Gyulai, *Le droit de l'enfant abandonné et le système hongrois de protection de l'enfance*, Budapest, 1909; Ch. Collard, *La protection de l'enfance en Hongrie*, en *Rev. de droit penal et de Criminologie*, Julio, 1910; E. Balogh, *Les tribunaux pour mineurs en Hongrie*, en *Rev.*

(5) Ley 22, Julio, 1912. Antecedentes: Ley de 19, Abril, 1898, interpretada como aplicable en función de *Juvenile Courts*, por M. Rollet, *La mise en liberté surveillée en France*, París, 1906; por simple circular o decreto, según Albanel, o reforma de los arts. 66, 67, 68 y 69 del Código penal, *Le crime dans la famille*, París, J. Rueff, 1900, págs. 184, 227 y sigs. *Avant projet de loi* (Grimanelli) *sur les mineurs de 18 ans*, Melun, 1908-9; *Prop.* (Drelou) 22, Febrero, 1907; *Prop.* (Deschanel) 22, Marzo, 1909, en *Rev. pénit.*, Abril, 1909, pág. 585; *Proy.* (rev. Violet) votado en 31, Mayo, 1910, para el Tribunal del Sena; 2.^a *Prop.* (Drelou), votada el 3, Abril, 1910; *Prop.* (F. Dreyfus), 7, Junio, 1911.

(6) Ley de 6, Junio, 1896.

Italia (1), Austria (2), Suiza (3), Rusia (4), Portugal (5), Dinamarca (6), y en Sud-América, Brasil (7). y Perú (8).

CAPÍTULO V

De las condiciones de los delincuentes

Art. 49. *No son temibles socialmente:*

1.º «El que, en el momento de ejecutar la acción u omisión punible se halle en un estado *de perturbación o debilidad* mental que prive necesariamente y por completo a su conciencia *de la aptitud para percibir la injusticia* de sus actos, o a su voluntad para obrar *de acuerdo con ella*, siempre que no se hubiese colocado en ese estado voluntariamente. (Comp. Proy. Montilla, 28, § 1.º Marr., 9, núm. 3 y Pen. 8, 5.ª)

2.º El menor de diez y siete años. (Comp. pen. 8, núms. 2 y 3 y Proy. Montilla, 30 y Cód. 1822, arts. 23, 24).

3.º El sordomudo de nacimiento, menor de diez y ocho años, a no ser que haya obrado con discernimiento (Marr. 9, núm. 4.º, ref.º, conf. sent. 24, Diciembre, 89), y el epiléptico, siempre.

El Tribunal *en todos estos casos* hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o someterle a tratamiento.

Art. 50. (Ref.º) *Son menos temibles, socialmente:*

1.º *El disminuido mental que en el momento de ejecutar el hecho punible se halle en estado de «parcial perturbación de sus fa-*

(1) De Casabianca, *Les tribunaux pour enfants en Italie*. Com. a la S. de P. (20, Junio, 1910), en *Rev. pénit.*, Julio-Octubre, 1910, págs. 849 y sigs. Hay un *Proyecto de Código de la infancia*.

(2) Proy. 1907 (XVIII, Sesión.) Janisch, *Die österreichische Jugendgerichte und ihre Vorbilder*, en *Zentralblatt für vermindertschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung*, 1910.

(3) Anteproys.: 1894 (a. 6), 1896 (a. 9), 1903 (a. 13), 1908 (arts. 10-12) y 1915 (P. G. Cap. IV, arts. 82-100-362-396), Proy. fed. (1918), Cap. IV, *Behandlung der Kinder und der Jugendlichen* (arts. 80-96). Leyes: Ginebra (4, Oct. 1913; antes, 23, Feb., 1910), Appenzell, A-Rhin, *Gesetz betr. Strafprozessordnung* (26, Abril, 1914), Tit. VIII, *Das Verfahren gegen Jugendliche* (arts. 97-101) y Reg. (20, Feb., 1917); Zurich, *Gesetzesentwurf über die Zwangsversorgung von jug.* (30, Abril 1919).

(4) Ley de 1897, Cód. pen. 22, Marzo, 1903, párs. 40-42.

(5) Decreto-ley de 27, Mayo, 1911 (*Tutorias da infancia*); Vid. texto en M. Correa, *Creanças delinquentes*, Coimbra, Amado, 1915, págs. 99-103.

(6) Ley de 4, Abril, 1905.

(7) Prop. del diputado Joao Chaves.

(8) Proy. Cod. Maúztua (1918), Tit. VII, *Tratamiento de los menores*.

cultades mentales», u *obre hallándose en «defecto permanente» de su razón.* (Conf. Sents. 9, Octubre, 91; 4, Abril, 96, y 17, Junio, 99.)

2.º El menor de diez y ocho años, o mayor, si es deficiente en su desarrollo mental (Pen. 9, cir. 2.ª; ref.º, conf. Sent. 9, [10, 91), y el sordomudo de nacimiento, siempre si está falto de instrucción. (Sent. 24, Diciembre, 89.)

3.º En delitos leves y faltas, el ignorante del precepto o de la maldad del hecho. (Marr. 12; Contr., 16, núm. 6.º, L. 20, T. 1.º, Part. VIII.)

4.º *El alcohólico agudo* «que ejecuta el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuese habitual o posterior al proyecto de cometer el delito» (Pen. 9, circ. 6.ª), y el [enfermo] en estado morboso similar de aquel que, sin privar de conciencia al agente, disminuya en él el imperio de la voluntad.» (Marr. 10, núm. 6.)

5.º «El que, *por su conducta y antecedentes no era moralmente capaz* de causar un mal de *tal* gravedad como el que produjo.» (Pen. 9, circ. 3.ª, ref.º; comp. Montilla, 31.)

6.º *El que ha* «dado espontáneamente satisfacción adecuada al ofendido o procuró reparar el daño *y devolver el objeto sustraído* antes de que diera principio el procedimiento.» (Marr. 10, núm. 8; ref.º, conf. Sents. 14, Noviembre, 97, y 25, Enero, 900.)

7.º «*El que* se presentó espontáneamente a las autoridades, confesando el delito antes de ser descubierto, o no siendo aquél perseguido ni señalado como presunto culpable.» (Marr. 10, número 9.)

8.º *El que, en delitos leves, delinquiró contra* su cónyuge o ascendientes, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afines en los mismos grados, del ofensor.» (Pen. 10, circ. 1.ª, ref.ª)

Art. 51. (Ref.º) *Son especialmente temibles, en la sociedad:*

1.ª *El delincuente habitual.* Lo es *el que ha* sido castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor.

Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales, según las *condiciones* del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito.

Lo es *el* reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código (Pen. 10, circunstancias 17 y 18), *en cualquiera de los grados del art. 44* «o dos veces en juicio por falta» *de la misma materia criminal.* (Pen. 531, núm. 5.º Conf. Montilla, 34, § 2.º)

2.º *El alcohólico crónico,* o si la embriaguez, en cuyo estado

delinquir, fué posterior al proyecto de cometer el delito.» (Pen. 9, circ. 6.^a, invertida.)

3.º *El que siendo pariente próximo de su víctima, dentro de los grados enumerados en el artículo anterior, n.º 8 ha cometido delito grave.*

4.º *El ocioso y el vagabundo que no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio conocido de trabajo y subsistencia, si por añadidura no es casado, pasada la mayoría de edad, ni tiene domicilio fijo, y hace vida libertina, por más que posea bienes o rentas.» (Pen. 10, circ. 23, ref.º)*

5.º *El indocumentado, y el que habitualmente lleva armas sin licencia. (Contr., 18, n.º 7.º 58.)*

Art. 51. Para la apreciación de *la criminalidad* de los delitos comprendidos en esta ley, *según las condiciones del delincuente y vida anterior*, obrarán los Tribunales a su prudente arbitrio, tomando en cuenta el grado de perversidad del culpable.» (Mil. 173; Marr. 17, § 2.º)

Art. 52. Las condiciones o cualidades inherentes a un delincuente, ya sean permanentes o accidentales (relaciones personales con el ofendido, etc.), no podrán estimarse a favor ni en contra de los demás autores o de los cómplices o encubridores del mismo delito.» (Pen, 80, § 1.º; Marr. 21.)

C) DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Para la determinación de la responsabilidad civil, el Código se atiene —inicialmente— a la vieja doctrina de la «responsabilidad por la culpa» (*Culpahaftung*). Es la *identificación personal de la responsabilidad criminal y civil*.

«Art. 18. Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es, también, civilmente.»

Mas, al punto se traslada, sin embarazo de contradicción, a la doctrina, ahora en actualidad, de la «responsabilidad por la causa» (*Causahaftung*). En la cuestión de las exenciones de responsabilidad, el legislador establece ya la distinción personal, por razón de la naturaleza de responsabilidad, entre: *per-*

sonas responsables criminalmente y personas responsables civilmente.

Art. 19. «La exención de responsabilidad criminal declarada en los núms. 1.º (el imbécil y el loco), 2.º (el menor de nueve años), 3.º (el mayor de nueve y menor de quince), 7.º (el que para evitar un mal, etc.) y 10 (miedo insuperable) del art. 8, no comprende la de la responsabilidad civil.»

Así, aparecen escindidos, en cuanto a la responsabilidad: de un lado, el imbécil, el loco y el menor (*responsables criminalmente*), y de otro, «los que los tengan bajo su potestad o guarda legal» (*responsables civilmente*). De una parte, «el que para evitar un mal causa un daño» (*resp. crim.*), y de otra: «las personas en cuyo favor se haya precavido el mal» (*resp. civ.*) (1). En un lugar, «el que obró impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor» (*resp. crim.*); en otro, «los que hubieren causado el miedo» (*resp. civ.*) (2). En fin, con distinta consideración de responsabilidad: los que cometieren delitos en posadas, tabernas u otros establecimientos (*resp. crim.*), y «los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o empresas por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan» (*resp. civ.*) (3); los «criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes, en el desempeño de sus obligaciones o servicio» (*resp. crim.*), y los «amos, maestros, personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria» (*resp. civil*) (4).

Pero el legislador, menos cuidadoso de la consecuencia que de la utilidad, vuelve a la identificación personal de las dos responsabilidades, a través de la doctrina causal de la responsabilidad subsidiaria.

El loco, el imbécil y el menor, en principio responsables criminal y civilmente (art. 18); por exención criminalmente irresponsables (art. 8.º, circs. 1.ª, 2.ª y 3.ª), son, en definitiva, res-

(1) Art. 19, reglas 1.ª y 2.ª

(2) Art. 19, regla 3.ª

(3) Art. 20.

(4) Art. 21.

ponsables civilmente (art. 19): «no habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente» (art. 19, pár. 3.º).

De suerte que el loco, el imbécil y el menor, *vienen a ser*, como civilmente responsables subsidiarios de sus tutores insolventes, *responsables subsidiarios, civiles*—en tercer lugar— *de sí mismos*.

Lo mismo puede decirse de los que obraron por miedo insuperable (art. 8.º, núm. 10), responsables «subsidiariamente y en defecto de ellos»—de los que hubieren causado el miedo (art. 19, regla 3.ª); esto es, irresponsables criminalmente, responsables civiles.

La antinomia doctrinal, que resulta de involucrar en un mismo Código hechos de responsabilidad criminal y fenómenos de responsabilidad civil —que han de regirse por normas jurídicas diferentes—, se agudiza en el tít. IV, *De la responsabilidad civil*.

Es principio penal universal —desde el Digesto (XLVIII, núm. 11) hasta la Revolución— el de la personalidad de las penas. En España es, además, norma histórica; desde la *Lex antiqua* (VI, 1, 8) (1), y la *Lex Legum* (Cont. Inst. frag. 3.º) (2), y el *Forum Iudicum* (VI, 1, 8 y VIII, 2, 19), y las Partidas (3).

Principio civil categórico es —inversamente— el de la «transmisión de las obligaciones».

Frente a la «trascendencia penal», de la *infamia*, abolida por el humanitarismo, se levanta la noble trascendencia civil: la *herencia*.

Pues bien, el legislador español resuelve problemas penales con principios civiles; la responsabilidad civil —identificada personalmente con la criminal—, en principio, pero consecuencia directa suya, de hecho, impone, en un Código penal de base

(1) Vid. *Historia*, pág. 157.

(2) *Ibid.*, pág. 164.

(3) Ley 9, tít. XXXI, part. 7.ª Comp. tít. VI. Vid. *Historia*, pág. 317.

ética, una incrustación jurídica heteronómica; no inmoral, ni amoral, pero sí heteromoral.

Art. 125. «La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable. La acción para repetir la restitución, reparación e indemnización, se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.» (Este último precepto debiera ser trasladado al Código de procedimientos.)

En concordancia, la ley de Enjuiciamiento criminal, dispone:

Art. 115. «La acción penal se extingue por la muerte del culpable (conf. pen. art. 132, núm. 1); pero, en este caso, subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil.»

Doctrina penal indiscutible es la de que *cada uno responda individualmente de los propios actos*, y esto hasta en cuanto al concurso personal o al material de las circunstancias (Pen, artículo 80); de donde, en la cooperación criminal, la responsabilidad se gradúa por la participación respectiva (artículos 11-17 y 64-77).

Firme doctrina civil es la de la *responsabilidad mancomunada y solidaria*. (Civ., Lib. IV, Tít. I, cap. III, Sec. 4.^ª), y en virtud de la transmisibilidad de las obligaciones (art. 1.112) y por la aceptación pura de la herencia (art. 1.003), la de la *responsabilidad subsidiaria*.

Pero el legislador penal aplica esta doctrina, cómodamente a la responsabilidad civil de origen criminal, en la absurda y contradictoria forma siguiente:

Criterio ético-criminal.

Art. 126. «En el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.»

Criterio ético-civil.

Art. 127. «Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán *responsables solidariamente* entre sí por sus cuotas, y *subsidiariamente* por las correspondientes a los demás responsables.

»La *responsabilidad subsidiaria* se hará efectiva: primero en los bienes de los autores, después en los de los cómplices y por último en los de los encubridores.

»Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.»

En suma, todo el Tít. VI del Lib. I del Código penal, lógicamente, debiera—según el criterio del legislador—pasar al Código civil; donde las *obligaciones que nacen por causa de delito* (la *obligatio ex delicti*, de Papiniano), tendría su adecuado lugar, en el cap. II, del Tít. XVI, Lib. IV de este Código.

De esta suerte, no contra sus herederos (Crim. 115), sino siempre y directamente contra todo criminal, se ejercitarían las acciones penal y civil, y no conjuntamente (art. 108), sino precisamente por separado, evitando así toda mescolanza de jurisdicciones. Así, el juez criminal impondría la pena social adecuada a la naturaleza del delito; ni agravada ésta (Pen. art. 50) ni menos transformada, desnaturalizada (art. 50, núm. 3.º), por las resultancias penales de la responsabilidad civil, en insolvencia, según la absurda teoría legal de la *responsabilidad personal subsidiaria*.

A su vez, el juez civil—serenamente—establecería la justa restitución, la debida reparación del daño, y la merecida indemnización por el perjuicio (1); según la doctrina general, civil, de las obligaciones, en la especialidad de las «que se contraen sin

(1) Cf. Cod. *Brasil* (1890), arts. 70: «La obligación de indemnizar el daño se regulará según el derecho civil».

convenio», y esto sin dejarse influir—que así es en lo criminal—del inevitable sentimentalismo.

Solamente una norma, contenido de un posible artículo, que debiera seguir al último del Tít. IV (en el nuevo lugar del otro Código):

Art. 128, § 2.º *Si la responsabilidad civil no pudiera ser hecha efectiva en las personas enumeradas en este y en los anteriores artículos, el Estado resarcirá al lesionado, o a su familia, de todos los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del delito.*

Del derecho extranjero tomamos la doctrina (1). La nuestra es bien espesa, en el sentido de que el Estado ha de ser un seguro (2).

La «indemnización a los inocentes», es de abolengo en nuestro derecho patrio (3); no así la «indemnización al rehabilitado», del derecho extranjero (4).

(1) SUIZA, el perjudicado por el delito: Anteproys.: 1893, art. 29; 1896, art. 31; 1903, arts. 39 y 46, § 2.º; 1908, art. 46, § últ.º; 1915, art. 59; Proy. fed. (1918), art. 57. ARGENTINA, Proy. (1917), Lib. I, Tít. IV, art. 30 (indemnización, preferente a otras obligaciones posteriores al delito y al pago de la multa).

(2) *Teoría*, págs. 312-314.

(3) Cod. 1822, *Título preliminar*, Cap. XII, *De la indemnización a los inocentes*, (arts. 179-181). Cf. Leal, *Prisión preventiva*, Bahía, Lib. Magalhaes, 1894. Vid. nuestra Ley de 7, Agosto, 1899 (recurso de revisión):

«Artículo 3.º Cuando en recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, pudiendo obtener del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos por virtud de la sentencia anulada cuando el Tribunal o Juez sentenciador haya incurrido en responsabilidad y no pueda hacerse efectiva.»

(4) BRASIL, Cod. (1890), art. 86, § 2.º (hace de ello responsable al Estado).

III

La reforma científica.

El Derecho penal de las sociedades y de los individuos es la medida de su cultura, el cartel de su ideario. Recordemos la conocida frase de Guyau: «Irritad a una fiera y os destrozará; atacad a un hombre de mundo y os responderá con un rasgo de ingenio; injuriad a un filósofo y no responderá.» (*Esquisse*, L. II, Ch. II). Las antiguas leyes penales se distinguen de las modernas, no tanto por lo numeroso y minucioso de sus preceptos, cuanto por lo brutal y lo mezquino (1).

El testamento y el contrato son instituciones que hallamos reguladas, en nuestros Códigos civiles, de modo análogo a como lo estaban en Roma. Su *Derecho penal civil* (desheredación, cláusulas penales, delitos civiles, prescripción extintiva), ha llegado hasta nosotros impenetrable a todas las corrientes filosóficas, inmune al humanitarismo del XVIII. El *Derecho penal criminal* habita en la ribera ética, más próximo a las corrientes del pensamiento; por donde ha de ser más penetrable a las ideologías, y más dinámico. Un Derecho civil no puede ser extraño a las *costumbres* de su época; un Derecho penal no ha de contradecir a las *ideas* de su tiempo.

¿Existe algún *contenido filosófico* en nuestro Código penal? Este Código es—en substancia—el de 1848. ¿Tenían *preparación filosófica* sus redactores? Oigamos la declaración bizarra de uno de ellos: «La Comisión ha empleado el *método ecléctico*, poniendo a tributo todas las escuelas... (!) La filosofía materialista (*sic*) nos ha prestado su orden y método artístico; la espiritualista, ligeros reflejos del principio religioso

(1) H. Sumner Maine, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Londres, Routledge, 1907, p. 306.

ortodoxo; la idealista (que no es espiritualista, ¿eh?), su crítica, sus tradiciones y su principio.»

Ante tamaña revelación se retira, avergonzada, la preceptiva del respeto.

A) PRAGMATISMO PENAL (1).

Por una vez, hemos de estar reconocidos al humanitarismo del setecientos. Predicando contra las crueldades, clamaba el gran Montesquieu: «Que se examine la causa de todas las corrupciones; se verá como ella procede de la *impunidad de los crímenes*, y no de la moderación de las penas.» (2) Y Beccaria, en su Catecismo de la moderación penal, glosaba: «No es el rigor del suplicio lo que previene más seguramente los crímenes, es la *certidumbre del castigo*, es el celo vigilante del magistrado... La perspectiva de un castigo moderado, pero *inevitable* causará siempre una impresión más fuerte que el temor vago de un suplicio terrible, junto al que aparece alguna esperanza de impunidad» (3).

Estas palabras elocuentes inician un capítulo: *Que el castigo debe ser inevitable*, donde el autor lanza la primera piedra contra esa vergüenza social, todavía en pie: el indulto. El libro de su precursor, o coetáneo, Tomás Natale, se rotula: *Della efficacia e necessita delle pene* (1.^a ed. Bentivegna, Palermo, 1772). En él se lee: «que para hacer *eficaces* las penas no es necesaria la crueldad de ellas, sino el saberlas adaptar y propor-

(1) Desde 1916 vengo pronunciando, en mi cátedra de «Estudios superiores de derecho penal», ésta fórmula de mi invención modesta. Verdad que nunca, hasta ahora, tuve espacio y ocasión de precisar el concepto. Entretanto, algunos espíritus apresurados proclaman ya, con una adorable inconsciencia, «El triunfo del pragmatismo», en Política criminal. Las páginas siguientes muestran cuán distante está mi *pragmatismo penal*, del *finalismo penal*, de von Liszt y toda la escuela defensista.

(2) *L'esprit des lois*, lib. VI, cap. XII.

(3) *Dei delitti e delle pene*, cap. XX.

cionar, según las circunstancias» (1). He aquí un paso: de lo subjetivo a lo objetivo, la *certeza penal*, o conciencia de la pena como inevitable, se convierte en *eficacia penal*, elevándose a condición de toda pena. Este es el punto de partida, histórico-ideológico, del *pragmatismo penal*.

La escuela clásica italiana, por cuyo cable llega hasta nosotros la tradición penal renacentista, en la espira de cada autor, dedica al sentido de la eficacia uno de sus hilos. «Que se adopten en la sociedad—aconseja Carmignani—las oportunas caute-
las, a fin de hacer más *ciertas e inevitables las penas*» (2).

¿Por qué la preocupación pragmática? Puffendorf y otros, habían demostrado que nadie delinque sin la esperanza de evitar la pena. (3)

¿Qué es el pragmatismo? Dos órdenes consecutivos de recíproca influencia, pero en esencia opuestos, son: la idea y la *acción*. La idea es fuerza, y tiende a realizarse; la acción crea interés, y aspira a justificarse en un ideario. Ahora, las afirmaciones terminantes se corresponden, en la acción y en la idea. Lo que en el orden de la idea es «apodíctico», en el de la acción se dice *eficaz*. Lo que allí se expresa como «categórico», aquí significa *pragmático*.

La «*eficacia*»—esa palabra actual—significa virtud de la causa eficiente; es *competencia*, en la iniciativa; *seguridad*, en el resultado; *habilidad*, en el manejo; *idoneidad*, en los medios; *utilidad* y logro, en el fin.

El pragmatismo penal—y todo pragmatismo—pudiera fundarse en un axioma, añadido a la lista de los σοφισματα de Aristóteles, y a los *anarchical fallacies*, de Bentham. (4) He aquí este axioma: «Razón no es razón.» No valen ya los argumentos

(1) Ed. Guardione, Palermo, 1895, pág. 34.

(2) *Elementi*, pár. 360, 1.^o vers. it., Nápoles, Androsio, imp., 1854, pág. 106. Conf. pár. 349 (pág. 103), donde repite, sin citarles, a Montesquieu y Beccaria.

(3) *De iure naturale et gentium*, lib. VII, cap. III, pár. 5.^o. Conf. *De la garantie sociale considérée dans son opposition avec la peine de mort*, Paris, 1798

(4) ... being an examination of the Déclaration of Rights issued during the French Revolution, en *Works*, Edinburgo, 1843, II, 189-534.

de antigüedad, divinidad, novedad; ni las fórmulas de metáfora literaria, y ficción jurídica, y símbolo histórico, y sutileza lógica... Así, pragmatismo es antirracionalismo, antidogmatismo, antitradicionalismo. Razón no es razón: venga el hecho, el *πραγμα*; la acción eficaz. Pragmatismo es, pues, más que escepticismo y positivismo; es utilitarismo científico y trascendental.

