

# Cuestiones penales

CESAR CAMARGO Y MARIN

## I

1. ¿Es requisito sine qua non, en la defensa, la agresión ilegítima?
2. ¿Cabe agresión ilegítima en la riña mutuamente aceptada?
3. ¿Es, por consiguiente, de apreciar la legítima defensa, incompleta en el primer caso y completa o incompleta en el segundo?

Examinaremos primero estas cuestiones en el terreno legal y jurisprudencial.

La norma primera del artículo 9.º del Código penal se limita a señalar como atenuantes las eximentes en que no concurren todos los requisitos necesarios para la total exención, sin señalar ninguna como indispensable y excluyente de los demás.

Pero este precepto ha sido aclarado por la jurisprudencia en el sentido de que la "agresión ilegítima es el hecho generador, la base y fundamento del derecho de defensa, que no puede existir sin él, siendo los otros dos requisitos su consecuencia, y le están subordinados hasta el extremo de que no pueden apreciarse sin ella ni discutirse, porque faltando la agresión no se concibe la necesidad de repelerla".

Sin embargo, aunque esta doctrina es perfectamente racional y lógica, y expresa, con rara unanimidad, la correcta y verdadera interpretación del precepto, aún han surgido dudas, y entre la multitud de sentencias que hemos examinado, aparece una, la de 23 de febrero de 1887, en que, sin agresión ilegítima, se aprecian los otros dos requisitos.

Pero esta declaración esporádica, y acaso la única dictada en tal sentido, en nada desvirtúa la doctrina.

Por otra parte, basta el texto legal, sin necesidad de acudir a la jurisprudencia, para alejar toda duda sobre este asunto, porque si la condición segunda es la necesidad racional del medio empleado *para impedirlo o repelerlo*, es evidente que *presupone la agresión*, pues no cabe defenderse contra un ataque inexistente.

Algunos han distinguido el concepto genérico *agresión*, del específico *agresión ilegítima*; pero esto complica innecesariamente una cuestión ya resuelta, al menos en el terreno legal y jurisprudencial, al exigir la Ley que la agresión ha de ser *precisamente* ilegítima, y la jurisprudencia que sea *contra ley, sin razón o motivo*, NO BASTANDO

LA SIMPLE AGRESIÓN (Sentencias de 4 de noviembre de 1876 y 24 de febrero de 1905, entre otras).

Esto sentado, si la agresión es *legítima* o justificada, basta esta sola consideración para rechazar toda idea defensiva. Tal, por ejemplo, en el caso del ladrón, que entra a robar en una casa y es acometido por el dueño.

En tal caso, si el agresor es muerto, no sólo no es de apreciar la defensa, sino que se califica el delito complejo de robo con homicidio.

Sin embargo, la defensa contra cualquier ataque, justo o injusto, es algo instintivo, involuntario, lo que, en el terreno doctrinal, ha llevado a muchos a mantener que es lícita la defensa *siempre que peligre la vida*.

Y aun en la misma ley pudiéramos hallar algunas causas de justificación en que fundar esta tesis (circunstancias séptima, novena y décima del artículo 8.º del Código vigente).

Más adelante nos ocuparemos de éste y otros problemas y fijaremos nuestro concepto de la legítima defensa, que no es el de la Ley, ni el de la jurisprudencia, ni el de la mayoría de los autores.

Baste, por ahora, fijarnos en el duelo, donde pudiéramos hallar un caso típico de agresión mutua, si no legítima al menos *legitimada* por ciertas normas o formalidades a que se sujetaba (la intervención de los padrinos; la igualdad de las armas; la distancia de uno a otro combatiente; la lealtad en el ataque y la defensa, etc.).

Venía así a estimarse, en este caso, el derecho de defensa, como circunstancia *muy calificada*, o más bien *cualificativa*, al crear dos nuevas figuras de delito de homicidio y de lesiones, con penas muy inferiores a la normal, y como *una eximente casi completa para el provocado*, en determinados casos, puesto que sólo imponía la pena de *confinamiento*, en caso de homicidio, y la de *destierro* para las lesiones.

Era muy justa esta distinción entre el que provoca un duelo y el que va a él más o menos forzosamente, porque entre aristócratas, y más aún entre militares, el no aceptar un duelo era un acto deshonesto, que acarreaba a veces hasta la formación de *Tribunales de honor*, la descalificación y la pérdida de la carrera.

En estas condiciones, era imposible exigir a un *hombre de honor* que eludiese un lance de esta índole.

Esto es, sin duda, lo que indujo al legislador a crear esta figura atenuada de homicidio y lesiones, análoga a la establecida para el *conyugicidio por adulterio*, el *aborto* y el *infanticidio*, derivadas todas ellas del *sentimiento del honor*, tan arraigado en la conciencia humana que disculpa no ya la defensa contra cualquier atentado a ese sentimiento, que ya está comprendida en el artículo 8.º, sino el *homicidio* y hasta el *parricidio*.