El positivismo penal culmina, y se aquieta para detenerse, en la «idea de fin». Más, el fin, en el orden ideal, es la causa (1). La que supone un retorno al punto de partida metafísico en toda investigación. Y, en cierto modo, una petición de principio. Más, no basta la «idea de fin», sino el hecho del fin; esto, es, el *resultado*.

El resultado es *un fin* en el orden real, *a posteriori*. Frente a la *Zweckstrafe* (pena de fin), de von Liszt, aparece la *pena de resultado*; que es aquélla puesta a prueba, contrastada en la práctica. La pena de fin salió del gabinete, donde la especulación filosófica se cierne y conflagra; la pena de resultado saldrá del laboratorio psicológico, allí donde la investigación psicométrica se hace, y del penitenciario, lugar en el que la indagación ético-métrica se realiza.

Por eso el precursor de la psicología criminal, individual y colectiva, clasificaba las penas y los placeres (2), y condicionaba las penas por su *certidumbre*. «La pena debe ser *cierta*» (3)—dice Bentham. «La pena ineficaz—añadía—es un doble mal; para el público, porque permite cometer el delito; para el delincuente, porque se le castiga si pierde.» (4)

En una palabra: resultado, supuesta la causa fecunda, es *product*. Así, el resultado de la pena es su *product* penal. Delicuentes corregidos, intimidados o eliminados, son, precoces o maduros frutos directos de la producción penal, varía en cada sistema. Los corrompidos, los endurecidos o habitualizados, y los

(1) *Adiciones*, II, 360.

(2) *Tratados de legislación*, vol. I, cap. VIII (I, 158, ed. Paris, 1838).

(3) *Théorie des peines et des recompenses* (escrita en 1775), 3.^a ed., Paris y Leipzig, 1826, I, 36, 37.

(4) *Ibid.*, I, 25.

evadidos, son sus frutos inversos. Como se ve, el árbol de un sistema penal se conoce, pragmáticamente, por sus frutos. He aquí, en esencia crítica, el *pragmatismo penal*.

Cierta, como idea; eficaz, como acción; provechosa, por sus resultados o productos, ha de ser, según él, la pena. Esta es la *preceptiva penal pragmática*.

En el curso de las teorías penales, el pragmatista se halla con la escuela clásica, para quien la pena es problema de justicia, y con la escuela positivista, que la explica por la necesidad. Y halla que no le interesan estas teorías; que se nutren de conceptos penales, no de *cosas penales*. Emitido el fallo justo y cumplida la pena legal, para aquélla; realizada la defensa por la reacción, hasta la eliminación, para esta; se cerró ya el horizonte de las *posibilidades penales*. Y lo que se agotó, en fuente de virtualidad, lo que se extinguió, en fuego de vida, no interesa ya pragmáticamente. ¿Cómo volver, indefinidamente, en proceso continuo de *experiencias penales*? Las dos teorías, con aparentar apuestas, resultan idénticas pragmáticamente. A partir de un principio jurídico—metafísico o sociológico—van, rectas, a sus consecuencias; «consecuencias jurídicas», defínense las penas. La idea de justicia, individual, o social; el fin de la pena, en sí, o fuera de sí; se cierran su camino, hacia el porvenir fecundo de las *trascendencias penales*.

No es esta la ocasión de su desenvolvimiento teórico (1). Mas, he aquí un problema.

Se puede discutir—y negar—si el sentimiento jurídico popular es o no la fórmula del *Derecho justo* (2); más, averigüese si acaso es el secreto del *Derecho eficaz*. En la cuestión de la culpabilidad, en efecto, el juez consciente no debe oír la *vox*

(1) El punto de partida puramente ideológico está en un estudio iniciado por nosotros: *¿Qué es la pena?*, en REVISTA DE LEGISLACIÓN, CXXVI (1916), 385-423. Quedó truncado por la guerra, que nos impidió tener a la vista el vol. II de las *Abhandlungen*, de Merkel; un penalista que se ocupó del concepto historicista de la pena, antes que nosotros.

(2) Por la negativa, A. Baumgarten, *Strafrecht und Volksempfindung. Ein Beitrag zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlín, Vahlen, 1909, págs. 6 y sigs.

populi; (1) pero el legislador ha de escucharla en la cuestión de la pena.

A veces, el sentimiento de lo justo—decíamos—se manifiesta como un elemento perturbador (2). Mas, para la aplicación del Derecho (ejecución de sentencias penales, singularmente), es forzoso contar con esa perturbación accidental, en la regularización de la vida del Derecho. La opinión pública es un reloj, que ya se atrasa, ya se adelanta; y al darle cuerda—la ley, — para que suenen las horas—las sentencias—hay que tener en cuenta aquel retraso misoneista, o bien este adelanto radical... Y volvamos a Beccaria, que, consciente de la ley psicológica de proporcionalidad, entre el objeto y la sensación, pide que las penas sean moderadas; a fin de que, agudizada la sensibilidad colectiva—entonces endurecida por penas crueles—sean cada vez *más eficaces*, conminatoriamente, las penas (cap. XV). He aquí, junto al arte social, la *pena social*. Por lo que se puede hablar, como forma de la recepción del Derecho por el pueblo, de la *recepción popular de la pena*.

La pena tiene un fin. El fin del Derecho penal—dice Ihering—no es otro que el de cada ley: seguridad de la vida, de las condiciones vitales de la sociedad (3). Pero una cosa es el fin, la «pena finalista», y otra el resultado trascendente, la *pena pragmatista*. Así, la conducta honrada del delincuente es el resultado deseable, no el fin del Derecho penal (4); ya que la profilaxis criminal viene junto a la pena, hacia el Derecho administrativo, y a él pertenece (5).

Una *acción eficaz*, la más deseada, no se envuelve con el fin. El fin se limita y protege a sí mismo (6). La acción se ex-

(1) Ob. cit., pág. 26.

(2) *Adiciones*, II, 138.

(3) *Der Zweck im Recht*, 3.^a ed., 485.

(4) Wach, *Die kriminalistische Schulen und die Strafreform*. Disc. Leipzig, 1902, pág. 35.

(5) Birkemeyer, *Strafe und sichernde Massnahmen*, Munich, 1906, págs. 19 y siguientes.

(6) S. Oba, *Unverbessertliche Verbrecher und ihre Behandlung*. Berlín, Barh, 1908, pág. 63.

tiende, en innúmeras zonas de eficacia, afuera y más allá del fin, el efecto previsto y querido; porque toda causa produce más de un efecto. La intención es finalista; la acción es ultrafinalista, esto es, eficazista.

Así, las «concepciones jurídicas reinantes», y los «juicios tradicionales», y la convicción de la «culpa colectiva de la sociedad», que reprobaban las exageraciones humanitarias del correccionalismo tanto como los accesos aflictivos de la escuela absoluta y los desenfrenos eliminatorios del positivismo, no son «limitaciones de la idea de fin» (1), sino *condiciones histórico-ideológicas*, que expresan las *posibilidades de su eficacia*. Porque una cosa es el fin de la pena—causa final, fundamento filosófico, fines de eliminación, intimidación y corrección— y otra cosa es el *resultado de la pena*. Una pena justa, jurídicamente proporcionada, que intimida al ocasional, corrige al habitual y elimina al incorregible, puede no lograr eficacia social, si pugna con la *idiosincrasia penal* de su época. Disminuida la *criminalidad real*, esa pena justa puede multiplicar, potencialmente, la *criminalidad virtual*.

La corrección y la seguridad, por ejemplo, son, más que fines penales, resultados de medidas administrativas, viables aparte de la pena (así, en una escuela privada de reforma); que, o son logradas al punto por la pena, o la suplantán (2).

Recuérdese que la nueva Ética considera, no ya los motivos de la acción, sino también su *resultado* (3).

Así, la *defensa social* es fin de la pena, y fundamento *a priori* del Derecho penal; la condición de la pena y justificación del Derecho penal, *a posteriori*, es su *eficacia social*. Para realizar su fin defensista, el Derecho penal emplea medios represivos y preventivos; para ser eficaz la pena, no necesita sino de sus cualidades, conocidas y estimadas. Más que eliminando

(1) Von Liszt, *Lehrbuch*, 20 ed., trad. esp., 24, 25.

(2) Beling, *Strömung und Bestrebung bei Herstellug eines neuen deutschen Strafgesetzbuchs*, 1902, pág. 182, sig.; *Grundzüge der Strafrechts*, 1902, pág. 4

(3) Sacker, *Beitrag zur Lehre vom Rückfall*, Nuremberg, 1892, pág. 19.

corrigiendo e intimidando a los criminales, la pena puede obrar eficazmente destruyendo fantasías de impunidad, rectificando errores de sentido (leyendas de crueldad, etc.) y aleccionando moralmente. Así, dentro de su terreno, desde la sanción y la ejecución, la pena, sin entrar en el Derecho administrativo, puede ser espiritualmente eficaz, si es estimada como justa, necesaria y buena.

B) EL IMPERATIVO CIENTÍFICO.

Cada proyecto de Código penal, cada texto de Código, es la versión de una doctrina jurídica; escrita antes, en la lengua imprecisa de las altas abstracciones antropológicas o de los grandes números morales; luego traducida al idioma terminante, en que se entienden, cuando discuten intereses, los hombres.

En España, un Código penal, en proyecto o promulgado, no es siempre la traducción consciente de una doctrina; pero merecen apuntarse, junto a las fechas legislativas, los nombres de autores y traductores: filósofos y legistas (1).

(1) Vid. 1.º *Colección legislativa*, para RR. OO. y Decretos nombrando Comisiones y autorizando la presentación de proyectos; 2.º *Diario de Sesiones*, para designación de Comisiones legislativas, luego no confirmadas por los Gobiernos; 3.º Trabajos de las Comisiones y noticia de proyectos en J. M. Antequera, *La codificación moderna en España*, Madrid, REVISTA DE LEGISLACIÓN, 1887.

FECHAS	AUTORES DOCTRINALES (<i>Inspiradores</i>)	TRADUCTORES LEGALES (<i>Comisiones</i>)
<p>Ac. 5. Febrero, 1811. <i>Const.</i> 1812, artículo 258.-Ac. 14, Abril, 1813.-<i>Proyecto</i> 26, Marzo, 1911.-<i>Dec.</i> 2, Diciembre, 1819.-<i>Ac.</i> 22, Agosto, 1820.-<i>Proy.</i> 31, Octubre, presentado el 21, Abril, 1821.-<i>Cód.</i> 9, Julio, 1822.....</p>	<p>Fuero Juzgo y Las Partidas, Código penal francés de 1810. - Bentham, Filangieri, Beccaria, Lardizabal...</p>	<p>1.^a com.: N. M.^a de Sierra, A. Ranz Romanillos. J. de Antillón, V. de Fita, F. J. Castillo Larrey, A. Sáenz Vizmanos, A. Dolareta, M. Gutiérrez Bustillos, M. de la Calzada, F. Redondo y M. Lactiri.-<i>Proyecto</i> Figuera de Vargas. - 2.^a com. (14, Abril, 1813): J. Antillón, J. Huerta, J. J. Ortiz, A. Navarro y J. A. Navarrete.-3.^a com. (1.^o, Marzo, 1814): J. A. Díez, L. Lamiel, B. Sáenz González, B. Plandolit y J. D. Rus.-4.^a comisión: J. M.^a Calatrava, A. Argüelles, M. J. Quintana, E. Tapia, G. Moragne, N. Saicedo, M. Cuadros. - 5.^a com. (22, Agosto, 1820): Calatrava, J. M.^a M. Marina, Flores Estrada, Vadillo, Caro, Victórica, Crespo Cantolla, Rivera y Rey (1).</p>
<p><i>Dec.</i> 26, Abril, 1829. <i>Proy.</i> 7, Mayo, 1830.-R. O. ref. 24, Junio, 1831.-<i>Proyecto.</i> ref. 16, Julio, 1834.....</p>	<p>Cód. 1822.-Beccaria y Filangieri. .</p>	<p>1.^a com.: Tres magistrados de la Cámara de Castilla: C. de Asta, R. López Pelegrín y J. Fernández, y un Secretario, P. Sáinz de Andino, con voto. Ref. por P. Sáinz de Andino (25, Mayo, 1831).-2.^a com.: J. Hevia, F. J. Caro, M. P. Berriszabal, M. Pardo, P. Sáinz de Andino, y S. L. Viñuesa.</p>

(1) Sólo subscriben el Proyecto de 31, Octubre, 1821, los señores: J. M. Calatrava, F. Martínez Marina, J. M. de Vadillo, J. Rey, F. F. de Paul y M. de Vic-

FECHAS	AUTORES DOCTRINALES (Inspiradores)	TRADUCTORES LEGALES (Comisiones)
Decs. 31, Mayo y 1.º Septiembre, 1836.- <i>Proy.</i> 21, Julio, 1829.....	Cód. 1822.-Beccaria y Filangieri ..	Com. (?) M. A. Zumalacarregrui. - <i>Dict.</i> M. García Galiardo (1840) y T. S. (14, Septiembre, 1841).
Dec. 10, Agosto, 1843. - <i>Dec. com.</i> 11, Septiembre, 1846.- <i>Proy. Cód.</i> 19, Marzo, 1848. <i>Ref.:</i> RR. DD. y RR. OO. de 21 y 22 Septiembre: 30, Octubre, 1848; 30, Mayo; 2 y 5, Junio y 28, Noviembre, 1849; R. O. 9 y 30, Junio, 1850.	Cód. 1822. - Rossi, Bentham	Com.: J. M. ^a López. J. F. Pacheco, M. Cortina, J. B. Muriello, C. Antón de Luco, M. Seijas Lozano, M. Pérez Hernández, P. Madoz, M. García Gallardo, D. Ruiz de la Vega, J. de la Peña, D. Vila, T. M. ^a Vizmanos, C. Alvarez, M. Ortiz de Zúñiga, J. Castro y Orozco y J. M. ^a Claros.
Dec. 16, Abril; 1851. <i>Com.</i> 1856.- <i>Proy.</i> 1868.....	Cód. 1848-50 y <i>Const.</i> 1856.....	Com. leg. (reorganizada en 1856): M. Cortina (Pres.), P. Gómez de la Serna, F. de Cárdenas, C. Alvarez, M. Gallardo (dis. 1.º, Octubre, 1869).
<i>Proy.</i> 1869; pres. 30, Mayo, 1870, <i>Dict. Com.</i> 10, Junio. <i>Cód</i> 17, Junio, <i>Prom. Dec.</i> 30, Agosto.....	Cód. 1848-50.- <i>Dec.</i> 23, Octubre, 1868. <i>Const.</i> 1869.....	Revisión y adaptación a ley imprenta y <i>Const.</i> 1869 por E. Montero Ríos (1). <i>Com. parl.:</i> S. D. Madrazo, M. L. Moncasi, F. P. Villalobos, C. P. Genis, V. González, J. Rojo Arias, T. Montejo.

Si el Código de 1848 presumía de doctrinal, y hasta suscitó antipatías «por su eclecticismo filosófico y refinamiento artísti-

tórica. El de 21 de Abril, le suscriben: F. Martínez Marin, J. M.^a Calatrava, J. M. Vadillo, J. Rey, A Crespo Cantolla, F. J. Caro y L. Ribera. (*Proyecto de Código penal presentado a las Cortes por la comisión especial nombrada al efecto. Impreso de orden de las mismas. Madrid, imp. M. Repullés, 1821, pág. 20.*)

(1) Conf. su *Discurso de apertura de los Tribunales*, de 12, Septiembre, 1870, y Antequera, *La codificación moderna*, pág. 112.

co» (1), a partir de 1848, se ha omitido, en la redacción de los Códigos penales, todo decoro de doctrina; se ha renunciado a cualquiera altura de inspiración científica. Como *tendencias*, una política y otra filosófica, sólo dos pueden apreciarse en la reforma del 70: *liberalismo* y *humanitarismo*.

¿Dónde estamos, criminal y penalmente? ¿A qué altitud científica, y latitud real se halla nuestro Código? Tomemos la brújula.

Nuestro Código, que lleva la fecha equívoca de 1870, es realmente de mediados del siglo XIX; es, en sustancia, el Código de 1848-50. Con todo, no es un Código viejo. De los vigentes, son más antiguos, en Europa: el francés, de 1810 (12, Febrero); el griego, de 1834 (1.º, Mayo); el austriaco, de 1852 (27, Mayo); el suizo federal, de 1853 (4, Febrero) y casi todos los cantonales; el turco, de 1858 (25, Julio), que rige en Bulgaria; el servio, de 1860 (27, Marzo); el sueco, de 1864 (16, Febrero); el danés, de 1866 (10, Febrero); el de Bélgica, de 1867 (10, Octubre). Contemporáneos del nuestro son: los de Alemania (5, Mayo, 1871), y Méjico (15, Marzo, 1871).

No es el español un Código viejo, por la fecha; pero nació, por el espíritu, caduco y decrepito, en 1848. Lleva la fecha de 3 de Junio de 1870, y en Alemania, desde 1846 y 1864 (2), aparecen las primeras obras de Roeder, y en España, con las primeras ediciones de Ahrens, desde 1841, entraba el *correccionalismo*. Era esta una doctrina unilateral, pero fresca y vigorosa, que demandaba, o la contradicción total, o el complemento.

Pero mucho antes, desde los proyectos y libros de Larochefoucauld-Liancourt (1814), Livingston (1825), Lucas (1827) y Bonneville de Marsangy (1847), nacía, con fecundidades legislativas, y precedentes hasta de sentencia indeterminada, la *ciencia penitenciaria*; que, de ser oída por el legislador español, no hubiera transigido con el multiforme e ineficaz sistema de sus penas. Singularmente, con la ironía de unas «penas correc-

(1) Antequera, *Historia de la legislación española*, 2.ª ed., pág. 452.

(2) Vid. *Historia*, págs. 396, 412, 413.

cionales»—en el papel,—para cuya aplicación se crea un «Tribunal correccional» (1), de nombre...

Al cabo de un siglo, cuando se escriba la crítica de este período de renovación penal, podrán repetirse con nueva actualidad estas palabras de Arrazola, refiriéndose a la legislación penal anterior al Código de 1822: «El derecho penal escrito era un anacronismo, porque estaba en contradicción abierta con los progresos del país y del mundo, con sus opiniones, con su civilización y con sus necesidades.» (2).

Creación de la filosofía de su tiempo, el Código penal de 1870 aparece—a través de la constante renovación de ideas—discordante con la ciencia moderna. *Ecléctico*, en lo que concuerda con el Código francés de 1810, y en cuanto responde a la orientación clásica, de la escuela absoluta—que le impone Pacheco—, templada por el humanitarismo; *utilitario*, bajo la inspiración de Bentham, nuestro Código desentona con las corrientes doctrinales de la nueva ciencia penal, que — salvando el primer estímulo reducido del correccionalismo—aparece como *positivista*, en la teoría sociológico-jurídica de la «defensa social»; *finalista*, con las doctrinas preventivas del «estado peligroso», y «medidas de seguridad», y, en conjunto, *pragmática*, por su tendencia suprema a la eficacia penal del «seguro social».

Se exige, pues, una *reforma científica general del Código penal*.

Como esto no se puede lograr sino a través de un *nuevo Código*, se intenta en una serie de proyectos.

(1) Vid. V. Hernández de la Rúa, *Comentarios al Real Decreto de 23 de Junio de 1854 y al Reglamento del Tribunal Correccional*, Madrid, B. de Jurisprudencia, 1854, ps. 3-6.

(2) *Código penal*, en *Enciclopedia española de Derecho y Administración* Madrid, 1866, IX, 321.

Proyectos de reforma científica.

FECHAS	AUTORES	MATERIAS
16, Agosto, 1873 (proyecto incompleto, no presentado).....	N. Salmerón (m.). Comisión (Ruiz de Quevedo, Arenal (F. F.), Castro, Guerola, L. Silveira, Torres Aguilar, Azcárate)	Lib. I: Sentido correccional, abolición de la pena de muerte.
15, Septiembre, 1891 (proy. no pres. e incompleto).....	R. Fernández Villaverde (m.). R. Sallillas (prep.).....	Lib. I. Concepto intencional de delito (artículo 1.º), responsabilidad: autores y cómplices; eximente, sordomudez; reincidencia y reiteración, claves de relación entre pena y delito; encubrimiento (libro II, título XVI) y vagancia (título VI, capítulo V), delitos; tres escalas penales; tres períodos, plazo penal; prescripción precisa. Ampliación irresponsabilidad (a. 28). Jurisdicción y régimen de menores (30). Institución atenuantes, por fórmula general atenuación (31, 77); supresión agravantes; desarrollo reincidencia (32); abolición pena de muerte; simplificación y correccionalización de las de libertad; arbitrio penal (77, 79); supresión del delito frustrado, atenuante (74); retención indeterminada para incorregibles (a. 33); suspensión de la pena (a. 84); delitos religiosos, duelo y difamación.
20, Octubre, 1902 (proy. pres. al Senado).....	Montilla (m.). Bernaldo de Quirós (prep.).....	

FECHAS	AUTORES	MATERIAS
1905 (proy. ley de Bases, no presentado).....	J. Ugarte (m.). R. Salillas (prep.)...	Espíritu de Política criminal (bases 1. ^a y 2. ^a); encubrimiento, delito (3. ^a); arbitrio judicial orientado (4. ^a); una escala penal de tres grupos (5. ^a); trabajo obligatorio anexo a la pena (7. ^a); pena diferida (8. ^a); remisión penal general (9. ^a); régimen de menores (12. ^a); patronatos (14. ^a); colocación en familia (15. ^a); colonias agrícolas industriales (16. ^a); trasfusión de delitos a faltas (17. ^a); supresión duelo (18. ^a); prevención social (19. ^a); recopilación leyes especiales (20. ^a).

Cada nueva doctrina, cada escuela nueva, en Criminología o en Derecho penal, se señala, a su paso por España, en el rastro de un proyecto o proyectos de Código. Así, las siguientes:

- Escuela correccionalista.* } Proy. Salmerón (16, Agosto, 1873).
- Escuela positivista.* . . . { Proy. Fernández Villaverde (15, Septiembre, 1891).
 { Proy. Montilla (20, Octubre, 1902).
 { Proy. Ugarte (1905).

A la *escuela sociológica*, de «la defensa social», que entró en España en 1911, con la traducción de Prins, y en 1914 con la de von Liszt; que es la dominante, no se la ha tenido en cuenta todavía, para honrarla con el encargo de un proyecto de Código.

C) LAS DESORIENTACIONES.

A diferencia del Código civil—que es un largo cuadro de ejemplos o fórmulas, libremente aceptables; un mapa jurídico de vías sociales practicables, o posibilidades de relaciones—el Código penal es una serie de indicaciones precisas, de realidades dañosas o temibles, que pudiera representarse con un haz disperso de flechas. Cada una marca una dirección. Es el índice severo de una mano dura, que señala. Siguiendo su trayectoria, unas flechas grandes conducen ampliamente al descubrimiento de modos de volición y formas de ejecución y de participación: la culpa, el dolo, el caso; autores, cómplices, encubridores; tentativa, frustración, consumación, etc. Las otras, más pequeñas, parecen decir: «por aquí, al robo», «al asesinato», «a la estafa».

El primer problema perfeccional de un Código, preventivo y represivo, es el acierto de su orientación. Su defecto mayor sería que las grandes flechas indicadoras—las definiciones personales de responsabilidad—y las pequeñas—las sanciones fenoménicas—no condujesen al punto ciego de la retina del crimen; allí donde la temibilidad personal (*temibilitá*) (1) y la general (*Gemeingefährlichkeit*), el «estado peligroso» individual (*état dangereux*) y el «peligro corrido» social (*pericolo corso*), son máximos, sino en otro lugar donde son mínimos.