Por eso cuando en el duelo faltaban las condiciones impuestas por el *Código del honor* (escritas o consuetudinarias), se aplicaban las penas generales del Código penal (artículos 446 y 447 del Código de 1870).

El mismo Código contenía disposiciones con penas agravadas para el que provocaba al duelo; al que desechaba las explicaciones suficientes; al que se negaba a dar explicaciones (art. 442); con las penas señaladas a los duelistas, a los que incitaran al duelo (art. 443), y con las de las injurias graves al que desacreditare a los que lo rehusan (artículo 444), sin que faltaran tampoco sanciones para los padrinos que no procedieran correctamente (art. 445) y prudentes medidas preventivas, como las contenidas en el artículo 439.

Ya en el Código de 1932 desapareció esta figura delictiva, que no ha sido restablecida en el vigente.

Hoy en nada se diferencia un *lance de honor* entre caballeros de una lucha tabernaria entre rufianes.

No es mi propósito defender los antiguos *Juicios de Dios*, ni los desafíos medievales, exaltados en las *comedias de capa y espada*, ni los más modernos que, los que nacimos en el siglo pasado o los primeros años de éste, hemos conocido y aun sufrido personalmente, porque no deben encomendarse a la destreza o a la fuerza cuestiones que sólo ha de resolver la razón; pero es difícil justificar la eliminación de este delito atenuado y la subsistencia de otros *procedentes del mismo complejo*, como el que comete el marido que mata o lesiona a los adúlteros, con la *eximente total* para las lesiones y el *destierro* para la muerte o lesiones graves (art. 428 del Código vigente); el aborto (arts. 411 y siguientes) y el infanticidio (art. 410).

De todas estas cuestiones me he ocupado con la extensión debida en otro lugar (1).

2. Contestaremos ahora a la segunda pregunta de las que encabezan este artículo, anticipando nuestra opinión afirmativa, frente a la doctrina jurisprudencial.

Esta desestima la agresión ilegítima en toda riña o desafío, siempre que sea aceptado, sin distinguir siquiera entre el que la provoca y el que se ve en el trance de aceptar, porque la prioridad es circunstancia meramente accidental (Sentencia de 7 de octubre de 1906 y las más recientes de 31 de enero de 1941 y 27 de abril de 1942) (2).

Sin embargo, siendo también condición de la agresión ilegítima la de ser *inesperada*, puede surgir, como incidente de la lucha, algo *imprevisto*, que obligue al agredido a defenderse.

Un ejemplo nos lo demostrará plenamente.

Juan discute con Pedro y salen desafiados a la calle.

Pedro cree que es una simple lucha a puñetazos y acude *totalmente desarmado*.

Llegan a las manos y caen al suelo.

En esta situación, Juan saca una pistola y hace un disparo contra

(1) En mis Lecciones de *Criminología Psicoanalítica*, publicadas en la *Revista de Estudios penitenciarios*.

(2) Procuramos, en nuestras citas de Jurisprudencia, escoger las sentencias más antiguas, por ser las que establecen la doctrina, que las demás no hacen más que reiterar, cuando esa doctrina es uniforme y constante.

Pedro, que no le alcanza. Y cuando Juan rectifica la puntería y se dispone a hacer el segundo disparo, Pedro le aprieta fuertemente la garganta y le estrangula.

A mi juicio, no obstante la opinión del Tribunal Supremo, la *agresión ilegítima* es indiscutible y los otros dos requisitos no menos evidentes.

Nada justifica, ni en lucha ni fuera de ella, un ataque a mano *armada* contra un contrario indefenso, *que no espera tal agresión* y acude confiado en la lealtad de su enemigo (es el *impetus inopinatus e injustus*, de CARPZVIO); su vida está *seriamente amenazada* (*Damnum irreparabile*, del mismo juriconsulto y no le es posible defenderse de otro modo, ni pedir auxilio, y menos huir, porque al menor descuido suyo, será herido por el segundo disparo (*Periculum in mora*).

No hay que hablar de la concurrencia de los otros dos requisitos, pues Pedro no provocó la cuestión y se defiende *con las manos* contra un *arma de fuego*.

Es un caso típico de defensa legítima completa.

No creo que haya tribunal que condene en un caso semejante. Pero tampoco es fácil que estime la legítima defensa. Buscará otros fundamentos.

Porque, por desgracia o por fortuna, nuestros tribunales son demasiado respetuosos con la *doctrina legal* y muy apegados a la tradición y a la rutina, y enemigos de innovaciones.

Por eso yo aconsejaría al letrado criminalista a quien se presentara un caso así las alegaciones alternativas.

Propondría en primer lugar la *legítima defensa*, por ser la que tipifica el caso, aunque el éxito sea dudoso, por las razones expuestas.

A continuación el *estado de necesidad*, que al no exigir hoy, como en el Código de 1932, que *el mal sea menor*, pudiera tener aplicación.