Si para el criminalista científico no interesan los delitos, sino los delincuentes, el penalista pragmático no debe dirigirse *contra el acto*, (el *fait accompli*, la *faisance*), ni sólo *contra el actor* (*faiseur d'affaires*), sino frente a las *fuerzas actoras* (causalidad).

Si el delito «no es un acto, sino un estado», (2) al legislador no deben interesarle tanto las *circunstancias* como las *condiciones*.

(1) Concepto que viene del derecho romano (Vid. L. 28, Dig. de *poenis*, XLVIII, 19).

(2) *Adiciones*, I, 428 y sigs.; II, 265.

Se ha operado una desviación en el eje del Derecho penal (1); no sirven ya, porque descarrían, las viejas brújulas, y el legislador penal ha de orientarse nuevamente.

En un caso, la prevención sería segura, y la represión eficaz; impidiendo—por la herida certera, en su matriz—la ejecución o la repetición del crimen. En el otro, ni la prevención sería freno suficiente, en la rueda; ni la represión llevaría fecundidades correccionales, actuando, nada más sobre el regulador de la inteligencia. Es preciso ir derechos al motor—la voluntad—, sin olvidar la sensibilidad, que es la rueda.

He aquí cómo un Código penal puede sufrir *desorientaciones*; unas *psicofisiológicas*; otras, puramente *biológicas*; algunas, *sociológicas y éticas*.

D) DE LA PENALIDAD.

Responsabilidad es la atribución jurídica de la *etiología científica, en Derecho penal*.

La penalidad es *teleología pragmática* (2). Cada acto de Derecho penal se justifica por su *necesidad social*; pero el Derecho penal entero no se explica sino por la *eficacia penal*. Todo movimiento de represión que no sea absolutamente necesario, se convierte, de pena, en crimen (así como todo medicamento enérgico, que no cura, enferma o mata). Un Derecho penal de ineficacia demostrable, trocaríase en la más inmoral disciplina; sería una absurda, monstruosa, Magia penal.

No por ser evidente el concepto ha de omitir el legislador su *definición de la pena*; ya que en ella no se agota el contenido de la represión, y es de rigor que se expresen las formas de defensa penal que «no se reputan penas» (art. 25).

A la definición de sentido, ha de seguir la expresión de modo. El legislador hace al juez, para cada delito, una *propuesta*

(1) *Defensa social*, pág. 33.

(2) *Vid. Adiciones*, III, 205.

penal. Y como, tras de la relativa unidad objetiva del delito (variable en el juego de las circunstancias), está la absoluta variedad subjetiva del delincuente (sólo unificable en la abstracción del tipo), la propuesta ha de hacerse en opción penal, dentro de *grupos penales*.

Mas, no ha de ser la opción absoluta y exclusoria—esta o aquella pena, una entre otras—sino relativa y comprensiva de elementos y esencias penales varias, dentro del grupo; así como siendo múltiples los factores—jamás la causa única—, el buen terapeuta no dispone, sino raramente, el medicamento único. «Si no hay penas, si no penados; sino tratamientos penales» (1), no se hable de penas simples, hablese de fórmulas o *preparados penales*. Sea el juez árbitro consciente de esta científica farmacopea penal, y confiese a la *facultad judicial* la preparación y reforma de la pena. Mas, no ha de ser él inventor de nuevas esencias y formas, que antes no fueran registradas, en el registro del Código, bajo patente legal: la *tabla penal*. Ahora, apliquemos a cada una de nuestras penas legales, el módulo crítico de la eficacia.

Antes, presentemos, en la materia penal común, los preceptos legales, con su reforma.

TÍTULO II

De la penalidad.

CAPITULO PRIMERO

De la pena.

Art. 53 (22 reformado). *Son penas las consecuencias jurídicas de los delitos o faltas, establecidas por ley anterior a su ejecución.*

La ley determina las clases de penas, en general, y la particular para cada delito; expresando el grupo que le corresponde en la clase, y en la extension, el minimum y el maximum.

(1) *Adiciones*, III, 282.

Art. 54 (64 trasladado y ref.^o). «A los autores de un delito o falta se impondrá *una* pena *dentro del grupo* que para el delito o falta, que hubiere cometido, se hallare *propuesta* por la ley.»

«Dentro de los límites *de extensión*, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias, *del delito, de las condiciones del delincuente*, y a la mayor o menor *importancia del riesgo* y extensión del mal producido.» (Pen., 82, núm. 7.^o)

Art. 55 (620 ídem). «En la aplicación de las penas *y medidas de seguridad a las faltas*, procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso.»

Art. 56 (84 ídem). «En la aplicación de las multas, los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o *haberes* del culpable.»

a) *Pena de muerte.*

Las penas obran preventiva y conminatoriamente, por su *sanción*, desde el cartel de reto de las leyes; actúan ejemplarmente, con prevención individual y social, por su *aplicación*, desde la cátedra judicial, y por su *ejecución*. Una pena que no se ejecuta, no es eficaz preventivamente, sino a medias. La sanciona el legislador, y la aplica el juez, en la sentencia; más si, la experiencia social aprende que no se ejecuta, esa pena pierde toda eficacia de intimidación, y hasta de respeto. Aún más: obra inversamente sobre la conciencia; una vez que, en las contracciones de la sensibilidad social, por piedad penal, se hizo el hábito. Todo delincuente avisado, amenazado de pena aflictiva, ha de arder en deseo de que se le imponga aquella pena que la sensibilidad de su tiempo califica de más *cruel*. Con eso, tiene ya la opinión de su parte; y poco falta para que la exaltación pasional—por inversión del sentimiento moral—le proclame héroe, y aún mártir. Pronto se inicia la idea popular de solicitar indulto. El indulto—pues sobran festividades religiosas y mo-

nárquicas—no tarda en obtenerse. Se le hubiera impuesto otra pena, *no cruel*, y nadie se interesara por su suerte.

He aquí—con plena verdad—el problema de la pena de muerte, en España. Afirmada la justicia de esta pena, en nuestro *abolicionismo científico*, (1), hoy, ante la eficacia invertida de las condenas de muerte, un imperativo pragmático nos impone el *ensayo de abolición*.

b) *Penas de libertad* (2).

En nuestro vigente Código, poseemos el tesoro penal de nueve penas, de privación de la libertad, todas esencialmente diversas: cadena, reclusión, relegación, extrañamiento, presidio, prisión, confinamiento, destierro y arresto, en sus formas graduales de perpetuas y temporales, mayores y menores, y aun correccionales... ¿En qué difieren aquéllas *esencias penales*, de privación de libertad? Cadena, presidio, prisión, ¿difieren en la práctica de su ejecución, actualmente? Hoy no se pone la cadena (3), a los presos. Ha quedado en símbolo.

El trabajo obligatorio (4), que distingue, legalmente, al presidio de la prisión, por no hallarse organizado, no se exige. Queda una característica: el establecimiento penal donde se cumple la pena (5). Mas, ¡ha variado tanto, y tanto varía conti-

(1) Vid. *Adiciones*, III, 283-291; también, 298-301.

(2) Vid. *Adiciones*, III, 291, 292 y 301-307.

(3) Art. 107. «Los sentenciados a cadena temporal o perpetua... llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura.»

(4) Art. 107. «Los sentenciados a *cadena temporal o perpetua* trabajarán en beneficio del Estado...; se emplearán en trabajos duros y penosos...» o «trabajos interiores del Establecimiento». «cuando el Tribunal, consultando la edad, salud, estado o cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente... lo expresará así en la sentencia.»

(5) Art. 110, párr. 2.º «Los condenados a ellas (*penas de reclusión perpetua y temporal*) estarán sujetos a *trabajo forzoso* en beneficio del Estado, dentro del recinto del Establecimiento.» (Conf. RR. DD. 11, Noviembre, 1912, y 5, Mayo, 1913.)

Art. 113, párr. 2.º «Los condenados a *presidio* estarán sujetos a *trabajos forzosos*, dentro del Establecimiento en que cumplan la condena.»

Art. 115, párr. 2.º «Los condenados a *prisión*... se ocuparán para su propio

nuamente la legislación en este punto! El presidio y la prisión correccionales, ¿en qué se diferencian, salvo el tiempo? Ahora, si en la determinación del término final se concede al juez alguna suerte de arbitrio, ¿puede hablarse de clasificación de penas contra la libertad, seriamente? No; y la escala general del art. 26, para quien no ignora la realidad de las penas de privación de libertad, en su naturaleza y cumplimiento, más parece un ridículo *menu penal*, donde, bajo distintos nombres fantásticos, y varios aderezos, se ofrece siempre un mismo plato...

Para nosotros no existen sino dos formas esenciales de pena de la libertad: el *encierro o prisión* (reclusión, presidio, prisión, confinamiento, arresto), y la *expulsión* (relegación y destierro). En toda forma de encierro—fuera del domicilio—es característica esencial el *trabajo higiénico y remunerador*.

El arresto domiciliario merece ser ampliado en los casos de su aplicación (1), y en la duración; completándole con el *arresto local*, siempre facultativo para el Juez, en su forma.

Más, en aquel no han de omitirse, al sancionar las condiciones implícitas, de pérdida de la inviolabilidad de domicilio, y aún de la posesión; así como, para la graduación, los efectos diferenciales, según la posición del penado (2).

beneficio en trabajos de su elección, siempre que fueren compatibles con la disciplina reglamentaria. Estarán, sin embargo, sujetos a los trabajos del Establecimiento hasta hacer efectivas las responsabilidades (civil y gastos del Establecimiento); también lo estarán los que no tengan oficio o modo de vivir conocido y honesto.»

(1) Tomado de la penalidad militar por el Cód. ital. (1889), art. 21, § 2.º (propuesto por Porto, *La scuola penale positiva e il progetto di nuovo Codice*, Padua, 1884, y Garofalo, *Sul Progetto de nuovo Codice*, 1885), y aplaudido por Lombroso, *Troppo presto*, Turin, Bocca, 1889, pág. 11, y reproducido en VENEZUELA (1898), tít. II, art. 20, § 2.º, faculta al Juez para aplicarle a «mujeres y menores no reincidentes», «hombres valetudinarios o de edad provectora». La substitución o conmutación del arresto por «prestación de un servicio en alguna empresa de utilidad pública» (art. 21 del mismo Código, tomado del art. 22 de Italia), si es en libertad, involucra fines distintos de la pena. No así cuando se cumple el arresto en casa de trabajo (art. cit.), o se substituye por apercibimiento (art. 25) con caución de buena conducta y multa consiguiente (art. 26). COSTA RICA, Cód. (27, Abril, 1880), art. 88.

(2) Vid. L. Zapatero, *La reforma del Código penal*. Notas para un juicio crítico de la ley de 3 de Enero de 1907, Valladolid, Zapatero, 1907, págs. 6-10.

c) *Penas de privación de los derechos* (1).

Es, acaso, lo único que se salva, en una crítica rigurosa, de nuestro falso sistema penal. Las penas de privación de los derechos, en nuestro Código, son, si no un *sistema de medida jurídica de la pena*, al menos, el punto de partida para trazarle. Se justifican las actuales penas de los derechos con sólo introducir en ellas una organización, y precisar su sentido, y marcar su alcance.

Por su título, las penas de privación de los derechos políticos, son, todas ellas, formas de *inhabilitación*, temporal o perpetua, ya que suspensión es inhabilitación (2). Por su contenido, a esta *suspensión*, o inhabilitación *temporal, constitucional*, para cargos públicos, debe agregarse la *de garantías individuales*. Es la individualización de la suspensión de garantías (3) —como pena— que venimos proponiendo desde 1912 (4).

De lo político a lo civil, la *interdicción* no debiera ser siempre *absoluta* (5); sino, más frecuentemente, *relativa* a cada uno de los derechos, de cuyo goce se prohíbe (*interdictio*) al penado; resultando incapaz jurídicamente—no «indigno», que diría un clásico; igual que pudiera serlo, y a caso lo sea, psi-

(1) Vid. *Adiciones*, III, 295 y 307-310, 366.

(2) Art. 38. «La suspensión de un cargo público *inhabilitará* al penado para su ejercicio y *para obtener otro* de funciones análogas por el tiempo de la condena.»

Art. 39. «La suspensión del ejercicio del derecho de sufragio *inhabilitará* al penado igualmente para su ejercicio durante el tiempo de la condena.»

L. 26, Julio, 1883, art. 10: «Los directores de los periódicos deberán hallarse en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos; la suspensión de éstos *inhabilitará*, mientras subsista, para publicar o dirigir el periódico.»

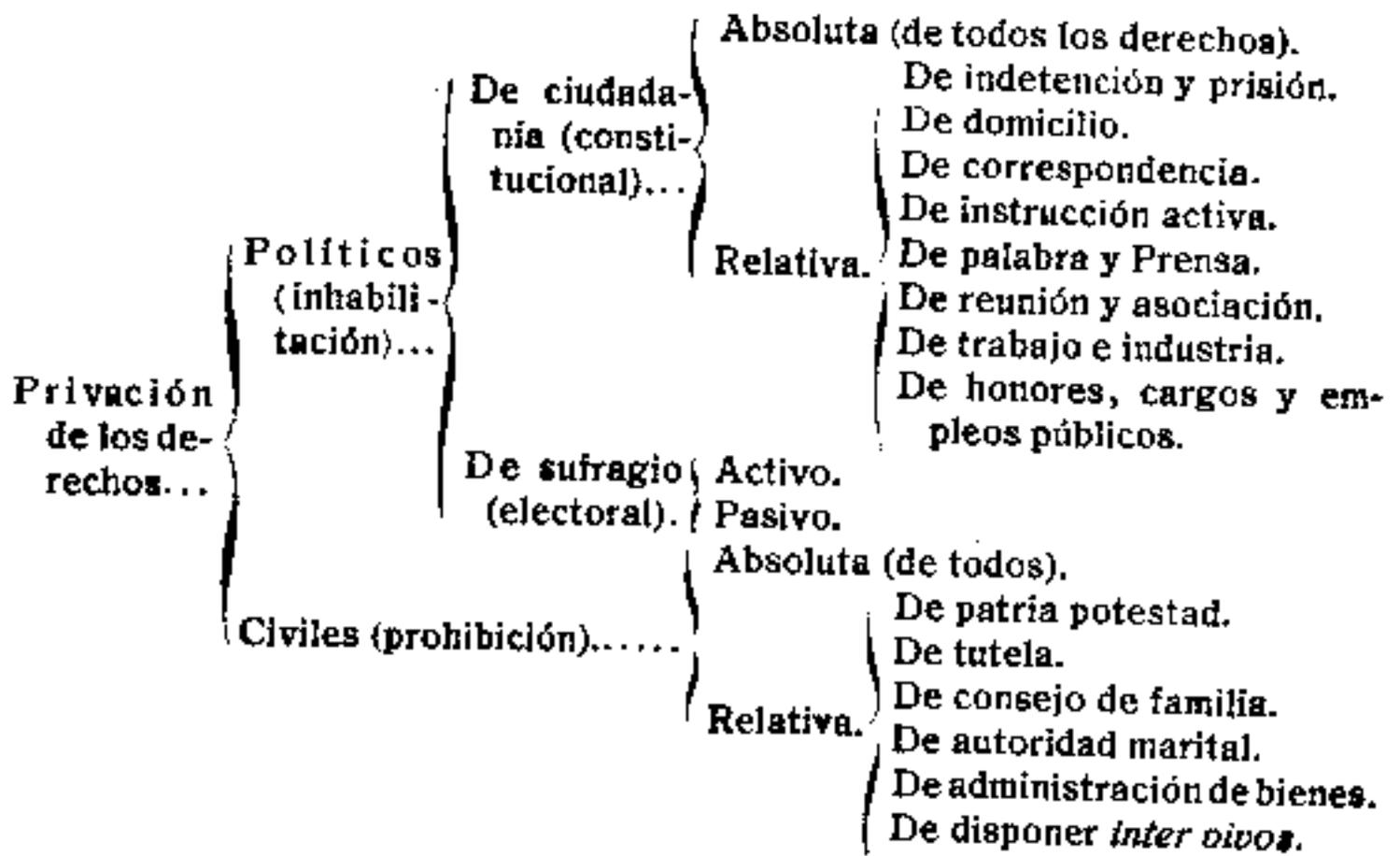
(3) Hoy colectiva, según Const., art. 17.

(4) Conf. del Ateneo de Valladolid. (Sept. de 1912); *El asesinato de D. José Canalejas*, Madrid, Torres, 1912, páginas 53, 54; *Los orígenes de la criminología* (1914), pág. 202.

(5) Art. 43. «La interdicción civil privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos. Exceptuándose los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos.»

quiátricamente—. El incapaz jurídico es un incapaz psíquico: así, el padre o tutor, débil de voluntad, que no recoge al menor corrompido (art. 459, núm. 3, pár. 3.º). Interdicción es, pues, inhabilitación (1), asimismo. Y, como tenemos en castellano el nombre, dígase: *prohibición o privación civil*.

Véanse las penas de privación de los derechos, en la nueva perspectiva de este cuadro:



d) *Penas pecuniarias.* (2)

Su primitiva corrupción privada, generalizada en la Edad Media, con la *composición*; el posterior abuso público, ya intolerable en la Edad Moderna, de las *confiscaciones*, hizo justamente odiosa esta adecuada, divisible y eficacísima, forma penal. Y con todo, para toda una clase de delitos—contra la propiedad, con móvil de lucro o daño—ésta debiera ser la pena única.

(1) Art. 459, pár. últ.: «... incurrirá en las (penas) de arresto mayor e *inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela*, y perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad.»

(2) Vid. *Adiciones*, III, 194, 295 y 315, 316, 363. 364.

Así lo es para nosotros; trocándola, de *pena común* (1), en *moderna medida económica de la pena*.

No gravará—así como la abolida confiscación y la actual multa—sobre el capital, que puede no existir para el reo, y un día, para nadie. Se regulará tomando como base el salario, o sueldo, o la renta (2).

CAPITULO II

De las clases de penas.

Art. 57 (26, reformado). «Las penas que pueden imponerse, con arreglo a este Código, son:

PENAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Prisión o encierro, en sus formas de prisión, deportación colonial y arresto, penitenciario o domiciliario.

Expulsión, en sus formas de expatriación (Pen., 26, *pen. aflic.*, párrafos 5 y 9), destierro (Pen. 26, *pen. correc.* pár. 3.º) y expulsión de extranjeros. (Dec. 4, Diciembre, 1855, art. 5.º)

PENAS DE PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS

Inhabilitación cívica: en sus formas: determinada e indeterminada, absoluta y relativa; ésta de indetención y prisión, de domicilio, de correspondencia, de instrucción activa, de palabra y prensa, de reunión y asociación, de trabajo e industria, de honores, cargos y empleos públicos, de sufragio activo y pasivo.

Prohibición civil, absoluta o relativa; ésta, de patria potestad, tutela, consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes, y de disponer entre vivos.

PENAS PECUNIARIAS

Multa, gradual, sobre sueldos o rentas.

Art. 58 (29, ref.º) Las penas del primer grupo pueden durar:

(1) Art. 26. «*Penas comunes a las tres clases anteriores. Multa.*»

Art. 27. «La multa, cuando se impusiere como pena principal, se reputará aflictiva si excediere de 2.500 pesetas; correccional, si no excediere de 2.500 y no bajare de 125, y leve, si no llegare a 125 pesetas.»

(2) Así en BRASIL, Cod. 1890, art. 58; y PERÚ, Proy. Maúrtua (1918).

de un día a veinte años. Las del segundo, siendo determinadas, de un año a treinta años. (Comp. Proy. 1911, art. 41.)

Art. 59 (110 a 113, reformados). Las penas de prisión se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, *con los nombres de: prisión central, prisión provincial y de partido, según la duración de la condena.* (Conf. R. D. 3, Mayo, 1913, arts. 190, 191, 199 y 209.)

Art. 60 (111 y 116, reformados). Las penas de deportación (relegación, confinamiento), *determinada e indeterminada*, se cumplirán en las *Colonias o en islas adyacentes*, en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

Los deportados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, a su profesión u oficio, dentro del radio a que se extiendan los límites del establecimiento penal.

Los *menos peligrosos* serán conducidos a un pueblo o distrito situado en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad.

Los Tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia.

Art. 61 (119, ref.^o) El arresto se sufrirá en *la Prisión de partido, o en las Casas Consistoriales u otras del Ayuntamiento, situadas en el término municipal en que se hubiere cometido el hecho. Si hubiera delinquido por primera vez, y tuviere domicilio fijo, el Juez podrá disponer que la pena sea extinguida en la misma casa del penado, sin que éste pueda invocar su libertad de domicilio contra el Juez, o delegado suyo, encargado de ejercer vigilancia.*

Esto no estorba a las justas incidencias de traslado de domicilio, por desahucio o grave enfermedad. Si el penado es pobre, del Municipio recibirá el preciso alimento diario.

Art. 62 (nuevo). *A toda pena de libertad acompañará necesariamente el trabajo instructivo, para los que carecen de profesión; remunerador, cuando lo permitan las facultades del penado, e higiénico siempre. La indole del trabajo obligatorio será conforme con las aptitudes del condenado y dirigido a ponerlo en condiciones de ganar la vida después de su liberación.*

Cuando el trabajo sea fuera de la Prisión, se organizarán destacamentos penales (Conf. Cód. penit., art. 203).

Art. 63 (112, ref.^o) El ciudadano español sentenciado a expatriación (extrañamiento), será expulsado del territorio nacional *indeterminadamente*, o por el tiempo de la condena.

Art. 64 (116, párr. 4.º, y 132, núm. 4.º, párr. 2.º) El sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia, y en el radio que en la misma se señale; el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 a lo más del punto designado.

Si este es el lugar en que viva el ofendido, no podrá habitar en él, por el tiempo de la condena, sin su consentimiento.

Art. 65 (43, ref.º) La *prohibición* civil («interdicción») privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de autoridad marital, de administración de bienes, y de disponer de los propios por actos entre vivos.

La prohibición podrá ser, según el prudente arbitrio del Tribunal, absoluta o relativa a cada uno de estos derechos; «salvo lo que el Código civil disponga en casos especiales cuando los padres, o los que ejerzan cualquiera de dichos cargos, concurren con sus hijos, pupilos o incapacitados, respectivos, a la ejecución de algún delito, o lo cometan contra las personas, la seguridad, o los bienes de estos.» (Proy. Com., 1911, art. 39.)

Art. 66 (32 a 37, refundidos). La pena de inhabilitación *cívica*, absoluta, producirá los efectos siguientes:

1.º La privación de todos los honores, y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque fueren de elección popular, e incapacidad para obtenerlas.

2.º La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos de elección popular.

3.º La pérdida de todo derecho a jubilación, cesantía u otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederte por servicios eminentes.

No se comprenden en esta disposición los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda é hijos del penado.

4.º *Pérdida de las libertades o derechos constitucionales de: indetenención y prisión, de domicilio, de correspondencia, de enseñanza, de palabra y prensa, de reunión y asociación, de trabajo e industria.*

La inhabilitación cívica relativa («especial»), producirá uno solo o varios de estos efectos.

Una y otra pueden ser de duración determinada en la sentencia o indeterminada.

Art. 67 (nuevo). *En las formas de delincuencia previstas en el art. 44, núm. 7.º, «los Tribunales, sin perjuicio de las facultades*

gubernativas que correspondan a la Administración, decretarán en la sentencia, *aparte de la responsabilidad individual de los asociados*, la suspensión de las funciones de personalidad jurídica a la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda.» (Comp. Proy. Silvela, art. 25, y Ley, 10, Julio, 1894, art. 8.º y Proy. 1911, art. 24, 38, núm. 2.º y 43).

Art. 68 (nuevo). *La multa gravará sobre el salario, sueldo o renta del condenado, en extensión determinada por el Juez, alcanzando de un día a seis meses (1).*

La expatriación se aplicará sólo a delitos políticos.

El destierro será siempre dentro de la nación, y se aplicará, igualmente, a delitos políticos y a los comunes contra las personas. (2)

E) DE LA SEGURIDAD.

Ante el ataque de la *actividad delincuyente*, el legislador opone, como fuerza defensiva, la *penalidad*. Represión de la actividad criminal evidente, y prevención contra la que está latente, la penalidad, conoce formas análogas en naturaleza, contradictorias en modo, a las variedades activas del delito. Son las *penas*. Frente al peligro de la *virtualidad criminal* («estado peligroso,» «temibilidad») tiene el legislador preparada, en guardia, la *seguridad*; que es, como la penalidad, represiva de las exteriorizaciones de la tendencia al crimen, con analogías formales y equivalencias contradictorias. El acto de la seguridad social se llama *medida*. Las medidas de seguridad (3), co-

(1) Comp. PERÚ, Proy. Maúrtua (1918).

(2) *Delitos políticos privados*, pudieran calificarse algunos como los llamados «contra el honor».

(3) Vid. *Adiciones*, III, 204 y sigs. *Defensa social*, pág. 25. Recientemente, el *Codex juris canonici* (15, Setiembre, 1917) incuye, a diferencia de las penas (*Parte secunda, De poenis*, Secs. 1.ª y 2.ª, tits. I-IX), las medidas (tit. X, *De remediis poenalibus et penitentibus*, caps. I-II, cáns. 2.308-2313). Unas son represivas (*correptis*); otras, preventivas (*monitis, praeceptum, vigilantia*); algunas significan verdaderos suplementos de pena (*poenitentiae*). Sobre el Derecho penal del nuevo Código canónico, con algún desconocimiento de la ciencia penal moderna, Vid. *Il nuovo Codice di Diritto canonico. Libro V. Principi di diritto penale*, en *La Civiltà Cattolica* (7, Setiembre, 1918).

mo las penas, se distinguen, legalmente, no por los intereses protegidos, sino por los atacados o negados en ellas.

Su aplicación es asunto de una especial *política*. Es la *política individual*, si se personalizan («penas accesorias», «complemento» y «suplemento» de pena), y la *política social* («sustitutivos del crimen» o penales).

a) *Medidas de privación de la libertad.*

Ante todo, una rehabilitación urgentísima: la *vigilancia de la policía*. Francesa de origen (1), pero de buena tradición moderna española, (2), fué malamente excluída aquí—como en Italia (3)—en la reforma del 70, y restablecida en nuestras últimas leyes penales especiales. Debe ser restituida al Código.

Trasplantada del Código civil, traemos al penal la *corrección paterna*. La *repreensión privada*, que pasa de ser pena leve, a medida aseguradora. Se conservan en el Código, ordenándolas en su escala, la *colocacion en establecimientos de curación* (hospitales y manicomios), *de educación* (asilos y escuelas de reforma), o *en familia* (propia o ajena). Se atraen a su seno: la *expulsión de extranjeros*, la *tutela penitenciaria*, la *educación forzosa de niños moralmente abandonados*, el *servicio militar forzoso*, y la *publicación de la sentencia* (4).

Como novedades, una, importada de los países más adelantados en ciencias penales, pero de vieja y noble tradición española: la *retención indeterminada de los delincuentes incorre-*

(1) *Senatus Consulte*, de 28, Floreal, año XII; *Code pénal*, Liv. I, Chap. III, artículos 44-49. Ref. L. 23, En., 1874.

(2) Vid. *Adiciones*, III, 228-232.

(3) Por el Código de 1889, como pena (en el Cód. sardo, art. 38, n.º 2.º); pero queda en la ley de Seguridad pública, art. 11, y como medida en el Código (artículos 28, 32, 42, 87, 90 y 95; casos: 138, 154, 156, 234, 248, 255, 261, 406-412, 468). Vid. Julcio de Civoli, *Manuale*, Milan, Sod. ed. lib. 2.º ed., 1907, págs. 171-184.

(4) FRANCIA, *Code pénal*, art. 36 (ref.º 1832); L. (prensa), 9, Junio, 1819, artículos 11 y 26. SUZA, *Anteproys.*, 1894, art. 33; 1896, art. 36; 1903, art. 45; 1908, art. 48; 1915, artículos 60 y 293. *Proy. fed.* (13, Julio, 1918), art. 58.

gibles o peligrosos (1), el *internado en Casas de trabajo* (2), o en *Asilamiento de bebedores habituales* (3), y

(1) INGLATERRA, *Prevention of Crime Act.*, Diciembre, 1908. FRANCIA, *Loi sur les recidivistes*, 27, Mayo, 1885. NORUEGA, *Cod.*, 22, Mayo, 1902, § 65. AUSTRALIA, *Habitual offenders Act of, Nueva Gales*, 20, Septiembre, 1905; *Victoria*, 1908; *Nueva Zelanda*, 29, Octubre, 1906. TRANSVAAL, 21, Julio, 1909 (L. núm. 38). BÉLGICA, *Proy. L.*, 12, Diciembre 1906, art. 1.º SUIZA, *Anteproys.*, 1894, artículos 22 y 41; 1896, artículos 24, 44; 1903, 20, 31; 1908, art. 31; 1915, artículos 42 y 293. *Proy. fed.* (1918), art. 40. ALEMANIA, *Anteprooy. Cod.*, 1909, § 89; *Contraprooy.*, 1911, § 98; *Proy. Com.*, § 102-103. AUSTRIA, *Anteprooy.*, 1909, art. 38; *Proy.*, 1912, § 38. SERBIA, *Anteprooyecto* (1910), § 40; PANAMÁ, *Cód.* (1914), tit. I, cap. V, y *aumento de penas* (arts. 18-20); SUECIA, *Anteprooy.* (1916), cap. III, §§ 4.º y 5.º; PERÚ, *Proy. Mairtua* (1918), tit. XII («relegación por tiempo indeterminado», en «colonia penal»). El Anteprooyecto alemán (1909), acaso no es muy «retrógado en este punto», ni sea cierto que «no admite esta medida de internado contra el delincuente habitual». Primero: porque a él se refiere el § 89: «*Gewerbs-und gewonheitsmässige Verbrecher. Begeht jemand, der schon vielfach, mindestens aber fünfmal, wegen Verbrechen... bestraft ist, etc.*». Segundo: lo confirma la retención, no indeterminada, es cierto, pero fundada en habitualidad: «*nicht unter fünf Jahren... von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen*». Tercero: se caracteriza la medida en ser la retención en establecimientos especiales: «*werden in besonderen, für sie ausschliesslich bestimmten Strafanstalten verwahrt*».

(2) ALEMANIA, *Strafgesetzbuch*, 1871, art. 362, § 3.º, ref., L. 25, Junio, 1900; *Vorentwurf*, 1909, § 42; *Gegenentw.*, 1911, § 68; *Regierungsentw.*, 1912, §§ 94-96; AUSTRIA, *Einführungsgesetz* (24, Mayo, 1885), núm. 89; art. 18, §§ 2.º y 3.º; *Vorentwurf* (1909), § 93; *Entw.* (1912), § 93, en relación con §§ 35-42; SUIZA, *Berna*, Ley 11, Mayo, 1884 (arts. 1-11); *Cód. pen., Appenzell-Rhin. Est.*, arts. 8, 22; *Anteprooy.*, 1894, art. 23; 1896, art. 26; 1903, art. 31; 1908, art. 32; 1915, art. 43; *Proy. fed.* (1918), art. 41; HOLANDA, *Cód.* (1881, arts. 9, b, 2.º, 32, 39, 453, § último; VENEZUELA, *Cód.* (1898), art. 21; NORUEGA, L. 31, Mayo, 1900, cap. I (§§ 2.º, 4.º, 6.º y otros), y *Cód.* (1902), § 39, JAPÓN, *Cód.* (1907), § 18.

(3) ESTADOS UNIDOS, *Nueva Jersey*, L. 1854 y Reg. 1857; *Masachusetts*, L. 1869; *Nueva York*, L. 31, Mayo, 1865; 9, Mayo, 1867, rev. 30, Abril, 1868; *Chicago*, L. 16, Febrero, 1867; *Connecticut*, etc.; INGLATERRA, *Habitual Drunkard's*, 1879; *Inebriate's Act. for the detention of habitual drunkard's*, Julio, 1888; *The Inebriate's Act.* 1898, §§ 3-12 (antes en las colonias: Canadá, Australia meridional, Victoria y Nueva Zelanda). Más reciente, el *Bill to consolidate and amend the Law relating to Inebriates*, pres. E. Siffith (14, Marzo, 1912), §§ 19, 23, 24, 25; SUIZA, *San Gall*, L. 29, Junio, 1891; *Basilea*, 1901; *Obwald*, 1901; *Berna*, *Cód. pen.*, artículo 47; *Neuchatel*, *Cód. pen.*, art. 204; *Proy. de loi federal; Anteprooyectos*, 1894, art. 25; 1896, art. 27; 1903, art. 35; 1908, art. 33; 1915, arts. 44 y 293; *Proy. fed.* (1918), art. 42; NORUEGA, L. 31, Mayo, 1900, cap. II, §§ 16-26; *Cód. pen.* (1902), § 39. ALEMANIA, *Gesetzentw.*, 1881; *Prusia*, L. 1891; *Vorentw.*, 1909, §§ 43 y 65, pár. 2.º; *Gegenentw.* (1911), §§ 14, 69; *Proy. Com.*, §§ 97-99; AUSTRIA, *Vorentw.*, 1909, §§ 36 y 65, pár. 2.º (antes, *Gesetzew. betr. Trinken Entnomengsanstalten*, 1895), en el *Entw.* (1912), § 243: «*Der verurteilte Täter kann nach Vollzug der Strafe in der für Trunksüchtige bestimmten. Abteilung der im § 3d bezeichneten Anstalten verwahrt werden, wenn er wegen seines Hanges zur Trunksucht und mit Rücksicht auf seinen Lebenswandel und die Eigenart seiner Tat als gemeingefährlich anzusehen ist. Die Bestimmungen des zweiten und dritten Absatzes*

prohibición de visitar establecimientos de bebidas (1).

Con otras, antiguas, que merecen ser renovadas; así como la *prohibición de viajar sin pasaporte nacional*, y la *prohibición de noctambular* (2), la *cédula personal de identidad* (3), etc.

b) *Medidas de privación de derechos.*

Se conserva como medida la *suspensión de empleo o cargo acordada durante el proceso o para instruirle*, y pasa de pena, a ser medida —a diferencia de la inhabilitación— la *suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio*; ésta y aquélla suspensión, unificadas.

Viene de leyes especiales, y desde la reforma de 1907, en el Código, debe pasar ahora a su propia jerarquía de medida aseguradora la *pérdida temporal de la patria potestad y tutela*.

c) *Medidas pecuniarias.*

La *caución* no debe ser «pena común», sino común medida. Y así también, como todas las «penas accesorias» o completos

des § 36 sind anzuwenden.» (Aquí se dijo en obra recentísima, refiriéndose a esta medida, y con toda inexactitud: «El Proyecto del Gobierno (*Austria*) ni siquiera la menciona.») BÉLGICA, *Projet. de loi* (Le-Jeune), 1890, y 29, Enero, 1897; DINAMARCA, Anteproy. (1912), § 85, pár. 3.º

(1) Suiza, en numerosos cantones (Vid. Rosenfeld, *Welche Strafmittel an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden?*, pág. 198); Anteproy., (1903), art. 34; 1908, art. 45 (el texto dice: *den Besuch der Wirtshäuser... verbieten*; que no significa: «prohibir al delincuente el consumo de bebidas», como se tradujo en España, sino «la visita a los Establecimientos de bebidas». Importa, porque el simple *Trinkverbot* es otra institución prohibitiva que se aplica en Unterwald por ley de 20, Abril, 1870, art. 4.º, núm. 6, sin resultados). El Proy. fed. (1918) ha incurrido en el desacierto de resucitar esta medida ineficaz, y en ageno lugar incluída: art. 43: *Verbot geistiger Getränke*. ALEMANIA: *Vorentwurf*, 1909, pár. 43 y pár. 308, núms. 1, 2 (los motivos para no haber sido aceptado el simple *Trinkverbot* suizo Vid. en *Begründung, Alg. Teil*, Berlín, Guttentag, 1909, pág. 159); *Gegenentwurf*, 1911, pár. 69; SERBIA, Anteproy. (1910), § 42; DINAMARCA, Anteproy. (1912), § 85, párrafos 1.º y 2.º

(2) Vid. *Orígenes*, pág. 502.

(3) Propuesta aquí por B. de Quirós, *Las nuevas teorías*, 1898-1908, y antes en Francia por E. Girardin, *Le droit de punir*, París, 1857.

de pena, la *pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito*. La *fianza de custodia* debe venir a este lugar, como medida propia, en sus casos. Y en orden con las de su naturaleza, colocáanse las *multas y correcciones disciplinarias*.

En la reforma legislativa puede conservarse la forma, y ampliarse el contenido, de las medidas de seguridad «que no se reputan penas».

Tomará, de las «penas comunes» la *caución* (1); que ampliará como medida, previa en sus efectos, para suspender la condena; (2) supliendo por facultad del juez, a muchas penas de libertad, condicionalmente. En función con la «condena condicional» —de tristes resultados— y con la «libertad condicional», esta *caución condicional* será eficacísima.

Cosa semejante es la sabia *pena condicional*, o *conminatoria*, del derecho canónico (3); análoga a los «apercibimientos», de nuestro derecho penal administrativo.

La «Casa de trabajo» —y, asimismo, el trabajo penitenciario, en las penas— lograrán eficacia correccional, gracias a las *recompensas al trabajo* (4), nueva medida laudativa.

CAPÍTULO III

De las clases de medidas.

Art. 69 (25 reformado). «No se reputarán penas, *sino medidas de seguridad*, ni podrán imponerse otras que las siguientes:

(1) Arts. 26 y 44.

(2) Conf. BRASIL, Cód. (1890), arts. 73, b), y 401. Asimismo, con análogos efectos, «Caución de no ofender», en URUGUAY, Cód. (1889), arts. 34 (como medida preventiva) y 48 (siendo facultativa, para el juez, «la duración de la fianza»).

(3) *Codex* (1917), can. 2.310: «Monitionibus et correptionibus incassum factis, vel si ex eisdem effectum sperare non liceat, datur *praeceptum*, quo quid agere quidve evitare praeventus debeat, accurate iudicetur, cum poenae comminatione in casu transgressionis.»

(4) EN INGLATERRA, para las prisiones, desde 1.º, Abril, 1911; para las *Workhouse* desde 1.º, Abril, 1912. (Vid. los *Jear-Books of Central Association for the Aid of Discharged Convicts. Report of the Commissioners of Prisons*; años: 1911-1912, pág. 117; 1912-1913, pág. 112; 1913-1914, pág. 15.)

MEDIDAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Detención y prisión preventiva de procesados (Pen., 25) liberados (L. 23, Julio, 1914, art. 9.º, párr. 2.º; R. D. 2, Agosto, art. 8.º, párr. 2.º) y maleantes (L. prov., art. 22).

Alta vigilancia especial de la policía (Cód. 1822, art. 28, *Penas no corporales*, núm. 6.º; de 1848, art. 24, *Penas correccionales*, párr. 4.º; *acesoria*: 50 y 51; 52, núm. 5.º; 53 y 54, núm. 2.º; 55, núm. 2.º; 56, núm. 2.º; 57; 115 y 116; L. 17, Marzo, 1908, art. 9.º, 10, 12 y R. D. 23, Marzo, 1908, artículos 4.º, 5.º; L. 23, Julio, 1914, artículos 7.º y 8.º, y R. D. 2, Agosto, art. 4.º, párr. 2.º y 7.º, párr. 2.º; y Cód. de Marr. (1914), 31, párrs. 1.º y 5.º, núm. 4.º).

Corrección paterna (Civ. 156, 157, 158; Reg. 6, Abril, 1899 y R. O. 12, Marzo, 1891, artículos 1.º-3.º; 3, Mayo, 1913, art. 276; Pen., 603, núms. 5-8, y R. O. 10, Marzo, 1902, art. 11).

Reprensión o amonestación (Pen., 36).

Residencia y domicilio forzosos (Dec. 17, Noviembre, 1852, artículos 14 y 15; L. 17, Marzo, 1908, artículos 9.º, 10, 13; L. 23, Julio, 1914, art. 7.º; R. D. 2, Agosto, 1914, art. 4.º, párrs. 2.º y 7.º, párr. 4.º) y registro domiciliario.

Colocación en familia, con encargo de vigilancia y educación (Pen. 8.º, cir. 3.ª, párr. 3.º; R. D. 1.º, Setiembre, 1897, art. 4.º).

Colocación en establecimiento de educación (Pen., 8.º, núm. 3.º, párr. 3.º) y de corrección (RR. DD. 17, Junio, 1901; 10, Marzo, 1902; 23, Marzo, 1907; 5, Mayo, 1913, artículos 191, párr. 2.º, 195-97).

Expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o rebeldes (Dec. 17, Noviembre, 1852, artículos 13, 14, y RR. OO. 28, Abril, y 12, Junio, 1852, art. 3.º; 14, Enero, 1853) y de anarquistas (L. 2, Septiembre, 1896, art. 4.º).

Tutela penitenciaria, como dependencia de un Establecimiento (L. 23, Julio, 1914, art. 7.º; R. D. 2, Agosto, art. 7.º).

Reclusión en manicomio (Pen., 8.º, cir. 1.ª, párr. 2.º; 101, párrs. 1.º y 3.º, RR. DD. 1.º, Setiembre, 1897, art. 3.º).

Servicio militar obligatorio (Pen., 116, párr. 3.º; precedente: Instrucciones 25, Julio, 1751, y 17, Noviembre, 1759; R. Prov. y Circ. 6, Febrero, 1781; Nov. Rec., L. 12, T. XXI, L. XII.)

Educación forzosa de niños moralmente abandonados (Pragmática 19, Septiembre, 1783; Nov. Rec. L. 11, T. XVI, y 12, T. XXI, L. XII; Reales órdenes 1.º, Marzo, 1787 y 8, Agosto, 1814).

Publicación de la sentencia (Pen., 479 y L. 26, Julio, 1883, art. 16).

Retención indeterminada de los delincuentes habituales (*Prag-*

máticas de Felipe II, 1566; Nov. Rec. L. 4, T. XL, L. XII y de Carlos III, 12, Marzo, 1771; L. 7, T. XL, L. XII, Nov. Rec.).

Internado en «Casas de trabajo» (Nov. Rec., L. 12, § 3.º, Tomo XXI, L. XII).

Internado en «Asilo de bebedores» y prohibición de visitar establecimientos de bebidas.

Apercibimientos y conminaciones de penas.

Prohibición de noctambular.

MEDIDAS DE PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS

Suspensión de empleo o cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, acordada durante el proceso o para instruirlo (Pen., 25, núm. 2.º, y 26, *pen. correc.*, pár. 5.º).

Privaciones de derechos y reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles (Pen., 25, núm. 4.º).

Pérdida temporal de la patria potestad y tutela (facultativa: L. 26, Julio, 1878, art. 1.º, núm. 4.º, pár. 2.º; imperativa: LL. 23, Julio, 1903 y 21, Julio, 1904, ref. Cód., artículos 459, núm. 3.º, pár. últ., y 466, pár. 2.º).

MEDIDAS PECUNIARIAS

Caución (Pen., 26, *pen. com.*, pár. últ.).

Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito (Pen., 26; *accesorias*, pár. 3.º).

Fianza de custodia (Pen., 8.º, núm. 1.º, pár. 2.º y 101; R. D. 1.º, Septiembre, 1897, art. 4.º).

Multas y correcciones que en uso de las atribuciones gubernativas o disciplinarias impongan los superiores a sus subordinados o administrados (Pen., 25, núm. 3.º).

Art. 70 (nuevo). *Para reprimir los actos contrarios a la moral o a la decencia pública, las faltas de obediencia y de respeto a su autoridad, los Gobernadores podrán imponer multas que no excedan de 500 pesetas. En defecto de pago, puede imponer el arresto supletorio hasta el máximo de quince días, si es en establecimiento penitenciario, y de un mes, si es en el domicilio. (L. Prov. 29, Agosto, 1882, art. 22, ref.º)*

Art. 71 (nuevo). *Aquel a quien se imponga la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligación de dar cuenta de su modo de vivir a la autoridad local judicial, y de presentar*

se a ella personalmente en los períodos que ésta le prevenga. Si cambiare de residencia, quedará obligado a presentarse ante el Juez de Instrucción, o el municipal en su caso, del lugar a que se hubiere trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada. *Si no lo hiciere, quedará detenido provisionalmente; y si gozaba de los beneficios de la condena condicional, lo perderá, quedando sin efecto la suspensión de la condena o la liberación.* (Cód. 1822, art. 78; L. 17, Marzo, 1918, arts. 9 y 10; Cód. Mar., 1914, art. 53, núms. 1 y 2; L. 23, Julio, 1914, arts. 7 y 9; R. D. 2, Agosto, 1914, art. 8, pár. 2.º)

Art. 72 (nuevo). *Cuando el padre, y en su caso la madre, hayan impetrado el auxilio de la autoridad gubernativa, o de la judicial, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en Institutos legalmente autorizados que los recibieren, deberá serles prestado ese auxilio, previa información sobre la moralidad de su conducta y la justicia de sus fines; pudiendo el Juez municipal imponer a sus hijos un mes o más, de detención en establecimiento correccional destinado al efecto.* (Cód. civ., art. 156; R. O. 12, Marzo, 1891; Reg. Santa Rita, 6, Abril, 1899; R. D. 20, Mayo, 1907; R. D. 3, Mayo, 1913, art. 276.)

Art. 73 (36, ref.º) El que se halle en ocasión próxima de cometer un delito, o en quien recaigan fundadas sospechas de haberle cometido, será amonestado o reprendido privada o públicamente por el Juez o por un delegado suyo.

La reprensión pública la recibirá personalmente, el amonestado, en audiencia del Tribunal, a puerta abierta. La reprensión privada la recibirá personalmente en audiencia del Tribunal, a presencia del Secretario, y a puerta cerrada. (Codex, cán. 2.307, y Pen. 117, reformado.)

Art. 74. Cuando, en los casos del artículo anterior, se hubiese aplicado la admonición o reprensión sin eficacia, el Juez podrá apercibir al amonestado, conminándole con penas condicionales, que, previo procesamiento, le serán impuestas, si delinque. (Codex, can. 2.310.)