La *fuerza irresistible* sería de más dudoso éxito, porque bien puede afirmarse que *La Jurisprudencia la ha eliminado del Código*, al exigir que sea *material* y dirigida contra el sujeto pasivo del delito (Sentencias de 13 de enero de 1876, 28 de febrero de 1891, y muchas más) sin que deba confundirse con el ímpetu o arrebató (17 de marzo de 1903), ni *provenir del mismo individuo* (10 de febrero de 1904) ni *derivarse de los accidentes de una riña* (2 de noviembre de 1883).

Esto la hace totalmente inaplicable al caso propuesto en que *la fuerza procede del mismo individuo y es un accidente de la lucha*.

Pero es de notar que, reducida a los expresados términos, la fuerza irresistible, como ha dicho un autor (Bernaldo de Quirós, si la memoria no me es infiel) sólo podría darse en el caso de que *un extraño, más fuerte que yo, armara mi mano y, accionando mi brazo, acometiese a la víctima*, situación absurda en que el autor sería el que ejerce la fuerza, siéndole más fácil acometer directamente y por su propia mano.

Alegaría, por último, el *miedo insuperable*, de éxito más seguro, ya que la misma Jurisprudencia lo caracteriza como *violencia moral ante una amenaza seria de un mal inminente*, y lo aplica a casos semejantes

al expuesto (Sentencias de 27 de marzo de 1889, 14 de febrero de 1880, 15 de mayo de 1886, etc.).

3. No voy a examinar la doctrina de los autores en esta materia, que es tan variada y discrepante que lo que para unos es agravante en materia de circunstancias modificativas, es para otros atenuante y aun eximente. En la cuestión que examinamos también hay opiniones para todos los gustos.

Voy a exponer sencillamente la mía, sin la pretensión de que sea la más acertada; pero nacida de una firme convicción.

Para mí la legítima defensa sólo requiere dos condiciones:

- a) Que peligre la vida, y
- b) Que sólo puede salvarse matando o acometiendo a quien la ataca.

El determinar el grado de responsabilidad, según las circunstancias del caso, debe quedar al arbitrio del Tribunal.

No incumbe al legislador determinar de quién ha de partir la agresión; si ésta es justa o injusta; si el medio empleado para repelerla es adecuado o no, etc.

Basta con que reconozca el *derecho de defensa*. La medida en que ha de apreciarse, en cada caso, incumbe al juzgador. Porque hay algo que se sobrepone a todo, incluso a las leyes mismas, que es el *instinto de conservación*, que nos lleva a defender la vida cuando la vemos en peligro, amenazada por una agresión, justa o injusta, provocada o no por nosotros.

Y las situaciones son tan variadas que no puede preverlas la Ley, ni menos la Jurisprudencia, que sólo resuelve casos concretos.

Por eso, yo redactaría la circunstancia 4.<sup>a</sup> del artículo 8.º, así:

“El que, acometido por otro, ve su vida en inminente peligro, y sólo puede salvarla atacando al agresor.”

No tengo la pretensión de que sea esta fórmula perfecta.

Puede sustituirse por otra inspirada en el mismo principio.

Lo que no puede admitirse es el exagerado casuismo de la Ley, que señala, uno por uno, los requisitos que han de concurrir para la exención, ni que la Jurisprudencia quiera dar carácter general a lo concreto.

Una fórmula amplia, que permitiera abarcar los múltiples y variados casos que se presentan en la práctica, evitaría muchas dudas y discusiones.

La defensa es una reacción natural, irreflexiva, un impulso irresistible, un acto inevitable, y la Ley podrá influir, más o menos, sobre la inteligencia; pero contra el *instinto* es totalmente ineficaz.

## II

1. ¿Debe declararse extinguida la responsabilidad penal del que tiene cumplida la pena en prisión preventiva?
2. ¿Cómo se debe proceder cuando puesto, por ese motivo, un proce-

*sado en libertad, no cumple la obligación aput acta o no comparece al juicio oral.*

1. Si se abona, para el cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo sufrido en prisión preventiva, parece lógico que, cuando se ha cumplido totalmente esa pena, se declare extinguida la responsabilidad, sin más trámites.

¿Para qué celebrar inútilmente un juicio oral y dictar una sentencia imponiendo una pena que no ha de cumplirse?

Se me dirá que la sentencia puede ser absolutoria o que del mismo juicio puede resultar una calificación más grave.

A lo primero responderé que la misma razón habría para celebrar juicio en los casos de prescripción del delito o de la pena, y a lo segundo que también pudiera resultar calificación más grave en los casos a que se refiere el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; y, sin embargo, el juicio no se celebra, si el procesado o su defensa no lo piden. De todos modos, los derechos de la acusación y de la defensa quedarían suficientemente garantidos oyendo a las partes antes de *dictar* la resolución. Y, aun después de notificada ésta, podían concederse recursos.