Art. 75 (nuevo). Los Tribunales *podrán acordar en las sentencias, como consecuencia del delito o como complemento de la pena, facultar a las autoridades para penetrar y practicar registros o pesquisas en el domicilio del condenado, de día o de noche.* (Cód. Marr., art. 53, núm. 2.º), *así como hacerle cambiar de domicilio o residencia.*

Art. 76 (8, circ. 3.^a, ref.^o) *Cuando se trate de delitos cometidos por menores de diez y siete años, que no fueren declarados temibles por el Tribunal especial, «el menor será entregado a una familia, y solamente a la suya en casos de acrisolada moralidad, con encargo de vigilarlo, educarlo y darle profesión. A falta de persona que acepte el encargo, será llevado, si es pobre, a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones previstas para los acogidos.» (Comp L. 31, Diciembre, 1908 y Proy. L. 5, Febrero, 1917, 4.^o)*

Si no es pobre, podrá ingresar, a petición suya y a sus expensas, en una escuela particular de reforma, autorizada por el Estado, hasta la mayoría de edad civil. Si fué declarado temible, ingresará en un establecimiento correccional penitenciario para jóvenes hasta la mayoría de edad, y a su petición y expensas, en una escuela de reforma, si acepta, para después de ese plazo, la retención indeterminada.

Art. 77 (nuevo). «Si los extranjeros residentes en España conspirasen o trabajasen para destruir o modificar instituciones, o para alterar de cualquier modo la tranquilidad pública, podrá el Gobierno decretar su salida de la Nación, dando cuenta a las Cortes de los motivos que para ello tuviere.» (Decreto de 4, Diciembre, 1855, art. 5.^o, ref.^o)

La expulsión debe ser comunicada al Estado de quien el expulsado es súbdito.

Art. 78 (nuevo). *Cuando ha delinquido un extranjero, en delitos que no estén penados por las leyes de su país, y alega ignorancia, no se le impondrá pena; mas el Tribunal podrá, en su lugar, obligarle a abandonar el territorio español.*

Art. 79 (nuevo). *El sometido a tutela penitenciaria, vivirá dependiendo del Establecimiento a que esté asignado, ya para su ingreso, si fuese liberado condicional, ya para buscar ayuda y consejo, en caso de desgracia. (L. 23, Julio, 1914, art. 7, y R. D. 2, Agosto, 1914, art. 7, reformados.)*

Art. 80 (8, circ. 1.^a, y 101, reformados). *Cuando el irresponsable, por haber delinquido en estado previsto en el art. 49, núm. 1.^o, hubiere ejecutado un hecho que la ley calificare de delito de máxima temibilidad, el Tribunal podrá decretar su recusión en uno de los Sanatorios destinados a enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin autorización del mismo Tribunal. Asimismo, cuando el delincuente cayera en locura o imbecilidad después de pronunciada sentencia firme, o sobreviniere hallándose el sentenciado*

cumpliendo la sentencia. En cualquier tiempo en que recobraré el juicio cumplirá la sentencia.

Art. 81 (16, pár. 3, ref.^o). Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, *si por la autoridad gubernativa son estimados como perturbadores habituales del orden público, o por la judicial se les hubiere impuesto pena leve de privación de la libertad*, podrán ser destinados, por el Gobierno, al servicio militar.

Art. 82 (nuevo). *Cuando el Juez tenga noticia de que existe un muchacho, menor de diez y siete años, huérfano o abandonado por sus padres, que ha incurrido frecuentemente en faltas, además de constituir el consejo de familia, si es huérfano, o después de privar de la patria potestad al padre o padres, o de la tutela al tutor abandonado, le recluirá en un establecimiento de educación protectora, hasta la mayoría de edad.* (Comp. R. O. 8, Agosto, 1914, y Cód. civ., arts. 155, 156 y 157; Ley Instr. oblig., art. 8.^o; Proy. 11, Noviembre, 1915, art. 3.^o)

Art. 83 (479, ref.^o) *Siempre que los Tribunales lo consideren útil, por tratarse de delitos leves o faltas de temeridad general, acordarán, en la sentencia, su publicación en la Prensa, o en carteles fijos en los lugares en que se cometieron el delito o la falta.*

Asimismo, los directores o editores de los periódicos en que se hubiesen propagado las calumnias o injurias, o simplemente el escrito ofensivo, o el hecho desfigurado o falso, insertarán en ellos, dentro del término que señale el Tribunal, la satisfacción, rectificación o sentencia condenatoria, si lo reclamare el ofendido. (L. 26, Julio, 1883, arts. 14 16.)

Art. 84 (nuevo). Cuando ha sido condenado a pena de libertad el que lo fué ya varias veces a penas de este grupo, y muestra tendencias al delito, al libertinaje o aversión al trabajo, puede ser internado por el Juez en un especial establecimiento correccional, en lugar de aplicársele la pena. Los *corrigendos* allí vestirán uniforme penitenciario y sostendrán los gastos del establecimiento. Les serán muy limitadas las visitas y las correspondencias. Se dedicarán al trabajo a que les destine el establecimiento, según sus aptitudes. Durante la noche descansarán en celdas.

Cuando las autoridades competentes estimasen que el *corrigendo* no necesitaba ya del internado, podrán concederle la libertad condicional, bajo vigilancia tutelar, comunicándole instrucciones.

Si comete, en libertad condicional una acción punible, o si, a pesar de advertencia terminante de las autoridades protectoras obra en contra de las instrucciones comunicadas, o se desentiende

tenazmente de la vigilancia tutelar, las autoridades competentes pueden reitengrarle al Establecimiento (1).

Art. 85 (nuevo). Cuando comparezca ante el Tribunal un individuo condenado repetidas veces y, por virtud de datos aportados al proceso, adquieran los Jueces de Derecho el convencimiento de que la nueva condena no ha de producir la enmienda del culpable, en la parte dispositiva de la sentencia se ordenará que *sea retenido indeterminadamente* en una prisión, o departamento de la misma, destinado a incorregibles.» (Proy. Com. 1911, art. 72, ref.º)

Art. 86 (nuevo). Cuando el delincuente, condenado a pena corta de prisión, es libertino o repugna al trabajo, y la causa de su delito se relaciona con esta tendencia, puede el Juez, si el condenado es apto para el trabajo y se presume que por él puede educársele, internarle en una Casa de trabajo, creada para este fin, prolongando la ejecución de la pena. Para esto, el Juez abrirá una información sobre el estado físico y espiritual del condenado, así como su aptitud para el trabajo, y sobre su educación y su vida, hasta obtener informe exacto.

El condenado será destinado a un trabajo que corresponda con su aptitud y que le ponga en estado de ganarse la subsistencia en libertad.

En la enseñanza será fomentada la cultura física del condenado, y especialmente su formación profesional. El descanso nocturno será en la celda. El condenado permanecerá en la Casa de trabajo, al menos, un año. Pero si, en los tres primeros meses, se muestra incapaz o refractario a la educación laborista, las autoridades le devolverán al Juez para que cumpla la pena impuesta, con retención indeterminada. Cuando las autoridades del establecimiento estimasen que el condenado era ya apto para el trabajo, podrían otorgarle la liberación condicional, bajo vigilancia, como en el artículo anterior.

Si durante el tiempo de pruebas el liberado vuelve a sus hábitos de libertinaje, o de ociosidad, o su conducta contradice obstinadamente las órdenes e instrucciones de las Autoridades tutelares, será reingresado en el establecimiento, por tiempo indeterminado. (Comp. Proy. fed. 1918, art. 41.)

Art. 87 (nuevo). Cuando un bebedor habitual es condenado a penas de libertad, por delito cuya comisión está relacionada con su hábito, puede el Juez ordenar que el bebedor cumpla su pena en un asilo de bebedores.

(1) Comp. Proy. fed. suizo (1918), art. 40.

Asimismo, el Juez podrá disponer que el bebedor declarado irresponsable, o respecto al cual se haya sobreseído el procedimiento, ingrese en un asilo de bebedores. Para esto, el Juez se asistirá del médico, como perito.

El tratamiento se llevará a cabo en edificios destinados a este fin. Las autoridades competentes libertarán al sentenciado, del asilo, tan pronto como esté curado; más, bajo vigilancia protectora, prohibiéndole, durante cierto plazo, el uso de bebidas espirituosas. Pero, si él obra en contra de las órdenes terminantes e instrucciones recibidas, o se desentiende obstinadamente a la tutela inspectora, las autoridades pueden recluirle de nuevo en el establecimiento.

En todo caso, al que delinquiró en las condiciones expresadas le será prohibida la entrada en establecimientos de bebidas por el tiempo que el Juez estime necesario. (Comp. Proy. fed. 1918, artículo 42.)

Art. 88 (nuevo). Cuando el Juez, después de aplicada por dos o más veces, la amonestación o reprensión, sin éxito de mejor conducta, temiese la comisión de un delito, llamará al amonestado, conminándole, terminantemente, con una pena, en caso de nueva transgresión de la ley. (Comp. Cod. Can. 1917, can. 2.310.)

Art. 89 (nuevo). Cuando el juez tuviere noticia de la mala conducta y faltas frecuentes, cometidas por la noche, prohibirá al trasgresor o trasgresores, toda salida nocturna que no sea justificada para trabajar, por el tiempo que crea necesario.

Art. 90 (459, ref.^o) *Siempre que un menor incurriere en responsabilidad por delito, la persona bajo cuya potestad legal estuviere, y que con noticia de la corrupción de éste por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no le hubiere recogido para impedir su continuación en tal estado y sitio y no le hubiere puesto en su guarda a la disposición de la Autoridad, si careciere de medios para su custodia, incurrirá en privación civil relativa para el ejercicio de cargos de tutela, y perderá la patria potestad, si la tuviere, sobre el menor que diere ocasión a su responsabilidad.*

Art. 91 (68, ref.^o) Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él proviniesen y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado.

Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito.

Los que se decomisaren, se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado;

o si son ilícitos, *se entregarán al Museo criminal de la respectiva Audiencia.* (R. O., 31, Julio, 1912.)

Art. 92 (antes 44, ref.^o) «La caución producirá obligación de presentar un fiador abonado, que haya de responder de que el penado no ejecutará el mal que se tratare de precaver, y se obligue a satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado el Tribunal en la sentencia. El Tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza. Si no la diere el penado, incurrirá en la pena.»

Art. 93 (nuevo). Cuando el procesado, que lo fuese por delito *leve*, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando fuese llamado por la Autoridad judicial, *o sin esto*, no hubiere comparecido sin motivo legítimo al primero *o sucesivos* llamamientos del Juez o Tribunal que conciere en la causa, éstos decretarán *que preste fianza para quedar o continuar en libertad provisional.* El Juez fijará la cantidad y calidad de la fianza que se hubiere de prestar. *Una misma persona no podrá prestar fianza personal a más de un procesado.* (Crim., arts. 492, núm. 3.^o; 504 y 529.)

Art. 94 (8, núms. 1, párr. 2.^o y 101, reformados). Si el hecho ejecutado por el *que se encuentra en el estado a que se refiere el art. 49 núm. 1.^o fuese leve a juicio del Tribunal, éste según las circunstancias del hecho, puede entregar al irresponsable a su familia, si esta diese suficiente fianza de custodia.* Lo mismo si el delincuente cayere en locura o en imbecilidad, después de pronunciada sentencia firme. (Cf. R. D. 1.^o, Setiembre, 1897, art. 4.^o)

Art. 95 (nuevo). Todas estas medidas podrán ser aplicadas por los Tribunales, a su facultad, en la misma sentencia, como complemento de la pena, o en sustitución de ella, en los casos determinados por la ley. Por auto motivado en el curso del proceso, también pueden ser provisionalmente impuestas.

Art. 96 (nuevo). De las medidas de seguridad, aplicadas por los Tribunales, en sentencias o autos, será enviada relación al Registro central de Penados, al objeto de poder expedir certificaciones relativas a antecedentes morales (1).

(1) Conf. *Proy. fed. suizo*, de 1918, artículos 50, 377 a 383.

F) DE LA APLICACIÓN.

La *penalidad* y la *seguridad* serían vagas nociones y principios sin eficacia, si no se añadiesen a ellos reglas prácticas sobre *aplicación judicial*. Esta, puede ser: de penas y de medidas.

Por suerte nuestra, las viejas normas de «métrica penal», en el Código (Lib. I, tit. III, cap. IV, *de la aplicación de las penas*, arts. 64-98), quedan en un segundo plano, después de la ley de «condena condicional» (17, Marzo, 1908); así como las otras, de rigor penal (cap. III, sec. 1.^a *duración de las penas*, arts. 29-31), se quiebran ante la ley de «libertad condicional» (23, Julio, 1914). Por donde la pena legal, en la integridad de su medida, o individualización legal, sufre asaltos de límite y relatividades de condición; ya en su término, ya en su inicio.

Es el triunfo de la individualización judicial, a impulsos de un anhelo de arbitrio penal libre (1).

Siguiendo el ejemplo extranjero (2), hemos incorporado estos avances legislativos, al texto del Anteproyecto.

También—siguiendo nuestro sentido, perfectamente recopilatorio—hemos traído aquí un paradigma de «penas paralelas»,

(1) La facultad judicial para graduar la pena de libertad dentro de un máximo considerable y un minimum insignificante del Código holandés (1881), art. 10, se halla también en otros, como el del Uruguay (1889), art. 59, así como el aumento y disminución, «a partir del término medio» (art. 73).

(2) ALEMANIA, L. C. Cód. (1871), arts. 23-26; *Vorentw.* (1909), *Vorläufige Entlassung* (§ § 26-29) y *Bedingte Strafaussetzung* (§ § 38-41); *Gegenentw.* (1911), V. E. (§ § 55-59), B. S. (§ § 92-94); LUXEMBURGO, Cód. (1879), L. C., art. 100; HOLANDA, L. C., Cód. (1881), arts. 15-17; ESPAÑA, L. C., Proy. Silvela (1884), «Disposiciones transitorias», 1.^a; Proy. Montilla (1902), C. C., art. 84; Proy. Ugarte (1905), C. C., base 8.^a, y L. C., base 9.^a; URUGUAY, Cód. (1889), L. C., arts. 93-96, y L. 21; Set., 1907; BRASIL, Cód. (1890), L. C., lib. I, tit. V, arts. 50-52 y 73, a); SUIZA, L. C. y C. C., Anteproyectos, 1894 (arts. 21 y 47); 1896 (arts. 25, 50); 1903 (28, 57); 1908 (arts. 30, 61); 1915 (41, 204); Proy. fed. (1918): L. C. (art. 36); C. C. (art. 39); NORUEGA, Cód. pen. (1902), § § 52-54; JAPÓN, Cód. pen. (1907), Part. I, cap. IV, *Dilación en la ejecución de la pena* (§ § 25-25); cap. V, *Liberación condicional del establecimiento penal* (§ § 28-30); CUBA, Proy. (1908), tit. VII, *De la condena condicional* (arts. 125-129); AUSTRIA, *Vorentw.* (1909), § § 48-50; *Entw.* (1912), § § 51-53; SERBIA, Anteproy. (1910), § § 70-74. DINAMARCA, Anteproy. (1912), § § 63-67; PANAMÁ, Cód.

tomado de la legislación patria (Mil., 209 y Marr., 72); de modo semejante a otros Códigos (1).

Solamente una novedad, y no absoluta: la sentencia indeterminada.

Hemos substituído la funesta—incientífica, inmoral—«prisión subsidiaria», por el moderno *trabajo subsidiario* (2).

No dándose para nosotros diferencia esencial, entre pena y medida (3), a nadie sorprenderá que hayamos extendido el principio de indeterminación—admitido con carácter absoluto para las medidas de seguridad, en todos los Proyectos modernos (4)—a las penas, desenvolviendo la tradición española de la retención indeterminada.

La honda preocupación legislativa, acerca de esta difícil situación de los que «quebrantan las sentencias» y los que «durante la condena delinquen de nuevo» (tít. V, cap. I y II), redúcese a caso de reaplicación penal. Es similar, si bien caso más fácil que los otros, de aplicación; ya que se trata de delincuentes juzgados, que rehusando la pena determinada, piden urgentemente la fórmula de indeterminación.

El agudo problema penal del concurso de delitos—campo de toda sutileza y fantasía clásicas—no interesa, desde el mo-

(1914), tít. I, cap. V, *Libertad condicional y aumento de pena* (arts. 18-31); SUECIA, Anteproy. (1916): C. C. (§§ 1-10, cap. XI) y L. C. (§§ 1-12, cap. XII); LA IGLESIA, *Codex Juris canonicis* (1917), Pars. II, tít. VII, *De paenarorum remissione*, can. 2.239, § 1.º; ARGENTINA, Proy. (1917), lib. I, C. C., tít. II (arts. 13-17), tít. III: *Condenación condicional* (arts. 26-28); PERÚ, Proy. Maúrtua (1918), tít. V, *La condena condicional*, tít. VI, *La liberación condicional*.

(1) Comp. equivalentes de paralelismo, o «penas alternativas», de opción—no de facultad de composición—en: ALEMANIA, Cód. (1871), §§ 17, 20, 81, 83, 86, 88, 89, 94, 96, 98, 100, 105, 106; HUNGRÍA, Cód. (1878), arts. 35, 41; HOLANDA, Cód. (1881), art. 61; ITALIA, *Codice penale* (1889), arts. 19, 26, 65, 107, 111 y otros. NORUEGA, Cód. (1902), art. 24. SIAM, *Code* (1908), arts. 23, 24, 29, 40. Anteproy. francés (1889); suizo (1908), art. 52; alemán (1919), *Wahl zwischen Zuchthaus und anderen Freiheitstrafen*, §§ 85, 217; Contraproy. (1911), §§ 82, 84; austriacos (1909), § 43, pár. 2.º (1912), § 50; sueco (1916), cap. II, pár. 7.º

(2) Ej. PERÚ, Proy. Maúrtua (1918), art. 25.

(3) *Defensa social*, pág. 25; *Adiciones*, III. 211-217.

(4) ALEMANIA, Anteproy. (1919), § 65; Contraproy. (1911-14); AUSTRIA, Anteproy. (1909), §§ 43, 65; SUIZA, Anteproyectos (1903), § 17; (1908), §§ 16, 17, 18; (1915), §§ 18, 94; Proy. fed. (1918), art. 15. SUECIA, Anteproy. (1916), Cap. III, §§ 1-3.

mento en que el *polidelincuente* es sujeto a tratamiento especial, ultraindividualizado; en el que la retención indeterminada es fórmula algebraica, penal, que excusa todo cálculo aritmético de acumulación de «penas correspondientes», «sucesivas», en sus «grados», «escala», etc. Más que de «absorción», el asunto es de expeler vanas dificultades.

CAPITULO IV

Aplicación de las penas.

Art. 97 (ref.º y traslad.º). *En la graduación y composición de la pena individualizada*, los Tribunales tendrán en cuenta el grado de perversidad, la *edad, salud y fortuna* del delincuente, la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido o podido producir con relación al servicio *público o empleo del delincuente*, a los intereses del Estado o a los particulares (Cód. Marr., 17, pár. 2.º).

Art. 98 (nuevo). Cuando un delincuente habitual, en delitos que merecen pena de privación de la libertad, incurre en delito de igual naturaleza penal, el juez, en lugar de la pena correspondiente, podrá recluirle en un Establecimiento de custodia, con carácter indeterminado. El custodiado será sometido a trabajo obligatorio, en relación posible con sus aptitudes, que le pongan en condiciones de atender a su subsistencia, en libertad (1).

Art. 99 (nuevo). Cuando el delincuente fuese habitual en cualquiera clase de delitos, el Tribunal podrá plantear a los jurados, luego de las preguntas referentes a culpabilidad y circunstancias del delito que juzgan, la de si estiman que, en razón de la naturaleza de sus crímenes, los móviles que los determinaron, las tendencias al delito, debe ser considerado como especialmente peligroso para la sociedad y para la vida, salud y bienes de los particulares. Si la contestación a esta última pregunta fuese afirmativa en el veredicto, el Tribunal podrá añadir a la pena, en la sentencia, la posterior retención indeterminada en una casa de custodia (2).

Art. 100 (antes 67, 68, reformados). *Los Tribunales podrá nini-*

(1) Conf. *Anteproy. suizo*, 1915, art. 42. Traducimos directamente *Verwahrte* («custodiado»), para distinguir, al que se halla en esta situación, del «pensado» común y de los múltiples «internados», en las diversas clases de Asilos de beneficencia y de seguridad.

(2) *Comp. Cód. noruego* (1902), art. 65.

poner, a los autores de tentativa de delito, la pena inferior en grado, o bien la misma señalada por la ley para el delito.

A los cómplices de un delito *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, o bien la misma, a su arbitrio.

Art. 101 (antes 50). *Cuando el sentenciado no tuviese bienes de fortuna para satisfacer la multa, así como las otras responsabilidades pecuniarias de reparación, indemnización y costas señaladas en la sentencia civil, quedará sujeto a la prestación de trabajo remuneratorio por su monta. El Juez dispondrá que éste sea prestado, ya en el establecimiento penitenciario, ya en obras públicas, o bien en las Empresas particulares, con la debida garantía de custodia.*

La prestación de trabajo subsidiario podrá ser cumplida durante la condena fuera de la prisión, si no es especialmente peligroso el delincuente.

Art. 102 (nuevo). Los Tribunales *podrán* otorgar motivadamente, por sí, la condena condicional, que deja en suspenso la pena impuesta. (L. 17, Marzo, 1908, art. 1.º)

Para ello, y de modo expreso, claro y preciso, se establecerán los fundamentos racionales que, a juicio del Tribunal sentenciador, existan para decretar aquélla. (R. D. 23, Marzo, 1908, art. 1.º)

El sobreseimiento condicional de la pena no podrá otorgarse sino a los que hayan prestado caución suficiente de no cometer el lito penado, ni otro, por el plazo de la suspensión, o por más tiempo si el Tribunal lo estima conveniente.

Art. 103 (nuevo). *Podrán obtener los beneficios de la libertad condicional, «los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad que se encuentren en el cuarto período de condena, que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, en la pena y toda la responsabilidad civil, que sean acreedores a dicho beneficio, por pruebas evidentes de intachable conducta, y ofrezcan caución suficiente de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y ejercer una profesión lícita. (L. 23, Julio, 1914, art. 1.º)*

Art. 104 (nuevo). Las Comisiones *creadas por la ley de libertad condicional*, harán las correspondientes propuestas que procedan a favor de los penados, reclusos en las prisiones de la respectiva provincia, que se hallen en las condiciones *legales* y reúnan las *cualidades morales* expresadas en el artículo anterior. (L. art. 3.º)

También los mismos penados a quienes no alcance legalmente el beneficio, en cada establecimiento penitenciario, podrán presentar una propuesta unipersonal a favor de un compañero con capa-

cidad legal, por medio de sufragio, que formalizarán los jefes del Establecimiento.

Art. 105 (nuevo). Para la selección que la Comisión asesora ha de realizar en las propuestas que reciba, atenderá:

1.º A la conducta observada por los propuestos.

2.º A los medios con que cuentan para vivir en el período de prueba que la libertad condicional significa.

3.º Al estado civil, según que sean o no jefes de familia y tengan o no padres o hijos.

4.º Al origen urbano o rural de los penados, en relación con el sitio en que se progongan fijar su residencia como liberados y a las ocupaciones en que piensen ejercitarse.

5.º A los antecedentes penales, en las clases de delitos y de las condenas que hayan extinguido o que tengan que extinguir. (Reg. 28, Octubre, 1914, art. 35.)

Art. 106 (nuevo). Los Tribunales podrán imponer, en vista de las circunstancias del hecho y de las condiciones del delincuente, a su facultad, una pena y parte de unas y de otras, eligiendo entre las del grupo, que la ley señale, para cada delito. (Comp. Militar, 209, y Mar., 72.)