El Código penal de 1870 señalaba como uno de los medios de extinguir la responsabilidad penal *el cumplimiento de la condena* (artículo 132, núm. 2.º).

Este precepto desapareció en el Código de 1932, por considerarlo innecesario (art. 115).

En efecto, el que ha liquidado sus cuentas con la justicia, nada tiene ya que ver con ella. Es como si dijéramos que un contrato se extingue desde el momento en que los contratantes han cumplido sus respectivas y recíprocas obligaciones.

No hace falta que la Ley lo diga. Es de sentido común.

Pero ¿y si esas cuentas las tiene ya liquidadas el presunto culpable antes de ser juzgado?

Por eso, al restablecerse esta disposición en el Código vigente (número 3.º del art. 112), debió tenerse en cuenta esta razón, y redactarlo en términos más amplios, que permitieran al Tribunal dar por terminado el procedimiento en el momento en que su prosecución resultara inútil y hasta *perjudicial*, como después veremos.

Bastaría con que dijera, sencillamente:

*Por cumplimiento de la pena.*

Así estaría comprendida no sólo la pena impuesta en la sentencia, sino la señalada al delito y *la pedida por la acusación más grave*.

Con esta reforma, el restablecimiento del precepto desaparecido quedaría plenamente justificado.

2. Y se evitaría un conflicto que suele presentarse con frecuencia en los Tribunales.

Es preceptivo decretar la libertad provisional cuando el procesado

lleva en prisión preventiva un tiempo mayor o igual a la duración de la pena más grave que se le pida.

Pero es preceptivo también decretar la prisión y la rebeldía, en su caso, cuando el procesado no comparece ante el juez o Tribunal que conoce de la causa. Y cabe preguntar:

¿Es lícito prolongar una pena ya cumplida?

Acordada así la prisión, ¿debe decretarse nuevamente la libertad o ha de continuar la prisión hasta la terminación del proceso?

¿Es justo que el rebelde, que tiene cumplida la pena, quizá con exceso, tenga suspendida sobre su cabeza esa especie de *espada de Damocles*, y quede vigilado por la Policía, que lo detendrá dondequiera que lo encuentre?

En cuanto a la primera cuestión, se me dirá que es una medida de seguridad para evitar la dilación indefinida del proceso y una sanción por la desobediencia al Tribunal.

Pero una pena cumplida no es preciso asegurarla, y la desobediencia al Tribunal es cuestión que en nada afecta al delito.

Esta debe sancionarse, penal o gubernativamente; pero en procedimiento distinto.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, recuerdo que un fiscal me decía que tantas veces como se decretase la prisión en esas condiciones, él pediría la libertad.

¿Y si se repite la incomparecencia?

No sería siquiera serio ese proceder indefinido de prisiones y libertades para llegar a un resultado más o menos previsto.

No acostumbro proponer problemas sin dar la solución, buena o mala, que se me ocurra. Esta siempre sería rectificable.

Y, a mi juicio, es muy sencilla. Bastaría un precepto en la Ley de Enjuiciamiento criminal que dijera, sobre poco más o menos:

“Artículo ... Cuando un procesado lleve en prisión provisional un tiempo igual o mayor que el de la pena más grave que se le pida, o le corresponda, conforme a la ley, oído el Ministerio fiscal y las demás partes, el Tribunal dictará auto declarando extinguida la responsabilidad penal, conforme al número 3.º del artículo 112 del Código penal (modificado en la forma antes expuesta).

Si la causa estuviere en período sumarial, se elevará a la Audiencia, que resolverá en el trámite de instrucción.

Contra el auto dictado se dará el recurso de casación por infracción de Ley”.

No creo que fueran precisas tantas garantías, pues ya he dicho que asimilo este caso al de la prescripción del delito y a todos los que puedan presentarse de un acusado que esté fuera de la acción de la Justicia antes de ser juzgado, que no ha de recurrir contra lo que le beneficia y con quien la sociedad puede darse por satisfecha.

## III

*Reformas que deben reformarse*

No hace mucho leí un razonado artículo de don Diego Mosquete señalando anomalías muy notables en las reformas del Código. Yo he encontrado también muchas; he expuesto algunas y me quedan bastantes por exponer. Ello requeriría un estudio minucioso del nuevo articulado.

Los defectos que se observan son los inherentes a toda reforma circunstancial y poco meditada, en la que no se ha tenido en cuenta el espíritu que informó el Código reformado, ni sus tendencias y estructura. Tal y como está hoy, lo he comparado a una prenda remendada con telas de distinta clase y colores, en vez de buscar para los remiendos tela igual... o confeccionar una prenda nueva (3).

Vaya, por ahora, la que considero mayor y más absurda de esas anomalías.

“Art. 418.—El que de propósito castrare a otro será castigado con la pena de *reclusión menor*.”

Art. 419.—Cualquiera otra mutilación ejecutada igualmente de propósito se castigará con la pena de *reclusión menor*.”

Hasta el más indocto, observará aquí dos faltas garrafales, una de *fondo* y otra de *forma*.

La primera porque iguala la castración con otra mutilación cualquiera, como la falange de un dedo, por ejemplo.

Y la segunda, porque si la sanción es la misma no hacen falta dos preceptos y menos dos artículos. Bastaría con uno que dijera:

“Cualquier mutilación causada de propósito será castigada con la pena de *reclusión menor*.”

Sin evitar la redundancia; pero más correctamente, pudo decir ese segundo artículo:

“En la misma pena incurrirá el que causare de propósito cualquier otra mutilación”.

Pero... ni aun eso.

En resumen: ¿Por qué un precepto especial para la castración, si ésta se equipara a las demás mutilaciones?

Decía el Código de 1870:

“Art. 429. El que de propósito castrare a otro será castigado con la pena de *reclusión temporal* a perpetua.”

“Artículo 430. Cualquiera otra mutilación, ejecutada igualmente de propósito, se castigará con la pena de *reclusión temporal*.”

A la vista salta el excesivo rigor de esta sanción, superior a la del homicidio (4).

(3) En mis citadas *Lecciones* y en el *Concepto psicoanalítico de la imprudencia*, publicado en este ANUARIO.

(4) Ya he explicado *psicoanalíticamente*, la razón de este excesivo rigor que

Por eso aparece moderada en el Código de 1932; pero castigando con pena más grave al *castrador* que al que causa otras mutilaciones. (Reclusión menor en el primer caso, y la misma pena, pero en sus grados mínimo y medio, en el segundo. Arts. 421 y 422.)

La diferencia, como se ve, es muy pequeña; pero suficiente para justificar la dualidad de artículos, aunque no para disculpar que en el segundo se equiparen las lesiones graves a las leves, a los efectos de la sanción, pues no es justo que el que mutila a otro saltándole los ojos, por ejemplo, sea castigado igual que el que le corta un dedo.

Pero hoy ni siquiera tiene sanción especial la castración; lo que prueba que si los legisladores de 1870 y 1932 no estuvieron acertados, es mayor aún el desacierto de esa reforma, que *ni legal ni gramaticalmente debe subsistir*.

#### IV

*La autonomía del encubrimiento.—Una cuestión importante a que da lugar.*

En este asunto siento no estar de acuerdo, como en el caso anterior, con mi buen amigo señor Mosquete, ni con los autores y defensores de esta innovación.

Nunca creí que el encubrimiento, por sí solo, pudiera constituir delito, y menos cuando lo es de un delito determinado.

Pudiera concebirse el caso del que se dedicara a proteger y ocultar a los delincuentes y tuviera en su poder objetos de dudosa o ilícita procedencia, sin determinar casos, cosas ni personas, y castigarle por ese solo hecho. Pero, desde el momento en que para sancionar al encubridor sea preciso que preceda un delito cometido por otra persona, el encubrimiento no puede ser más que un grado de participación.

Por análoga razón rechacé la idea de la imprudencia como delito. Así como estimo que el encubrimiento es un *grado de participación*, creo que la imprudencia es un *modo de ejecución* (5).

No importa que el delito se haya ejecutado. Se puede participar en él por actos *anteriores o simultáneos* y por *actos posteriores*.

Muchos delitos no se cometerían si no hubiera quien los encubriese, y hasta cabe un acuerdo previo con el encubridor.

Pero éstas son cuestiones que sólo interesan en el terreno puramente especulativo, y, en esta ocasión, quiero limitarme al práctico.

En la legislación anterior no era posible ningún conflicto. Se imponía la pena señalada al delito al autor; la inferior en un grado, al cómplice, y la inferior en dos grados, al encubridor.

La nueva ley establece también, como es lógico, alguna limitación.

lleva a imponer al mutilador pena superior a la señalada al homicida. Este atenta al *individuo* y aquél a la *especie* (V. mis citadas *Lecciones*).

(5) Puede verse esta opinión en mi *Concepto psicoanalítico de la imprudencia*, publicado en este ANUARIO.

“*En ningún caso*—dice—podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda a la del delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, se impondrá la de arresto mayor.”

Pero luego establece para los reos habituales la pena especial de *presidio mayor y multa de veinticinco mil a setenta y cinco mil pesetas*.

Y aquí surge la cuestión:

¿Qué pena debe imponerse al encubridor *habitual* de un hurto castigado con *arresto mayor*?

La señalada al delito, como máximo; pero los fiscales suelen pedir, en tal caso, la de *presidio*.

Esto, a mi juicio, es un grave error, por tres razones:

1.<sup>a</sup> Porque la palabra EN NINGÚN CASO excluye todos los casos previstos en la ley. Es como decir que JAMÁS podrá exceder la pena impuesta al encubridor a la señalada al delito.