Art. 107 (129 a 131, reformados). El sentenciado que hubiere quebrantado su condena, sufrirá *la misma pena que se le impuso, por tiempo indeterminado.*

Los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada a cumplir, o durante el tiempo de la condena, serán castigados con la pena, o *penas* señaladas por la ley al nuevo delito o falta; *en las de libertad y derechos, por tiempo indeterminado.*

Art. 108 (arts. 88 a 90, reformados). Al culpable de dos o más delitos o faltas, si impondrá *tratamiento penal individualizado, bajo la inmediata inspección del Juez, en establecimientos especiales y por tiempo indeterminado.*

«La extinción de la responsabilidad penal», no interesa tanto como la *extinción de la criminalidad*; esto es, de la tendencia individual y del social peligro.

Aparte la prescripción, condicionada e individualizada (Vid. atrás, II, A), b), *La ley penal en el tiempo* (1), ni el «cumplimiento —externo, sobre rebeldía tácita, en incredulidad mo-

(1) Págs. 59, 60.

ral, con desesperanza social — de la pena», ni menos el absurdo moral, venal o violentado, «perdón del ofendido», son garantías suficientes para el seguro social. La «muerte del reo», pero sin libre ejemplaridad moral, positiva, extingue sólo una individual tendencia, nunca el colectivo peligro.

A diferencia de la mayoría de los Códigos y Proyectos modernos (1), no hemos incluido la *rehabilitación*, por ser notoria nuestra actitud frente a esta institución antidefensista (2). Lo mismo hemos de advertir respecto a la *amnistía*, y al famoso *indulto*; al que la condena y la libertad condicionales, racionalizándole, hicieron innecesario, sobre ser absurdo (3). Y otro tanto, del *perdón judicial*; supuesta la temibilidad, que imposibilita la absolución legal, y cierto el hecho delictivo y la participación, en términos que incapacitan el sobreseimiento.

(1) Ultimamente, PERÚ, *Proy. Maúrtua* (1918), tít. XIV.

(2) *Orígenes de la Criminología*, págs. 473, 474. Es fórmula de extinción total de la responsabilidad. que debiera figurar en el tit. VI del Código, no en otra parte.

(3) Vid. *Orígenes*, pág. 469; *Adiciones*, III, 421-423. Lacointa hace notar cómo los legisladores italianos, tan animados del espíritu de Beccaria, no le han seguido en su repugnancia a la gracia (*Code pénal d'Italie, Introduction*. París, Imprenta Nat., 1890, pág. LXIV).

APÉNDICES

APÉNDICES

Sistemáticamente, «apéndice» es texto adjetivo, documental, que rebasa del texto sustantivo; es un *texto después del texto*. A veces, fuera de todo sistema, «apéndice» vale tanto como tardía nota, derivada fuera de tiempo, que el piadoso autor asila en una dependencia, ya cerrado, editorialmente, el libro. Así, *nota fuera de las notas*, cada apéndice se refiere a su lugar correspondiente, en el texto y notas del libro, como *nota suplementaria*. He aquí el doble significado y origen de este anexo.

Mientras redactaba el texto del libro, el A. opinaba, siempre de acuerdo con lo que conocía; y no opinaba, no podía juzgar, de aquello que desconocía. Al escribir las notas, el A. citaba lo que existía para él, los datos que condicionaron su juicio. (Quienes estiman superflua toda documentación, y fastidiosas las notas, y pedantes o inútiles las citas del texto, son lectores de libros en la más favorable hipótesis, como pudieran serlo de carteles, pero que ignoran la psicología del A. de libros).

Mas, el que investiga invoca, y llegan a su mano nuevos documentos o datos, que corroboran o que rectifican —condicionando uno opuesto— el primer juicio; juicio que la imprenta fijó con duros caracteres irreformables.

¿Cómo quedar a salvo de error, o de ignorancia, sino publicando, lealmente, los datos nuevos? He aquí la misión vindicadora por adelantado, justificativa siempre, del apéndice, en un libro. Espiritual añadidura o adición al cuerpo del libro, el apéndice es un «otrosí» documental, asilo de circunstancia importante, en conexión, si bien accesoria. Es un *postscriptum*, que lamenta no haber sido *scriptura*.

APÉNDICE I

Títulos preliminares de Códigos penales extranjeros

(II, A), pág. 55, nota 1.^a)

A los que se enumeran, en el citado lugar, han de añadirse los siguientes: En el DERECHO PENAL AUSTRIACO, esta materia — perfectamente excindida de las otras — ocupa un Título intermedio: Código penal (*Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen*); de 27, Mayo, 1852, arts. 37-41; Anteproy. (Septiembre, 1909), tít. V, «Esfera de vigencia de la ley penal» (*Das Geltungsgebiet des Strafgesetzes*), cap. I «Esfera de vigencia local» (§§ 81-88) y cap. II «Extradición» (§ 89); Proy. (Sesión XXI, 1912), tít. VI, caps. I-III, los mismos títulos (§§ 81-89).— En HUNGRÍA, el Código penal de las faltas (Ley XL de 1879), parte primera, *Disposiciones generales* (artículos 1-32). En URUGUAY, Cód. pen. (1889), lib. I, tít. I *Disposiciones generales* (arts. 3-12). En COLOMBIA, el Cód. pen. (18, Octubre, 1890), lib. I, tít. II *De la aplicación de la ley penal en cuanto al tiempo, al lugar y a las personas* (arts. 12-20). En SUIZA, a partir del 1.^{er} Anteproyecto, de Stooss (15, Agosto, 1893), lib. I, Parte general, cap. I. *Der Bereich des Strafgesetzes* (arts. 1-5); el 2.^o (1896), cap. I (arts. 1-5); el 3.^o (1903), cap. I (arts. 1-12); el 4.^o (1908), cap. I (arts. 1-9), y el 5.^o (1915), tít. I (arts. 1-10). El Proy. fed. (13, Julio, 1918), cap. I con el mismo título (arts. 1-9). En VENEZUELA, el Cód. pen. (20, Febrero, 1898), lib. I, tít. I, *Aplicaciones de la ley penal* (arts. 1-6); En CUBA, el Código penal para la República de Cuba, Proyecto de su libro primero, por la Comisión nombrada en Decreto del Sr. Gobernador provisional, de Enero, 6, de 1908 (Habana, Imp. de Roubla y Bouses, 1908), el libro I *Disposiciones generales*, tít. I, *De la aplicación de la ley penal* (arts. 1-18). SERBIA, Anteproy. (26, Junio, 1910), Parte general, cap. I, «Disposiciones de introducción» (arts. 1-14). En ECUADOR, el Código de Policía (11, Setiembre, 1911), cap. I, *Preliminares* (arts. 1-11 y II), *De la jurisdicción de Policía, de las autoridades que la ejercen y del fuero* (arts. 12-23). En DINAMARCA, el «Proyecto de Código penal común», de 1912, «Parte general», cap. II: *Esfera de dominio de la ley penal*

(§§ 6-10). En el PERÚ, «Proyecto de C. p. del Dr. Maúrtua, y Comisión parlamentaria (1918), lib. I, tit. I, *Garantías de la ley penal*; tit. II, *Dominio territorial de aplicación de la ley penal*; tit. III, *Aplicación en el tiempo de la ley penal*, y lib. IV, *Vigencia y aplicación del Código penal*.

APÉNDICE II

(Parte II, A), pág. 55, nota 2).

Proyecto de Código penal, presentado a las Cortes de 1869, por D. Eugenio Montero Ríos

DISPOSICIONES PRELIMINARES

«*Primera.* Serán castigados con arreglo a las disposiciones de este Código:

1. Los españoles o extranjeros que cometieren fuera del territorio español alguno de los delitos siguientes:

Contra la seguridad exterior del Estado.

Lesía majestad.

Rebelión.

Sedición.

Falsificación de la firma o estampilla real o del Regente.

Falsificación de la firma de los Ministros.

Falsificación de otros sellos públicos.

Falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito e interés del Estado y la introducción y expendición de lo falsificado.

Falsificación, introducción o expendición de billetes de Banco, cuya emisión esté autorizada por la Ley.

2. Los empleados públicos españoles residentes en territorio extranjero que delincan en el ejercicio de sus funciones.

«*Segunda.* Serán castigados igualmente con las penas de este Código, ya sean españoles, ya extranjeros:

1. Los que delinquieren en país extranjero y fueren entregados para su castigo al gobierno español o a sus agentes.

2. Los que embarcados en buques españoles delinquieren en alta mar.

3. Los que delinquieran en puertos, bahías, estrechos o cualquier otro punto de la zona marítima española, o en buques nacionales o extranjeros surtos en ella. Exceptúase los que delinquieron en buques extranjeros de guerra y los que correspondiendo a la tripulación de buques extranjeros que no sean de guerra cometan delitos que perjudique solo a otros individuos de la misma tripulación.

4. Los que cometieren el delito de piratería si fuesen apresados en alta mar y traídos al territorio español.

5. Los que delinquieren en territorio extranjero en daño de un español cuando concurren las circunstancias siguientes:

Que se querelle el ofendido o sus herederos.

Que el delincuente se encuentre en territorio español o haya sido entregado a España por otra potencia.

Nunca habrá lugar a proceder en rebeldía.

Que no haya sido absuelto o condenado por sentencia firme o indultado en el Estado de donde delinquiró.

Cuando habiendo sido sentenciado en los términos expresados no hubiere cumplido su condena, o solo la hubiere extinguido en parte, se formará nueva causa y se tendrá en cuenta la parte cumplida para rebajar proporcionalmente la que en otro caso le correspondería.

El indulto concedido en país extranjero no libertará en España a los que hubieren cometido los delitos de traición y de lesa majestad.

En el caso expresado en este número, cuando siendo extranjero el culpado, el Estado en que hubiere delinquirido reclamare su entrega para juzgarlo, podrá el Gobierno acordar la extradición.

Tercera. Será también juzgado con arreglo a este Código, el español que cometiere en daño de un extranjero en país extranjero algún delito a que esté señalada en España pena aflictiva en cualquiera de sus grados, cuando en el Estado a que el perjudicado pertenece se aplique la misma regla respecto a los españoles.

Cuarta. Cuando un extranjero perjudicado por delito cometido por otro extranjero fuera de España reclamara contra éste ante los Tribunales del Reino, se procederá a la detención del delincuente si concurrieren las circunstancias siguientes:

1. Que el delito sea común y a que este Código señale pena aflictiva en cualquiera de sus grados.

2. Que el delincuente se halle en territorio español.

3. Que el perjudicado acredite que hay procedimientos pendientes o terminados por sentencia que no esté cumplida.

De la detención del reo se dará cuenta al Gobierno, el cual podrá ofrecer su entrega al del Estado en que se hubiese perpetrado el delito, u obligará al detenido a salir del territorio español al cual no podrá volver hasta que acredite su absolución, el cumplimiento de la condena o el del indulto.

Quinta. Lo prescrito en las disposiciones 1, 2 y 3 no es apli-

cable a los actos que, penados por la Ley española, no lo fueren por la del Estado en que se hubieren cometido.

Se aplicará la Ley del Estado en que se cometió el hecho punible cuando sea más benigna que la española.

En los casos en que teniéndose que aplicar por esta causa la ley extranjera, la pena no corresponda con alguna de las que establece este Código, impondrán los tribunales la que tenga más analogía con ella, atendida la naturaleza, duración y efectos de las penas en ambos Estados.

Sexta. Se considerará cometido en territorio sepañol el delito que en él haya sido consumado o frustrado, aunque su ejecución haya comenzado en país extranjero.

Cuando la ejecución del delito hubiere comenzado en España y sido consumado en territorio extranjero, se considerarán como penables en España únicamente los actos preparatorios, que por sí constituyan delito según las leyes españolas.

Séptima. De lo establecido en las disposiciones 1, 2 y 4 se exceptúan:

1. Los príncipes de las familias reinantes, los Jefes de República, los Embajadores, los Ministros residentes, los Encargados de Negocios, y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delincan, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos.

2. Los que correspondan a Estados en que por tratados diplomáticos, o convenios consulares, no deban aplicarse estas disposiciones.»

¿Cómo desapareció del Proyecto Montero Ríos, al ser Código, el precedente legal de estas *Disposiciones preliminares*? ¿Cuándo se suprimieron? La Comisión parlamentaria (la componían: S. Diego Madrazo, M. León Moncasi, F. de P. Villalobos, C. Pascual y Genis, V. González, J. Rojo Arias y T. Montejo), en su dictamen, dice que «ha creído que debía hacer en el mismo algunas ligeras modificaciones». Luego se refiere, únicamente, a «una, la más importante, reducida a borrar del catálogo de las penas, la de sujeción a la vigilancia de la autoridad». (V. *Código penal reformado, con notas, y los discursos pronunciados en las Cortes Constituyentes*, etc. Madrid, *Revista de Legislación*, 1870, pág. 2.)

Y no es menos importante, sino mucho más, la supresión de todo un Título preliminar, titulado en aquel Proyecto «Disposiciones preliminares». No fué, acaso, la Comisión parlamentaria causante de esta amputación, cuando ni se justifica por ello ni lo menciona.

EL CÓDIGO DE 1848.—Verdad que el Código de 1848 carecía de Título preliminar, y que no lo hubo granjeado merced a la desdichada reforma de 1850. Mas, la ley para la aplicación de aquel Código, fecha 19 de Marzo de 1848, importaba tanto como una parte de Título preliminar, conteniendo disposiciones relativas a *vigencia, reformas legales, reformas gubernativas y ejecución*:

«Art. 1.º El Proyecto del Código penal presentado por el Gobierno, y la Ley provisional que para su aplicación le acompaña, se publicarán desde luego y se observarán como ley en la Península e islas adyacentes, desde el día que señale el Gobierno dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la sanción real.

»Art. 2.º El Gobierno propondrá a las Cortes, dentro de tres años, o antes, si lo estimare conveniente, las reformas o mejoras que deban hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente, por lo menos, deberán dirigirle los Tribunales.

»Art. 3.º El Gobierno hará por sí cualquiera reforma, si fuere urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible.

»Art. 4.º El Gobierno adoptará las disposiciones convenientes para la ejecución de esta ley.» (*Código penal publicado como ley en virtud de la ley votada por las Cortes y sancionada por S. M. en 29 de Marzo de 1848. Madrid, imp. de El Español, 1848, pág. 2.*)

EL PROYECTO ALONSO MARTÍNEZ DE 1882.—El primer Proyecto de «reforma técnica» (Vid. atrás, pág. 52), el Proyecto Alonso Martínez, de 1882, llevaba ya su *Título preliminar*, al frente. Integrábanle diez artículos, relativos a los principios y reglas de garantía criminal y retroactividad legal favorable (art. 1.º); territorialidad penal, con atención a pena sufrida en el extranjero (art. 2.º); inmunidad penal internacional (art. 3.º); extraterritorialidad real, o por el delito (art. 4.º), y personal de empleados públicos (art. 4.º, § último); excepción de absolución, pena, indulto, obtenidos o cumplidos en todo o en parte en el extranjero (art. 5.º); extraterritorialidad personal para español que delinque contra español, mediando condiciones (art. 6.º, §§ 1 a 3), y contra extranjero, con las mismas (art. 7.º); excepciones de prescripción y extradición (art. 8.º, §§ 1 y 2); prohibición de extradición de españoles (art. 9.º), y exclusión de delitos y faltas penadas por leyes especiales (art. 10). (Vid. *Proyecto de Código penal, Título preliminar. Madrid, imp. del Ministerio de G. y J., 1882, págs. 1, 2.*)

EL PROYECTO SILVELA, DE 1884 Y 1885.—El segundo Proyecto de «reforma técnica», el de Silvela de 1884; Proyecto del Gobierno, reformado y... corrompido por una torpe Comisión del Congreso en 1885; lleva, asimismo, *Título preliminar*. Comprende, éste, dis-

posiciones relativas a garantía penal (art. 1.º) y procesal (art. 2.º), iniciativa de reforma (art. 3.º); retroactividad favorable (art. 4.º); acción pública y privada (art. 5.º); medidas de seguridad (art. 6.º); territorialidad (art. 7.º, núms. 1, 2 y 4); extraterritorialidad real y de funcionarios (art. 7.º, núm. 3); idem personal, condicionada (artículo 7.º, núm. 5); cuapción de pena sufrida en el extranjero (art. 8.º); advertencia de naturalización posterior al delito (art. 9.º) — tomada con acierto del Código holandés, de 1881, art. 5.º, § últ.º—; excepción de inmunidad penal (art. 10, núm. 1); de no extradición o prescripción (art. 10, núm. 2.º); obsesión de la pena más favorable (art. 10, núm. 3); no extradición de españoles (art. 11) y exclusión de delincuencia especial (art. 12). (Vid. *Dictamen de la Comisión referente al Proyecto de ley facultando al Gobierno para plantear el Código penal, Proyecto de Código penal, Título preliminar*, en el *Diario de Sesiones de Cortes, Congreso*, apéndice 2.º al núm. 128; legislatura de 1885, págs. 5, 6.) En el Proyecto del Gobierno, el art. 8.º, en su pár. 2.º, disponía que en los casos provistos en los núms. 2.º, 3.º y 5.º del art. 7.º, si el culpable hubiese sido absuelto o penado por un Tribunal extranjero, y, en el último caso, cumplido la condena, no se abriría causa en España. Lo demás, coincide. (Vid. *Proyecto de Código penal*. Madrid, 1884.)

EL CÓDIGO PENAL HOLANDES DE 1881.—Entretanto, con anterioridad a nuestros «Proyectos de reforma técnica», aparecía, en 1881, el notable Código penal holandés. Este Código, del que con toda comodidad, se ha dicho aquí «debido a Moddermann» —que así rezan, en efecto, los Manuales de vulgarización—, fué preparado por una Comisión nombrada por Decreto de 28 de Setiembre de 1870. Estaba compuesta de un Presidente (de Wal) y cinco Vocales (François, reemplazado más tarde por Loke, Pols, de Pinto, y desde 18 de Marzo de 1871, Beclaerts van Blokland). Uno de entre esos cinco vocales, era Modderman. No se hace mención especial de él sino por las observaciones que —siendo Ministro de Justicia, nueve años después— hizo al Proyecto, al ser presentado éste en la segunda Cámara, en 22 de Febrero de 1879. (Vid. H. J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Haarlem, 1881, y la *Introd.* de W. J. Wintgens, al frente de su trad. franc. *Code pénal des Pays-Bas*, 3, Mars, 1881. París, imp. Nat., 1883, págs. X-IX.)

Nuestros reformadores del Código penal conocieron el entonces recentísimo y celebrado Código de Holanda, cuyo *Título primero*, «Extensión de los efectos de la ley penal», contiene disposiciones relativas a la garantía penal, con retroactividad favorable (art. 1.º); principio de territorialidad (arts. 2.º y 3.º), extraterrito-

rialidad real (art. 4.º), ídem personal (art. 5.º), de funcionarios (artículo 6.º), de marinos (art. 7.º), y excepciones de Derecho internacional (art. 8.º).

LOS PROYECTOS DE UN CÓDIGO PENAL PARA ITALIA EN 1863-1879.—Y, por entonces, Italia preparaba su Código penal. Difícilmente llegarían a España los trabajos de la 1.ª Comisión, nombrada en Febrero de 1863 (Presidente, Conforti), de la que se conoce el libro I, con el título de «Proyecto De Falco». La 2.ª Comisión (15, Noviembre, 1865) y la 3.ª (12, Enero, 1866), ésta de notables penalistas, redactaron el Proyecto de 1868 (Ministro, Pisanelli), que obtuvo publicidad, con los trabajos de la 4.ª (3, Setiembre, 1869), autora del Proyecto de 1870. (Vid. *Il Progetto di un Codice penale e di polizia penale per il regno d'Italia*, Florencia, imp. R., 1870). El Proyecto llamado «senatorio» (Ministro, Vigliani, reformador; aprobado por el Senado el 25, Mayo, 1875). La 5.ª Comisión del Congreso (1876), y la 6.ª, compuesta de eminentes Profesores y Magistrados (18, Mayo, 1876), y convocada por Mancini, entonces Ministro de Justicia, terminó su trabajo (libro I, Junio de 1876), que revisado y completado con el libro II, es presentado a las Cortes por Mancini. Este célebre Proyecto fué traducido al español por Romero Girón, y publicado en España: primero, en la *Revista de Legislación*; luego, en libro aparte (*Proyecto de Código penal italiano, por P. S. Mancini*. Madrid, *Rev. Leg.*, 1879). Proyecto que, reformado por Zanardelli y por Savelli, es presentado al Congreso en 28 de Noviembre de 1883.

Veamos, ahora, hasta donde los reformadores españoles, Alonso Martínez, Silvela y la Comisión de 1885, conocieron y siguieron estos precedentes legislativos: el Proyecto español, de Montero Ríos (1869); el Proyecto italiano, de Mancini (1869), y el Código penal holandés (1881). Un cuadro comparativo hará visibles estas reproducciones en el articulado de los *Títulos preliminares*.

	P. Montero Bós (1869)	P. Mancini (1869)	O. holandés (1881)	P. Atonso Martínez (1882)	P. Silvela (1884)	P. Comisión (1885)
<i>Nallum delictum sine praeiata lege</i>		Art. 2.º.....	Art. 1.º.....	Art. 1.º.....	Art. 1.º y 4.º.	Art. 1.º y 4.º
Principio territorial.....	Disp. 2.ª, 2, 3.....	» 3.º, 1.....	» 2.º y 3.º..	» 2.º.....	» 7.º, 1.....	» 7.º, 1, 2.
Extraterritorialidad real.....	» 1.ª, 1, 2.....	» 5.º.....	» 4.º.....	» 4.º.....	» 7.º, 3.....	» 7.º, 3.
Piratería.....	» 2.ª, 4.....	» 7.º, 2, b).....	» 4.º, 4.....	».....	».....	».....
Extraterritorialidad personal..	» 2.ª, 5.....	» 7.º, § 1.....	» 5.º.....	» 6.º, 1, 2.....	» 7.º, 5.....	» 7.º, 5.
Idem de funcionarios.....	» 1.ª, 2.....	».....	» 6.º.....	» 4.º, § últ.º.....	» 7.º, § últ.	» 7.º, § últ.
Indulto o absolución en el extranjero.....	» 2.ª, 5, § 5, 7.....	» 8.º, § 3.....	».....	» 5.º y 6.º, 3.....	».....	».....
Penas cumplidas en el extranjero...	» 2.ª, 5, § 6.....	» 3.º, § 2.....	».....	» 5.º, § 3, y 6.º, § 5	» 8.º.....	» 8.º.
Post-nacionalización.....	».....	».....	» 5.º, § últ.	».....	».....	» 9.º
Prescripción.....	».....	» 8.º, § 1, 1.º.....	».....	» 8.º, 1.....	» 9.º, 2.....	» 10, 2.
Extradición.....	» 2.ª, § últ., y 4.ª, § 4	» 8.º, § 1, 2º.....	» 8.º.....	» 8.º, 2.....	» 7.º, 5.....	» 9.º, 5.
No extradición...	».....	» 9.º, § 1.....	» 8.º.....	» 9.º.....	» 10.....	» 11.
Ley internacional más benigna...	» 5.ª, § 2.....	» 2.º, §§ 3, 4, 5, y 7.º, § 1	».....	» 6.º y 7.º.....	» 9.º, 3.....	» 10, 3.
Personas inmunes.....	» 7.ª, 1.....	».....	» 8.º.....	» 3.º.....	» 9.º, 1.....	» 10, 1.
Leyes especiales	».....	» 10, § 2.....	».....	» 10.....	» 11.....	» 12.