2.<sup>a</sup> Porque, en caso de contradicción entre dos preceptos, es principio fundamental de derecho que debe estarse a lo más favorable al reo en la interpretación; y

3.<sup>a</sup> Porque si la limitación afecta al párrafo primero, que señala al encubridor la pena ordinaria de *presidio menor*, debe afectar igualmente a la señalada en el párrafo que sigue, que establece la de *presidio mayor*.

Y, en realidad, estas dos últimas consideraciones huelgan, pues basta con la primera, que puede formularse en una pregunta:

¿Cabe dar a la palabra *en ningún caso* otra interpretación, *legal o gramatical*, que la de que *no admite excepciones*?

Aparte de todo, la limitación es perfectamente *lógica*, pues no cabe mayor absurdo que la de imponer al mero encubridor de un delito mayor pena que al autor del mismo.

## V

*La embriaguez como eximente, como atenuante, como agravante, como falta y como delito.*

No hay circunstancia modificativa de la responsabilidad penal más dúctil que la *embriaguez*.

Ella se presta y amolda a todo, no sólo en el terreno doctrinal, donde todo es opinable, sino en las legislaciones, y muy especialmente en la española.

En efecto, la embriaguez, de simple atenuante que era en el Código de 1870 (cuando no era habitual ni posterior el proyecto de cometer el delito), se elevó a *eximente* en el Código de 1932.

En el Código vigente ha desaparecido *concretamente* este precepto. Pero aún cabe incluir la embriaguez dentro del trastorno mental transitorio, y así lo ha reconocido alguna sentencia del Tribunal Supremo (6 de abril de 1949).

Queda así resuelta la duda que pudiere haber acerca de si, al no incluir el Código actual la embriaguez como eximente, habría perdido este carácter; pero surge otra cuestión no menos trascendente:

“Para que la embriaguez exima de responsabilidad, ha de ser plena y fortuita”, decía el segundo párrafo del número 1.º del artículo 8.º; lo que evidencia que se trataba de un precepto restrictivo que, al desaparecer, amplía el arbitrio del Tribunal para estimar la embriaguez como una de las causas de trastorno mental transitorio; pero ¿hasta qué extremo?

¿Es que ya no es preciso que la embriaguez sea plena y fortuita para eximir de responsabilidad?

Realmente no queda ya más limitación que la de que *no sea buscada de propósito*, que es la condición general exigida por dicho párrafo primero para la exención por trastorno mental transitorio.

Algún tratadista opina que *tiene que ser plena*, como todo trastorno mental transitorio; pero no es preciso que sea fortuita; esto es, que “puede ser prevista y querida por el sujeto con tal de que no haya sido buscada de propósito para delinquir” (6).

A mi juicio, es indispensable, como condición fundamental, que sea INVOLUNTARIA, por la sencilla razón que *el que es causa de la causa, lo es de lo causado*.

Y caben tres posibilidades:

a) Que un tercero obligue a beber sin que se le pueda oponer resistencia, sea con amenaza, coacciones o de cualquier otro modo.

b) El que se embriaga sin propósito ilícito; pero bebe sin moderación y sin prever las consecuencias a que puede llevarle el efecto del alcohol.

c) Y, por último, el que, por sí o instigado por otro, ingiere una bebida que cree inofensiva y resulta uno de esos *cock-tails* infernales en que se mezclan toda clase de licores.

Yo, en el primer supuesto, veo un caso de *fuerza mayor irresistible*, que exime de responsabilidad; pero no por el trastorno mental, sino por la causa que lo motiva (eximente novena).

En el segundo caso no hay *dolo*; pero sí puede haber *culpa, imprevisión, negligencia* (art. 565).

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de noviembre de 1940.

Y, si acudimos a los tratadistas, podemos ver confirmada esta opinión.

Si la embriaguez es completa, en el caso que examinamos, “el dolo desaparece—dice Cuello Calón—, el hecho no podrá ser considerado como intencional...; pero si el ebrio no es responsable de sus actos, debe serlo de su embriaguez, pues conocía y debía prever los peligros de este estado; y, no habiéndolos previsto, es culpable por imprudencia... y debe ser castigado por la ley”, debiendo ser considerados sus actos “no como dolosos e intencionales, sino como actos de impruden-

(6) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, pág. 146.

cia o negligencia y ser castigados con las penas reservadas para los hechos de este género" (7).

El tercer caso es el verdaderamente típico de irresponsabilidad total. En él falta no sólo la voluntad de embriagarse, sino también la imprevisión. Es la embriaguez fortuita "no querida ni prevista", que "cuando ha originado la anulación de las facultades mentales, cuando es plena, excluye la responsabilidad; pues nada puede reprocharse al que bebe desconociendo la fuerza tóxica del líquido que ingiere" (8).

A mi juicio, estas cuestiones están perfectamente resueltas en el proyecto de Montilla de 1902 (9).

Dice así: "Están exentos de responsabilidad penal, por causa de inimputabilidad, el imbécil y el loco y el que en el momento de ejecutar la acción penada por la ley se hallare en un estado mental que le prive por completo del conocimiento de sus actos, *siempre que no se hubiere colocado en él voluntariamente.*" Y, concretándose a nuestro caso, añade:

*"Si tal estado es producido por embriaguez, no buscada de propósito ni procurada para facilitar la ejecución del delito o para preparar la alegación de esta circunstancia, o bien el inculpado padece alguna enfermedad mental de las que disminuyen de un modo indudable la imputabilidad, sin llegar a suprimirla, los Tribunales, a su prudente arbitrio, rebajarán las penas señaladas por la ley."*

Para mayor garantía, establece que "las dudas sobre el estado mental de los inculpados se someterán al examen de peritos".

Hemos subrayado algunos párrafos para señalar las coincidencias con nuestra opinión, antes expuesta.

La primera de estas coincidencias se refiere a que *todo acto voluntario implica responsabilidad mayor o menor* y, por consiguiente, que la embriaguez, salvo en los casos excepcionales que hemos señalado, muy difíciles de tipificar en la práctica, sólo es atenuante, que es su verdadero carácter y el único efecto que le atribuía el Código de 1870 y parece prevalecer en el citado de Montilla, pues se habrá notado que la asimila a los estados mentales que "disminuyen de un modo indudable la responsabilidad, *sin llegar a suprimirla*", y no a los que privan por completo de la conciencia, como la imbecilidad y la locura.

Sólo hallamos un concepto oscuro: al decir "los Tribunales, a su prudente arbitrio, rebajarán las penas señaladas por la ley", ¿quiere decir que rebajarán *cada pena* hasta su grado mínimo, o que pueden recorrer toda la escala de penas inferiores hasta llegar a la más leve?

Como el proyecto no llegó a regir, no puede darse una interpretación jurisprudencial, ni aun doctrinal; pero yo entiendo que el arbitrio que se concede es amplio y absoluto y, por tanto, puede incluso llegarse a imponer por un homicidio, cometido en estado de embriaguez, la pena de un mes y un día de arresto, y aun la de multa.

(7) *Derecho penal*, Tomo I, pág. 484.

(8) *Idem*, pág. 483.

(9) La confección del Código se debe al criminalista Bernaldo de Quirós.

Esto casi equivale a una eximente; pero respeta el principio fundamental de *situación voluntaria*, que excluye la inimputabilidad y deja al arbitrio del tribunal, con el asesoramiento, en su caso, de peritos, la gradación de la responsabilidad en cada inculpado.

En los demás casos, la embriaguez no surte efecto ninguno, como era tradicional en nuestro derecho, hasta que en el Código de 1928 se la estimó como agravante, *siendo intencional y con propósitos delictivos*. Y, en fin, en el apartado 1.º del artículo 69 se estimaba también como agravante *la embriaguez habitual*.

Este precepto fué el más discutido, principalmente por los señores Lafora y Cuello Calón, que estiman el alcoholismo crónico semejante a una enfermedad mental y, por lo tanto, causa de inimputabilidad o atenuante, más que agravante.

A mi juicio, hay otra razón fundamental, que hace imposible la apreciación de la embriaguez habitual como agravante, y es que *no tiene relación ninguna con el delito* y, por lo tanto, no puede influir en el propósito, aunque sí en la acción, y por eso únicamente puede ser eximente, atenuante o nada.

En cuanto a la embriaguez con propósito delictivo, así como acabo de manifestar que considero la *embriaguez verdaderamente fortuita* como un caso de *fuerza irresistible* para eximir de responsabilidad, creo que la *embriaguez con propósito delictivo* es un caso de *premeditación*, y sólo en este sentido pudiera ser agravante.

El citado doctor Lafora nos habla de la *embriaguez premeditada*, y yo agregó que *si se premedita la embriaguez para cometer el delito, es el delito mismo lo que se premedita*, aunque sea indirectamente.

Y esto lleva al señor Lafora a plantear un problema grave:

“Un individuo puede embriagarse con la idea de cometer un determinado delito; pero, una vez embriagado, la perturbación de su conciencia puede llevarle a cometer otro, más o menos grave. ¿De cuál es responsable el inculpado? ¿Del premeditado no cumplido o del cometido en estado de inconsciencia?” (10).

No nos da Lafora la solución, sin duda por creerla absurda y paradójica; porque del delito cometido *en estado de inconsciencia* no puede ser responsable el acusado, y del que se propuso tampoco, porque no lo realizó.

He aquí cómo una *agravante* se ha convertido, por un *arte de magia legal*, en *eximente*.

Pero la paradoja es más aparente que real, y el caso está perfectamente resuelto en nuestra legislación vigente.

Dice el artículo 50 del vigente Código penal:

(10) GONZALO R. LAFORA, *El problema del alcoholismo en el nuevo Código penal español* (Se refiere al de 1928). “Revista española de Criminología y psiquiatría forense”, 1929, pág. 247.