APENDICE III

Individualización de la prescripción penal

(A), b), págs. 59, 60)

Celebramos la coincidencia—en parte—con el nuevo Derecho penal argentino; cuyos textos, de Proyectos de Código, llegan a nuestras manos. El Proyecto de 1906, siguiendo al de 1891, establecía, como condición para la prescripción de la acción penal, la buena conducta del culpable durante un cierto plazo (art. 66). Acierto admirable. Mas, se cruza la contraria opinión de un romántico, el Dr. Julio Herrera (*La Reforma penal*) y la Comisión redactora del último Proyecto, de 1917, suprime aquella condición (arts. 62-67). He aquí sus galanas palabras: «Cuando el tiempo pasa, la sociedad *olvida* y el *interés* del castigo desaparece.» (*Exposición de motivos*, ed. of., pág. 99). Ni la menor idea antropológica, de *tendencia*—memoria de la Naturaleza—ni social, de *peligro*—conciencia defensiva del ser social. Otra rapsodia para una antología penal: «El factor buena conducta puede ser motivo para *injusticias*, pues pasado el término, el sujeto no podría quedar librado sin que se investigara qué conducta tuvo, y *como eso es cuestión de apreciaciones*, podía atentarse contra la libertad obtenida» (ob. y loc. cit.) He aquí unos redactores de Código penal para quienes no existe, seriamente, la Etica. La conducta... «cuestión de apreciaciones.» El vicio y la virtud... según se mire. Nietzsche, al escribir *La genealogía de la moral*, no soñó con tener por discípulos a los legisladores.

Y, no obstante, en Sud América se daba ya la buena doctrina antropológica, Del Dr. A. Leal, fiscal de Bahía (Brasil) es una Proposición de ley penal, cuyos son estos innumerados artículos, muy importantes:

«Art. A la reaparición del delincuente será este preventivamente preso, a fin de abrir una encuesta rigurosa sobre su conducta, durante el lapso de la prescripción.

»Habiendo vivido el delincuente fuera del término donde se realizó el hecho criminal, la Autoridad judicial de aquél le interrogará sobre el lugar o lugares donde residió y en qué se ocupó, enviando, con la mayor celeridad, a las autoridades de esos lugares nota de su nombre, señas personales, para que, urgentemente, le sean

remitidos los resultados de estas pesquisas, que se referirán exclusivamente, a la conducta moral del delincuente en todo el lapso de la prescripción.

»Art. Si de estas diligencias resultare que el delincuente se ha corregido del todo, portándose bien sin interrupción, de modo que no quepa duda sobre su regeneración, se dará el crimen por prescrito.

»Art. Si, por el contrario, resultare de estas diligencias que el delincuente, fué de malos procederes, sin amor al trabajo y sin respeto a las leyes sociales, será castigado, como si su crimen se hubiere cometido al tiempo de su prisión; corriendo, a partir de él, por lo tanto, el cómputo de las penas.

»Art. En cualquier caso, sin embargo, existiendo reincidencia, nunca podrá otorgársele el beneficio de la prescripción.» (*Germes do Crime, IV, Prescrição criminal, Bahía Magalhães, 1896, páginas 157-158*).

La interrupción de la prescripción de la condena por la reincidencia es evidente, pero elemental, acierto de Mancini (*Progetto di un Codice penale italiano, art. 113, § 3*), aceptado en Italia por el Proyecto Zanardelli (*Progetto, cap. 92*), que pasa al vigente Código (1889, art. 96, § 3.º) Vid. la crítica de Olivieri, *La Prescrizione dell' azione penale, en Appunti al Nuovo Codice penale, 2.ª ed. Turín, Bocca, 1889, págs. 263-264*).

El absurdo de nuestro art. 134, § último («Se interrumpirá... cuando cometiere uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripción, *sin perjuicio de que esta pueda comenzar a correr de nuevo*»), se repite en los Códigos americanos que copian servilmente al español; así, el de Honduras (19, Enero, 1906), art. 114, § último. No así en otros, como el de Chile (12, Noviembre, 1834), art. 96.

La condición de no cometer nuevo delito, para el beneficio de la prescripción penal, significa exigir «buena conducta durante el tiempo que le esté corriendo, puesto que un nuevo crimen o delito se lo hace perder por completo.» (R. Vera, *Código penal de la República de Chile, comentado, Santiago, Cadot, imp. 1883, p. 272. Conf. Código penal, por el mismo, Santiago, Lib. Amer., 1886, pág. 136, nota 1.ª*)

Ni tampoco en el de Venezuela (20, Febrero, 1898), art. 95, § último: «La prescripción de la pena se interrumpe también, si en el curso de ella comete el condenado otra infracción de la misma naturaleza.» (Entendemos que ha de referirse a analogía genérica y esencial, en el dualismo de delitos y faltas; no a la específica, contenido de la reiteración.)

Ni el de Brasil (11, Octubre, 1890), art. 81: «La prescripción de la acción y de la pena se interrumpe por la reincidencia». En todos ellos, no debiera decir «se interrumpe» — lo que supone posible reanudamiento—sino «queda sin efecto», o bien «se imposibilita definitivamente». El de Méjico (1871) y otros Estados americanos no incluyen la reincidencia como excepción. Al contrario, la prescripción de tres años estorba la reincidencia (Méjico, art. 44, circ. 9.^o).

Mas, en España triunfa la buena doctrina antropológica con las observaciones de R. Castillo y García Soriano, *La reforma del Código penal español*, Avila, González, imp. 1896, págs. 228-229.

En el Derecho canónico, la prescripción penal se individualiza; mas, sin esperar a la reincidencia, negativamente, por averiguación anterior de habitualidad. Vid. *Codex* (1917), can. 1705, § 3.^o: «In delicto habituali vel continuato praescriptio non decurrit nisi post ultimum actum; et conventus ob aliquen criminorum actum non praescriptum, tenetur de antiquioribus, qui cum eodem actu connectuntur, etiamsi singulatim sumpti ob praescriptionem excluderentur».

Por lo que hace a la irretroactividad e infavorabilidad, nuestra posición, en el texto, no es, ni despiadada, ni única. En la doctrina alemana, Vid. Mayer, Schwarz, Halschner, Berner. En la francesa, Ortolan. En Italia, Pessina, V. Olivieri, *La Prescrizione dell'azione penale*, en *Appunti*, Turín, Bocca, 1889, pág. 268 (con citas legales equívocas).

Además, en la práctica, la aplicación judicial de la retroactividad legal favorable, produciría un trastorno penitenciario y un gasto enorme, como se ha demostrado en cuanto a Italia (X ed Y, *La retroattività della nuova legge alle sentenze passate in giudicato*, en *Appunti al nuovo Codice*, pág. 74-84).

APÉNDICE IV

Fórmula de irresponsabilidad.

(II, B), d') pág. 84.)

Sin pretender el difícil acierto, nos hemos decidido por una adaptación española del art. 10 del Proyecto del Consejo Federal, de Suiza (13, Julio, 1918): que, en parte, recuerda la del primer Anteproyecto suizo, de Stooss (15, Agosto, 1893); adaptada aquí por B. de Quirós, en el Proyecto Montilla (art. 28, § 1.º).

Evolución de una fórmula. — Un paralelo de ambos, Anteproyecto y Proyecto suizos, hecho recientemente por Stooss, muestra la evolución progresiva de esa fórmula (Vid. C., Stooss, *Zum schweizerischen Strafgesetzentwurf, 1893-1918, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, XXXI 1918, págs. 290-291). Pero, en esto, el *Entwurf des Bundesrates*, reproduce el art. 12 del último *Vorentwurf* suizo (Agosto de 1915); en tanto que el Anteproyecto anterior (Abril de 1908) reproducía aún, en su § 14, el art. 8.º del primer Anteproyecto. (*Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Neue Fassung der Experten Kommission, April 1908, Berna, Stämpfli & C.ª, 1909, pág. 11; Conf. Ed., Sammlung auserdeutscher Strafgesetzbücher, Berlin, Guttentag, 1909, pág. 10*). El texto suizo de 1893, 1896 y 1908, decía: *Wer zur Zeit der Tat geisteskrank oder blödsinning oder in seinem Bewusstsein schwer gestört war, ist nicht strafbar*. Un súbito tradujo, aquí, *blödsinning* (imbécil, idiota) por «idiotismo» (esto es, «ignorancia», «falta de instrucción», según los últimos diccionarios españoles; si es que no significa: «locución gramaticalmente defectuosa»).

La transformación del texto suizo se hizo, pues, de 1908 a 1915. ¿De dónde se tomó el texto reformado? Lo hallamos, como propuesta de reforma al texto del Anteproyecto alemán, de 1909, en Aschaffenburg (*Zurechnungsfähigkeit, en Bemerkungen zum Vorentwurf des Strafgesetzbuchs, Herausg. von der Justiz-Kommission des Deutschen Vereins für Psychiatrie, Jena, Fischer, 1910, pág. 30*). La fórmula de Aschaffenburg, discrepa solo levemente en su primera mitad, por seguir ella al texto alemán sólo en las palabras, más en espíritu al suizo antiguo, mejorándole; siendo seguida, a su vez, en la segunda, por el nuevo texto suizo,

TEXTO ALEMÁN (1909)

§ 63. «Nicht strafbar ist, wer zur Zeit der Handlung geisteskrank, blödsinning oder bewusstlos war.»

VIEJO TEXTO SUIZO (1893-1908)

«Ver zur Zeit del Tat, geisterkrak oder blödsinning oder in einem *Bewusstsein* schwer gestör war...»

NUEVO TEXTO SUIZO (1915-1918)

«... nicht fahig ist das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, ist nicht strafbar.»

FÓRMULA DE ASCHAFFENBURG (1910)

«Nicht strafbar ist wer sich zur Zeit der Handlung in einem Zustande von Geistesstörung, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung befunden hat, durch den er...»

«... nicht die Fähigkeit besass, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäss zu handeln.»

Mas, lo que hizo Ashaffenburg fué variar en poco, pero autorizar en mucho, con su gran prestigio, la fórmula del Anteproyecto austriaco (*Vorentwurf zu einem Osterreichischen Strafgesetzbuch*, September, 1909, 1.^a Parte, tit. I, cap. II, § 3: «Nicht strafbar ist, wer zur Zeit der Tat wegen Geistesstörung, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung nicht die Fähigkeit besass, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder sein Willen dieser Einsicht gemäss zu bestimmen», pág. 13), seguida por el Proyecto del Gobierno (*Entwurf eines osterreichischen Strafgesetzbuches*, Zu 90 der Beilagen zu der stenografisches Prolokollen des Herrenhauses—XXI Session, 1912—*Erlautende Bemerkunden*, págs. 4-9, y *Regierungsvorlage*, 1.^a Parte, tit. I, cap. II, § 3.^o). La variante de Ashaffenburg consiste: 1.^o, en reducir a puramente psiquiátrica una fórmula mixta, psiquiátrico-psicológica; 2.^o, en completar el diagnóstico psiquiátrico con el sentido jurídico. Conviene advertir que este sentido de «conciencia de delinquir», o «de violar el Derecho», lo tomó el Anteproyecto austriaco de fuentes suizas.

Se halla ya en los Códigos penales de Vaud, de 1843 (art. 51, núm. 3.^o); Berna, de 1866 (art. 43); Zurich, de 1871 (§ 44), y Friburgo, de 1873 (art. 56, a). De ellos lo tomó, sin duda, el Código danés, de 1886 (§ 38), y de éste y de aquéllos, los americanos de Méjico, 1871 (art. 34, núm. 1.^o), y Paraguay, 1880 (art. 147). Conviene advertir cómo este sentido racionalista de la irresponsabilidad se

halla, antes que en otro lugar, en nuestra Partida VII, tít. VIII, ley. 3.^a, que dice así: «... Otrosí dezimos, que si algund ome que fuesse loco, o desmemoriado, o moço que non fuesse de edad de diez años e medio matasse a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe, nin entlende el yerro que face.» (Ed. Alcubilla, *Códs. antig.*, I, 626.)

Fórmulas psiquiátrico-jurídicas.—He aquí el origen de estas fórmulas, derivadas de la Psiquiatría y del Derecho, que caracterizan a los modernos Códigos penales, Proyectos y Anteproyectos. La fórmula de Ashaffenburg—y del Anteproyecto austriaco—era aceptada al punto en Alemania por los autores del Contraproyecto (W. Kahl, F. v. Liszt, K. v. Lilienthal, J. Goldsmidt, *Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, Berlín, Guttentag, 1911, *Begründung*, págs. 11-14 y texto, lib. I, Parte general, cap. II, § 13 *Geistige Mängel*, pág. 5), con leve variante en la enumeración psiquiátrica. Las críticas de los médicos alemanes, a la fórmula voluntarista del Anteproyecto, habían sido elocuentes (Vid. *Verhandlungen der Berliner Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, en *Berliner Klinische Wochenschrift*, 1910, núms. 15 y 22; *Deutsche medicinische Wochenschrift*, núms. 47-49; Bericht des *Preussische Medicinische Beamten-Verein*, 1910).

A los médicos siguieron los juristas (Vid. Gretener, *Die Zurechnungsfähigkeit in Vorentwurf*, 1910, págs. 28 y sigs.; Franck, *Die Reforme der Reichstrafgesetzbuchs*, 1910, I, 234, 235 y otras). Se imponía, pues, la reforma, y en este sentido sigue el Proyecto de la Comisión (*Regierungsentwurf*, 1912, § 100).

Muy semejante es, entre los modernos, la del Código ruso (§ 39, Vid. trad. alem. de S. Berstein, *Der neue russische Strafgesetzbuch*, Allerhöchstbestätigt am 22, März, 1903, Berlín, Guttentag, 1908, pág. 22) y la del de Siam (art. 46, Vid. trad. franc. de G. Sadoux, *Code pénal du royaume de Siam*, prom. le 1er Juin 1908, París, Imp. Nat., 1909, pág. 12), y la del Anteproyecto servio (§ 49, Vid. trad. alem. de Z. Topalovits y H. Landsberg: *Vorentw. zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich serbien*. Berlín, Guttentag, 1911, pág. 18).

En poco discrepa la traducción danesa de esta fórmula, seguida por el Proyecto de 1912 (§ 33; Vid. la versión alemana: *Entwurf eines Allgemeinen bürgerlichem Strafgesetzbuchs für das Königreich Dänemark, von Jahre 1912*, en *Mitteilungen der I. K. V.*, XXI (1913) 253).

En el Anteproyecto sueco, dividido en dos artículos, con doble efecto de excluir y atenuar (cap. IV, §§ 1 y 2 — Vid. I. C. W. Thy-

rén, *Vorentwurf an einem Schwedischen Strafgesetzbuche*, Absch. I-VIII, Lund, 1918, págs. 19-20). En el Código argentino (art. 81, núm. 1.º *Código penal de la Nación*, 1886) y en el último proyecto (art. 34, núm. 1.º *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina*, Buenos Aires, Rosso, imp., 1917, pág. 137), también se halla.

Fórmulas psiquiátrico-psicológicas. — Estas fórmulas han venido a substituir a las psiquiátrico-psicológicas; derrotadas en su última aparición, desde el célebre Anteproyecto alemán de 1909. Eran estas fórmulas mixtas, incientíficas, utilitarias; fruto de componendas entre la doctrina normalista (voluntarista) y la anormalista (psicopatológica). En esta línea están los Códigos penales de Alemania (1871, § 51) Hungría (1878-1908, § 76), Italia (1889, art. 46), el Anteproyecto suizo de 1903 (art. 16).

Mas, su razón no es un *electicismo científico*, actual, del legislador «combatido por dos pensamientos dominantes: el deseo de acoger las audacias de la escuela positiva, y el acatamiento hacia las doctrinas de la escuela clásica» (Tamassia, *Il progetto del Codice Penale nei suoi rapporti con la giurisprudenza medica*, en *Appunti*, Turín, Bocca, 1889, pág. 286); que esta fórmula mixta, repetida con variantes, viene de tiempos anteriores a la escuela positivista en derecho penal, y aun a la Psiquiatria. Su origen en un *sincretismo práctico*, que fundió, en el molde de una fórmula, viejos motivos de irresponsabilidad — médicos y psicológicos — desde el Derecho de Roma.

Y muy cerca de ellas, las *bio-psíquicas*, *bio-psiquiátricas*, *bio-morales* y *psíquico-morales*, con doble alusión al grado de desarrollo mental y al límite de determinación libre. De las primeras es ejemplo, en Suiza, el Código de Zurich (*Cod. pénal*, 1.º Feb., 1871, § 44: «Il n'y a pas d'action punissable si les facultés de l'agent se trouvaient, dans le moment de la consommation du fait, développées au point de plus lui laisser l'aptitude de déterminer librement ou le discernement nécessaire pour pouvoir connaître de la possibilité du fait.»

De las segundas, el de Holanda (1881), art. 37: «No es punible quien comete un acto que no puede serle imputable, a causa del desarrollo incompleto o de la perturbación patológica de su inteligencia.»

Análoga a la más breve del Código holandés (art. 37—Vid. traducción franc. de Wintgens, *Code pénal des Pays-Pas*, 3 Mars, 1881, París, Imp. Nat., 1883, pág. 11); a la del venezolano (art. 46 del *Código penal* sancionado en 14 de Mayo de 1897, en *Código... de los Estados Unidos de Venezuela*, Madrid, Góngora, 1901, pá-

gina 6); la del Código sueco (1864), cap. V, § 4.º; y la del Brasil (1890), art. 24, núms. 3.º y 4.º

De las últimas, el de Portugal (1886), art. 26: «Sómente podem ser criminosos os individuos que têm a necessaria intelligencia e libertade» (*Cód. pen.*, edição official, Lisboa, Imp. Nac., 1886, pág. 9).

Fórmulas psiquiátricas.—Fuera de este círculo jiran las fórmulas *psicológicas* y las *psiquiátricas* puras, con más larga o corta enumeración de formas psicopatológicas, éstas; de estados morales, aquéllas.

A las últimas corresponde la que se tuvo por más perfecta, del Código noruego de 1902 (§ 44; Vid. trad. alem. de Rosenfeld y Urbye, *Allgemeines bürgerliches Strafgesetz für das Königreich Norwegen*, von 22, Mai, 1902, Berlin, Guttentag, 1904, pág. 9). He aquí el texto: «No es punible una acción, si el autor, en la ejecución, se hallaba enfermo de la mente, sin conocimiento, o era irresponsable a causa del desarrollo defectuoso de sus facultades o debilitamiento o perturbación patológica del mismo, o a consecuencia de una violencia o peligro inminente».

Psiquiátrica pura es, asimismo, la del Proyecto cubano (1908), art. 24, núms. 2.º y 3.º; y más escueta que todas, la del Código austriaco (27, Mayo, 1852), art. 2.º

En esencia, es el desenvolvimiento psiquiátrico de la vieja fórmula francesa: «Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence a temps de l'action...» (*Code pénal* 1910, art. 64); reproducida en Turquía (Cód., 1858, art. 41), Bélgica, (Cód., 1867, art. 71), Valois (Cód., 1859, art. 85), Tesino (Cód., 1873, art. 46, a), Ginebra (Cód., 1874, art. 52), Colombia (Cód., 1890, art. 29, número 1.º), Neufchâtel (Cód., 1891, art. 70); en la misma Francia *Projet de la Commission de revision du Code pénal*, (13, Julio, 1892, art. 54).

Es equivalente, por la negativa, la fórmula inglesa (*Mental Deficiency Act 1913*, 3 y 4, Geor. V, Ch. 28, §§ 1.º y 2.º—Vid. traducción alem. de E. Behrned, *Das Englische Gesetz betreffend die Fürsorge und Verwahrung geistig Minderwertiger*, Berlin, Guttentag, 1914, págs. 11 y 12).

En todas éstas, nada que se refiera a la conciencia de la injusticia; menos aún, que despierte la bizantina cuestión de la libertad.

Fórmula psicológica pura, alusiva a la conciencia o a la libertad, la del Japón (§ 30.—Vid. trad. alem. de S. Oba, *Strafgesetzbuch für das Kaiserlich japanische Reich*, von 23, April 1907, Berlin, Guttentag, 1908, pág. 17).

Entre nosotros, Proy. Silvela (1885), art. 31: «Son irresponsables de sus actos... 3.º El que, en el momento de ejecutar la acción u omisión castigada por la ley, se halle en un estado mental que le prive por completo de la conciencia de sus actos» (En el Dictamen de la Comisión figura como art. 30, núm. 2.º).

Más allá, están las *enumeraciones*, comprensivas de casos varios de irresponsabilidad, clásicamente psiquiátricos, bajo el nombre impropio de «circunstancias»; una, entre las «eximentes» — exactamente —, «el loco y el imbecil». Así, en los Códigos penales de: Perú (1862), art. 8.º; España, (1870), art. 8.º, circ. 1.ª); Chile (1874), art. 10, núm. 1.º; Guatemala (1889), art. 20, núm. 1.º; Honduras (1806), art. 7.º, núm. 1.º; Panamá (1916), art. 45.

¿Qué significa esta moderna fórmula de irresponsabilidad? Desde los primitivos, eran motivos excluyentes de responsabilidad criminal: la imbecilidad y la locura (F. psiquiatra); con los clásicos se precisa—supuestas las condiciones básicas de responsabilidad—la conciencia y la libertad (F. psíquica); luego, estas facultades en hipótesis de disminución normal, por la edad, o anormal, por retardo en el desarrollo (F. biológica). La técnica legislativa integra, completa estas fórmulas (F. mixtas). Al fin, la deficiencia de conciencia se pone en relación con el objeto: moral, la conducta; jurídico, la ley (F. éticas y jurídicas).

Ahora, este último caso de exención, en unidad de texto legal con el primero, significa—consciente e inconscientemente, se quiera o no—la aceptación, por el legislador, de la combatida doctrina psiquiátrica de la «locura moral» (Abereromby, Pritchard, Maudsley) y de la «imbecilidad moral».

Véanse, entre numerosos trabajos modernos, Oppenheimer, *Criminal Responsibility*, Tuke, «Criminal Responsibility», en *Dictionary of Psychological Medicine*, Mr. Pitt-Lewis y Dr. Percy Smith, *The Insane and the Law*; Ch. Mercier, artículos en *Journal of Mental Science*, y su libro: *Crime and Insanity*, Londres, W. a. Norgate, págs. 252 y 253.

La más reciente información sobre los últimos progresos de la Psicología criminal y Medicina legal, en G. Aschaffenburg, *Kriminalpsychologie und gerichtliche Medicin*, en *Z. de von Liszt*, XXXVI (1915), 670-700.

APENDICE V

Derecho minoritario penal.

(B), d), d''), pág. 90, nota)

Sobre la *Junior Republic*, Vid. asimismo: George, *The Junior Republic, Nothing without labor, The Citizen*; H. Hertzfelder, *Eln americanischer Erziehungsstaat, The George Junior Republic*; W. Stern, *Die Jugendrepublik, en Zeitschrift für angewandte Psychologie*, III (1910), 334.

De sus semejantes, las escuelas-ciudades, de Norte-América, Cuba y Puerto Rico, dan cuenta:

Th. R. Slicer, *The School City, The Gill System of Moral and Civic Training*, ed. *The Patristic League*, New-Platz, 1901; W. Gill, *A. School City Talk With the Teacher, City Problems*; L. Beccher Stowne, *School Republics, same Suggestions regarding the organisation and conduct of a plan of pupil cooperation in school management*, Shooctizens committee Nueva York. Además, sobre administración de las *City Schools*, Vid. la referencia y bibliografía de la *Ciclopedia of Education*, II, 18-23.