En páginas anteriores trata de la embriaguez como imprudencia, que ya insinuamos nosotros, citando opiniones de JARÉNIZ ASÚA Y CUELLO CALÓN. Este último tiene publicado un interesante estudio sobre el Código del 28 (Barcelona Bosch, 1929).

“En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo.”

No hay que decir que ha de constar de un modo indudable cuál era el propósito del delincuente, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en multitud de fallos (25 de agosto de 1903; 30 de septiembre de 1941; 14 de octubre de 1898; 30 de septiembre de 1945, y otros muchos).

Resuelto este problema, podemos pasar al examen de la embriaguez como falta.

Y repetiremos lo que dijimos acerca de la imprudencia y el encubrimiento: *Que no lo es en sí misma*, siendo sólo punibles sus consecuencias.

El borracho pacífico e inofensivo sólo atenta contra su salud y su dignidad personal. Su castigo es la enfermedad o el ridículo. Para castigarle es preciso que cause un mal, y no es, por tanto, la embriaguez, sino ese mal, lo que se castiga.

Así, el número 3.º del artículo 570 del Código penal español castiga con multa y reprensión privada a “los que *causaren perturbación o escándalo con su embriaguez*”.

Solamente el número 6.º del artículo 2.º de la Ley de Vagos y Maleantes castiga o somete a medidas de seguridad a los *ebrios habituales*, sólo por el hecho de serlo.

Queda, por último, estudiar si la embriaguez puede o no constituir delito.

Entre nosotros, desde luego, no. Y teóricamente, a mi juicio, tampoco, ya que ni como falta la estimamos. Solamente en los países en que rige la llamada *Ley Seca*, pudiera ser delictiva la embriaguez; porque si todo delito es infracción de una ley, es indudable que el que la quebrante, delinque (11).

## VI

*Dos problemas finales: 1. La pena en relación con la edad del delincuente.—2. ¿Puede el Tribunal imponer mayor pena que la pedida, dentro del grado señalado por la ley?*

1. Nuestras leyes se han preocupado mucho por los jóvenes delincuentes y se han olvidado de los viejos, que no son menos dignos de protección. Así, se sustrae de la jurisdicción ordinaria el menor de dieciséis años, y se aplica la pena inferior en uno o dos grados al menor de dieciocho (art. 56).

(11) En todo caso sería un delito de los llamados legales o artificiales *Mala quia prohibita*. En mis citadas *Lecciones de Criminología Psicomaliática*, establezco la debida distinción: *Delito natural*, el que infringe una ley natural; *delito legal*, infracción de una ley positiva; *pecado*, infracción de una ley divina.

Sin embargo, la injusticia es notoria: una pena de diez años de duración para un joven de veinte, no significa nada, pues aun cumpliendo su totalidad, saldría de la prisión a los treinta años, o sea, en la plenitud de la vida. En cambio, para mí sería una *pena perpetua*, pues no me alcanzaría la vida para cumplirla.

Ya propuse, cuando era joven aún, que en lugar de las penas fijas se establecieran otras *en relación con la vida probable del reo*, según las tablas que se usan en las Compañías de Seguros o mediante una sencilla operación matemática que propone Buffon.

Lo expuse en un artículo publicado en la *Revista de los Tribunales*, y lo reprodujo, sin autorización mía ni de la revista, aunque con nuestra aquiescencia tácita, una publicación militar.

Sin duda, no mereció la atención de los Poderes públicos, cuando no se ha tenido en cuenta en ninguna reforma legal.

2. El llamado *principio acusatorio* no permite al Tribunal ir más allá de la petición más grave formulada contra el delincuente; pero no faltan magistrados que opinan que no rebasando el grado marcado por la ley, el Tribunal es libre de llegar al máximo de su cuantía. Yo he creído siempre que no; pero tampoco he creído lícito que los fiscales cercenen el libre arbitrio judicial al pedir la cuantía mínima o más o menos reducida.

En la actualidad, parece que los fiscales optan por pedir el máximo, dejando así libre el arbitrio del Tribunal para rebajar la cuantía; pero esto nada resuelve, puesto que se trata de un criterio personal y no de una norma fija.

A mi juicio, la solución sería no determinar la cuantía en años, meses y días, sino simplemente la pena correspondiente y el grado en que ha de aplicarse, que es lo único que exige el número 5.º del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Así, el fiscal o acusador diría, por ejemplo: *Ha incurrido el procesado en la pena de arresto mayor en su grado medio*, en lugar de decir en la de *dos meses y un día o tres meses de arresto mayor*.

Quedaría así la fijación de la cuantía al arbitrio del juzgador, evitándose discusiones y disparidad de criterios, de un modo sencillo y perfectamente legal.

Y con estos dos problemas, al parecer intrascendentes, doy por terminados, por ahora, estos *temas penales*, sin perjuicio de tratar más adelante otros si tengo ocasión y lugar.