First funseal Report of the Commissioner of Public Schools, 1900-1901. Habana, Rambla & Bouza printers, 1902. Para la enseñanza teórica, Vid. R. Montoro, *Principios de Moral e instrucción cívica*. Habana, La poesía moderna, 1902. En España no se ha publicado un solo manual de este género, como puede verse buscando «Educación cívica», en la *Bibliografía*, de Blanco.

Refiriéndonos a aquélla y a éstas, decíamos nosotros en 1916:

«Pedagogía política. La República Junior.

»Hacer ciudadanos; ¿y cómo? Enseñando a los hombres, desde niños, a jugar al ciudadano. Parece cómico... Mas he ahí ese juguete político, infantil, asombro del mundo, que se llama *The Junior Republic*. Imposible explicar su funcionamiento, sin detenerse demasiado. Por lo demás, ¿quién no ha leído viajes de nuevos Gulliver por aquella ciudad liliputiense? El secreto del mecanismo está en la *self-reliance*, la confianza en sí mismos, base del sistema.

»Un paso más, y estamos ya en el *Municipio escolar*, o *Ciudad*

escolar, de Wilson Gill. Es curiosísimo. El juego político se complica; hasta proporciones de un *Estado escolar*; a semejanza de los Estados «verdad», de aquella asombrosa Norte-América. Aquí, al mecanismo se añade una dinamo, el *self-support*, esto es, la propia subsistencia del apóstol.

»El gobernador militar de Cuba, a fines de 1900, llamó a Wilson Gill. El gran pedagogo trazó la *carta de la ciudad escolar*, que se publicó en el próximo Mayo. El éxito fué completo. La disciplina escolar, desconocida en Cuba, aparece. Niños y niñas ven brotar el pan de sus manos... y aprenden: 1.º, conocimiento y ejercicio de derechos y deberes del ciudadano; 2.º, amar a la verdad, virtud de los pueblos libres, y 3.º, respeto a las leyes establecidas, que regulan el orden. En 1902 existían ya 50 ciudades escolares en la Habana, y otras muchas en Cienfuegos, en Puerto Rico... ¡Nosotros no supimos hacer de aquellas ciudades escuelas; ellos hacen de las escuelas ciudades!» (*La educación ciudadana*, 2.ª ed. Bilbao, «Artes Gráficas», 1917; págs. 40 y 41 de *La cultura, el poder y la riqueza*, conferencias.)

Sobre los más recientes resultados de la «Justicia para jóvenes», en Alemania, Vid. E. von Liszt, *Rapport*, en *Actes du Congrès intern. pour la protection de l'enfance*. Bruselas, Julio, 1913, sec. 1.ª, quest. 2.ª E. v. Liszt y Ruth v. der Leyen, *Berliner Jugendgerichtshilfe*, en *Z. de von Liszt*, XXVII (1915), 119-127.

Respecto al perdón condicional, aplicado a los delincuentes jóvenes, en Alemania, y sus resultados, Vid. R. v. Der Leyen; *Wirkungen des Allerhöchsten Gnadenerlasses vom 4 August 1914 auf Jugendlichen*, en *Z. de von Liszt*, XXXVI (1915), 488-491.

Respecto a las tendencias inmorales o criminales patológicas de los niños, Vid.: sobre impulso errabundo, E. Stier. *Wandertrieb und pathologisches Fortlaufen bei Kindern*, Jena, Fischer, 1913; J. Friedrichs, *Die Bedeutung der Psychologie für die Bekämpfung der Verbrechen. Zugleich eine Kritik neuerer Straf—Strafprozess—und Jugendgerichtsentwürfe und der herrschenden strafrechtlichen Schuldlehre*, Hannover, Helwing, 1915; es un interesante estudio político-criminal, moderno, a partir del punto de vista exclusivamente psicológico.

Las noticias referentes a progresos e innovaciones en todo el mundo relativas al proteccionismo minoritario, son recogidas periódicamente en las revistas penales. Así, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, la serie de informaciones de E. Rosenfeld, *Neuigkeiten auf dem Gebiete des Strafrechts und der Jugendfürsorge*, XXXV (1914), 120, 242, 494, 615, 748, 921; XXXVI

(1915), 777-785; pero más cuidadosamente, en las revistas alemanas de la especialidad; como la *Zeitschrift für Kinderforschung*; *Die Jugendfürsorge*; *Mitteilungen der Deutschen Zentrale für Jugendfürsorge*; *Mitteilungen des Arbeitervereines Kinderfreund für Niederösterreich*; *Zeitschrift für pädagogische Psychologie*; *Pädagogische Reform*; *Zeitschrift für Kinderschutz und Jugendfürsorge*; *Zeitschrift für Jugendhilfe*.

La guerra, factor de toda delincuencia, ha sido especialmente estudiada, en Alemania, como causa de la delincuencia infantil. Merece citarse, como fundamental, por aportar la más completa información y la contribución más importante. A. Hellwig, *Der Krieg und die Kriminalität der Jugendliche*, Halle, Waisen, 1916. (El Dr. Hellwig, descuella hoy, entre los jóvenes penalistas alemanes, como una realidad sorprendente.)

Sobre el tratamiento de los jóvenes, en los más conocidos reformatorios europeos, Vid. la reseña anual (1917), de uno suizo, el de Arburgo, extractada por C. Stooss, *Die Zwangserziehungsanstalt Aarburg*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, XXXI (1918), 408-410.

En España merece honores de mención la tesis, de D. Abellan, *Delincuencia y corrección de jóvenes* (Junio de 1918), tal vez sobrado recargada de lujo erudítico, no bien seleccionada la profusa información, y falto de esa línea elegante de la idea, alma de toda tesis.

Sobre el problema criminal de la penalidad pedagógica, Vid. E. Geider, *Die Strafbarkeit des Erwachsenen bei Zuchtigung des ungezogenen Jugendlichen*, Breslau, Schletter, 1918.

A los Anteproyectos, Proyectos y Códigos penales, que consagran al Derecho minoritario penal un apartado, añádase: SERBIA, Anteproy. (1910), Parte general, cap. III, b) *Jugendliches Alter* (§§ 50-53).

Es el anillo, que se escinde, tendiendo a formar un futuro *Código penal para los menores*.

APENDICE VI

Individualización de la reincidencia

(III, E), a); pág. 126.)

De entre la triste flora jurídica, que hizo brotar, en los Códigos penales, la doctrina de las «circunstancias», se ve un solo brote antropológico, y ciertos Códigos y Proyectos creyeron dar, cómodamente, con el difícil secreto de hacerse «científicos». Así, al lado—o más allá—de la conocida triple enumeración circunstancial ponían, en capítulo, y aun título aparte, la materia de «la reincidencia».

El ejemplo viene de FRANCIA; donde ya el Código penal de 25, Setiembre, 1791, al frente de su tit. II, castiga a «los que habiendo sido penados por la justicia, por un crimen, viniesen a ser convictos de nuevo atentado» (art. 1.º de este título); mientras que la ley de 24, *Vendimiario*, año II, asimila los vagabundos de profesión a los reincidentes (Vid. J. Reinach, *Les récidivistes*, París, Charpentier, 1882, pág. 8). A partir del Cód. pen. de 1810, con su cap. IV del lib. I *Des peines de la récidive pour crimes et délits*, artículos 56-58); cuyo primer art. 56, es ya derogado por la ley de 28, Abril, 1832; sucediéndose los Proyectos de ley «Petit» (*Sur les mesures a prendre en vue de la répression de la récidive présentée par la Commission d'étude au Conseil supérieur des Prisons*, en *Bulletin de la Soc. gen. des pris*, 1878), y el Contraproyecto «Schumacher y C. Etienne» (en su obra *Les récidivistes devant la transportation*; consta de seis títulos y treinta artículos); y las leyes sobre reincidentes, de 27, Mayo, y 14, Agosto, de 1885 (art. 2.º); ésta modificada, en su art. 20, por la de 10, Julio, 1901, y en sus arts. 6 y 8 por la de 19, Julio, 1907; la muy comentada «ley sobre la atenuación y la gravación de las penas», de 26, Marzo, 1891, modificada por la de 28, Junio, 1904; media actividad penal legislativa, en Francia, se ha polarizado hacia este problema criminal, tratado siempre, aparte, en el Código y fuera del Código.

ESPAÑA, Proys. Silvela (1884), y Comisión (1885), tit. III *Relación entre los delitos y las penas*, cap. III. *Reglas para la aplicación de las penas en los casos de acumulación de delitos, reincidencia o quebrantamiento de condena* (ref. a reincidencia, arts. 112-113);

Villaverde (1891), tít. I, cap. II, *Reincidencia y reiteración*. En VENEZUELA (Cód. 1898), lít. VIII, *De la reincidencia* (arts. 80-83); PANAMÁ (Cód. 1914), lib. I, tít. I, cap. IV, *Reincidencia* (arts. 14-17); PERÚ, Proy. Maurtua (1918), tít. XII, *La reincidencia*.

Mas, no todas las «circunstancias» se refieren al hecho, sino algunas al actor, y estas merecen llamarse «condiciones». De entre ellas, sólo una entre las demás, es ésta, con su anverso jurídico-legal («reincidencia genérica»), y su reverso antroposociológico («reincidencia específica» o reiteración), que supone tendencia y significa habitualidad.

En el mismo Código penal español, reformado (1870-1907), vemos ya el proceso evolutivo en un concepto: antes, predominante legal (art. 10, circ. 18, «delitos comprendidos en el mismo título»); luego, esencialmente jurídico-sociológico (art. 531, ref.: «delitos de robo o hurto, o dos veces en juicio por falta de hurto»). La oposición en el procedimiento—violencia o fraude, robo o hurto—no le interesa tanto como la unidad de ataque a un bien jurídico, de naturaleza social: la propiedad.

La *habitualidad* es la condición interna del delincuente, de la que es relativo índice — y no siempre seguro — la reincidencia, esa circunstancia externa del delito. Así, la mayor temibilidad, la certeza del estado peligroso, corresponde, no al hecho de la reincidencia, sino al actor habitual. En consecuencia, su apreciación incumbe, más que al precepto legislativo, al espíritu judicial; que se rige por la *regla interna* del buen juicio en el examen de la ajena conciencia, no por la externa de la actuación legal judicial; siendo, pues, asunto de *libre arbitrio judicial*, guiable por el legislador, mas «con muchísimo respeto».

En las legislaciones, el derogado Código de PRUSIA (14, Abril, 1851), 1.^a Parte, tit. V, § 58: «Cuando la ley no estableciere penalidad especial en caso de reincidencia, podrá ser aplicada mayor pena que la determinada por la ley; mas, en ningún caso deberá exceder, en la agravación, a la mitad de la pena legal máxima.» (En el primer proyecto, de 1848, precisando la pena mayor optable, art. 41). El Código de ALEMANIA, no prevé la reincidencia sino en ciertos delitos, como hurto (arts. 244-245), robo (250, núm. 5.^o), encubrimiento (261) y estafa (264). El art. 74, que cita el Sr. Moreno Calderón (*Reincidencia, Estudio sobre el segundo delincuente*, Madrid, 1906-1907, págs. 64, texto, y 101, nota) no se refiere a reincidencia sino a concurso de delitos. (La cita está tomada de los lamentables *Comentarios* de Groizard, I, 488). El Anteproyecto, (1909), § 88 concede arbitrio limitado entre un minimum y un máxi-

mum. El Contraproyecto (1911) § 95, faculta para optar entre la pena y el internado en una casa de trabajo (§ 68). Mas, lo que importa es esa cadena fisiológica, que eslabona, unos a otros en la serie reincidente, los delitos; cadena de tendencia, que sólo el libre examen del juez puede apreciar. «Crimen o delito intencional—dice el Contraproyecto—que se basa en la *misma tendencia* «que yacía en el acto que motivó el castigo pretérito» (95, § 1.º). Los autores lo tomaron del Anteproyecto austriaco (1909, § 64; en el Proyecto, 1912, § 63), y éste de von Liszt, *Reform*, I, 388, 389 y de Oetker, *Strafen*, pág. 27. He aquí la esencia de la reincidencia, y el fundamento del arbitrio penal, condición de toda individualización de la reincidencia.

A los modernos Anteproyectos, Proyectos y Contraproyectos europeos, se habían anticipado los viejos Códigos. El de BÉLGICA (1867), lib. I, cap. V, *De la récidive*, arts. 54-57, faculta al juez para imponer, al que delinque de nuevo, según la pena del primer delito, la detención extraordinaria (art. 56); teniendo en cuenta el plazo de reincidencia (art. 56, § 2.º), y pudiendo añadir la vigilancia de la policía (§ 3.º).

En Suiza, el Cód. de Zurich (1871), concede al juez la facultad de aumentar la pena al reincidente, fuera del máximo legal, y aun de imponerle otra pena distinta, más grave; con instrucciones relativas a la brevedad del lapso, y al número y a la gravedad de las repeticiones (arts. 66-68).

En el sentido de una solución arbitrista, con voto de confianza, a favor del juez, para declarar la habitualidad, o especial temibilidad específica del reo, Vid. Porto, *Progetto del nuovo Codice penale*, Roma, 1888, págs. 39-40; Garofalo, *La recidiva*, en *Appunti al nuovo Codice*, págs. 135-136.

La fórmula facultativa de nuestro Código (1870), art. 10, circunstancia 17, § 2.º: «Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito», debiera, pues, seguir a las dos circunstancias 17 y 18 del art. 10, ya que debe alcanzar el arbitrio, tanto a la estimación de la reincidencia genérica (circ. 17), como a la específica (circ. 18).

En el Código de TURQUÍA (9, Agosto, 1852), reformado por las «Leyes nuevas» (*Novelle*), de 4, Abril, 1911, volvemos a hallar la fórmula de agravación del Código belga (art. 56 de este Cód.), en fórmula facultativa: «para casos necesarios». (*Das türkische Strafgesetzbuch*, trad. y notas de E. Nord. Berlín, Guttentag, 1912, página 3.)

APÉNDICE VII

Fuerza irresistible hipnótica.

(II, B), d'); pág. 83).

Como fórmula posible y actual de la «fuerza irresistible», de nuestro Código (art. 8.º, circ. 9.ª), incluimos la sugestión hipnótica; ya que no creemos en la posibilidad, sólo extraordinaria, de su eficacia como «extraña» y «proveniente de un tercero» (Sents. 15, Marzo, 1876; 28, Sept., 1901; 22, Dic., 1902; 22, Octubre, 1903); si ha de entenderse, únicamente, siendo «violencia de una fuerza material» (Sents. 18, Abril. 1893; 28, Octubre, 1898; 23, Sept. 1902 y 22, Octubre, 1903).

Trátase, por el contrario, de una forma de *coacción psíquica personal, inmotivada, de una imposición o posesión moral no inhibible*, que no es amenaza expresa, causante de «miedo insuperable de un mal»; que no es mandato explícito, instigación de cometer un crimen. Es la doctrina de la irresponsabilidad criminal, en los dominios de la normalidad.

La Política criminal represiva, en Sud-América, se ocupa ya en llenar estas necesarias lagunas de nuestros viejos Códigos, pre-científicos. Son de interés los datos y apreciaciones de V. Brandau (*Política criminal represiva. Observaciones al sistema penal vigente y bases para uno nuevo*, vol. I, Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1909, págs. 100-106).

Ha de distinguirse —estimamos nosotros— si el acto criminal cometido por el ipnotizado que consintió en la sugestión, es una *actio libera in causa*; mas, han de medirse, asimismo, los límites de la causa, según la fórmula del consentimiento (si fué sólo para una experiencia de salón, por plazo breve).

Antes, J. V. Concha (*Tratado de Derecho penal y Comentarios al Código penal colombiano*, 6.ª ed., Bogotá, lib. americ., s. a. § 82, págs. 81-82), distinguía la irresponsabilidad criminal. inicial, de la imprudencia culpable, en el delito cometido por el sugestionado.

De las legislaciones vigentes, sólo el Código penal de la Argentina (1886) contiene disposiciones relativas al hipnotizado delincuente, en la enumeración de los estados patológicos de irresponsabilidad (art. 59, num. 3.º). Y, si por «dormido» ha de entenderse hipnotizado, también el de Venezuela (1898), art. 46.

De los Proyectos argentinos, el de 1891 seguía al Código; no así el de 1906. El último, de 1917, entiende que «no es preciso referirse a estados anormales de sonambulismo o de hipnotismo.» Basta con un enunciado general. (*Exposición de motivos*, pág. 68). Luego, aparte, el Proyecto incluye, entre los que «No son punibles»... «2.º El que obrare violentado por fuerza física irresistible, o amenazas de sufrir un mal grave e inminente» (art. 34, núm. 2.º) Como se ve, nadie hasta ahora, supo apreciar el contenido jurídico, de coacción psíquica, irresistible, en los actos cometidos por el que sufre la *capitisdiminutio máxima* de la sugestión hipnótica.

Las opiniones médicas, sobre irresponsabilidad del hipnotizado, se limitan al dictamen psíquico o psiquiátrico (Vid. H. Tucke, *On the mental condition in hypnotism*, en *The Journal of mental science*, 1883; Binet y Feré, *Hipnotisme et responsabilité*, en *Rev. philos.* XIX, 1885; G. A. Pugliese, *Novi problemi de responsabilità penale*, en *Archivio di Psich.* VI, 1885, 109 y sigs.; C. Lombroso, *El Hipnotismo*, 1888, trad. esp., *La Esp. Mod.*, s. a., págs. 64 y sigs.; S. Ottolenghi, *La suggestione e le facoltà psichiche occulte*, Turín, Bocca, 1900, págs. 633-638; entre nosotros, J. Camino, *Los problemas médico-legales del hipnotismo*, en *Revista española de Psiquiatría y Criminología*, I (1919), 22 y sigs.

Los juicios de los juristas, como los otros, dan vueltas al viejo malacate de la irresponsabilidad patológica. R. Garofalo, *Criminología*, pág. 449; T. Besia, *La suggestione ipnotica in rapporto all'imputabilità*, en *Foro napolitano*, 1898, fasc. XI; Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, (II 164 sigs.

Nadie fundó la irresponsabilidad del hipnotizado en la doctrina jurídica de la *fuerza irresistible psíquica*.

APÉNDICE VIII

Técnica legislativa

(Pág. 69)

Por desconocimiento absoluto del valor de las palabras, explicable en la ignorancia filosófica proverbial a los juristas, se califica de «materia criminal» al contenido de la parte especial, donde se contienen las sanciones penales de las *formas criminales*, o «figuras de delito.» Conf. *Adiciones*, II, 430.

(Pág. 75)

Sustituimos la vieja técnica terminológica legal: «causar un mal», por ésta, más consciente, en que se contienen las dos únicas formas de «mal» (hacer), contra personas o sobre cosas: «lesiones o daños».

Vocabulario jurídico-penal

(II, B), a), pág. 69, nota 1.^a)

A los Códigos, Leyes, Proyectos y Anteproyectos, que definen, en apartado conjunto, los términos usuales de la técnica legislativa penal, añádanse éstos: en AUSTRIA, el *Vorentwurf* de Setiembre de 1909, tit. VI, «Ilustración sobre algunas expresiones empleadas en la ley.» (*Erklärung einiger im Gesetze vorkommender Ausdrücke*) §§ 90-108, y el *Regierungs-Entwurf* (1912), tit. VII (igual título), §§ 90-108.

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
La reforma del Código penal	5
Antecedentes históricos	6
Reformas del Código	7
La cuestión de veracidad	8
Crítica y propósitos	11
El problema profesional	12
I.—La reforma política	14
Inadaptación	14
Proyectos de reforma política	16
A) Delitos religiosos	17
<i>a)</i> Perturbación de actos públicos de cualquier culto	17
<i>b)</i> Coacción para el cumplimiento de deberes religiosos—	19
B) Delitos políticos	21
Derechos individuales	22
<i>a)</i> Expropiación ilegal	23
<i>b)</i> Prisión ilegal	25
<i>c)</i> Violación del domicilio	27
<i>d)</i> Prohibición, impedición y disolución ilegal de reu- niones.....	29
<i>e)</i> Impedición, prohibición y suspensión ilegal de Asocia- ciones	31
<i>f)</i> Exacciones ilegales, falsas defraudaciones y verdade- ras estafas	36
Viejos delitos constitucionales	37
Responsabilidad ministerial	38
Nuevos delitos constitucionales	39

	<u>Páginas</u>
A) <i>Delitos contra la religión del Estado</i> —————	40
a) Tentativa de abolir o cambiar en España la religión del Estado —————	40
b) Celebrar actos públicos de un culto religioso extraño —	42
c) Atentados e injurias contra la religión del Estado ———	43
B) <i>Delitos contra el ejercicio de los Derechos indivi-</i> <i>duales</i> —————	44
Coacción profesional —————	44
C) <i>Delitos comunes</i> —————	46
a) Insolvencia punible —————	46
b) Alzamiento y quiebra fraudulentas —————	48
II.—La reforma técnica —————	50
Proyectos de reforma técnica —————	52
A) <i>Juridicidad y legalidad</i> —————	54
a) La ley penal —————	56

TÍTULO PRELIMINAR

De la ley penal y de su esfera de aplicación

CAPÍTULO PRIMERO

De la ley penal —————	57
b) La ley penal en el tiempo —————	58

CAPÍTULO II

De la aplicación temporal de la ley penal —————	60
c) La ley penal en el espacio —————	61

CAPÍTULO III

De la aplicación territorial de la ley penal —————	62
d) De la ley penal en cuanto a las personas —————	65

CAPÍTULO IV

Aplicación de la ley penal en cuanto a las personas ———	66
B) <i>De la responsabilidad criminal</i> —————	68
a) Definición del delito —————	69

	<u>Páginas</u>
a') La intención	70
a'') Las faltas	72

LIBRO PRIMERO

Principios generales y reglas sobre responsabilidad y penalidad

TÍTULO PRIMERO

De la responsabilidad criminal

CAPÍTULO PRIMERO

De los delitos y las faltas	74
b) Demarcación del delito	75

CAPÍTULO II

De las formas generales del delito	77
c) Personalización de la responsabilidad	78

CAPÍTULO III

De los delincuentes	79
d) Graduación de la responsabilidad	81
d') Las circunstancias	82

CAPÍTULO IV

De las circunstancias del delito	84
d'') Las condiciones	86

CAPÍTULO V

De las condiciones de los delincuentes	91
C) <i>De la responsabilidad civil</i>	93
Criterio ético-criminal	96
Criterio ético-civil	97
III. — La reforma científica	99
A) <i>Pragmatismo penal</i>	100
B) <i>El imperativo científico</i>	106

	<u>Páginas</u>
Proyectos de reforma científica	111
C) <i>Las desorientaciones</i>	113
D) <i>De la penalidad</i>	114

TÍTULO II

De la penalidad

CAPÍTULO PRIMERO

De la pena	115
a) Pena de muerte	116
b) Penas de libertad	117
c) Penas de privación de los derechos	119
d) Penas pecuniarias	120

CAPÍTULO II

De las clases de penas	121
E) <i>De la seguridad</i>	124
a) Medidas de privación de la libertad	125
b) Medidas de privación de los derechos	127
c) Medidas pecuniarias	127

CAPÍTULO III

De las clases de medidas	128
F) <i>De la aplicación</i>	137

CAPÍTULO IV

Aplicación de las penas	139
<i>Apéndice I</i>	146
<i>Apéndice II</i>	148
<i>Apéndice III</i>	155
<i>Apéndice IV</i>	158
<i>Apéndice V</i>	164
<i>Apéndice VI</i>	167
<i>Apéndice VII</i>	170
<i>Apéndice VIII</i>	172