

El arbitrio judicial y el código penal vigente

VICENTE GONZALEZ GARCIA

Teniente Fiscal de la Audiencia Territorial de Cáceres

I. *Introducción.*

«Los Códigos—dice Dorado Montero—no son otra cosa más que un trasunto más o menos fiel de las ideas de sus autores, y éstas el reflejo de las generalmente recibidas en su tiempo y en su pueblo» (1). La afirmación es axiomática, porque el pensamiento humano, afanándose siempre por el descubrimiento de la verdad, que, a veces, se convierte en doloroso espejismo, es el que señala las normas rectoras para la más perfecta convivencia social. Se ha defendido, sin embargo, con obstinación que el derecho es absoluto e inmutable; lo que cambian, por exigencias ideológicas, son los modos de sentirlo y aplicarlo. De aquí, que Carrara advierta que «lo que hoy es *contrario al derecho*, era *contrario al derecho* un siglo atrás, aunque la ley escrita entonces lo proclamase, a causa de un error, *conforme al derecho*, o viceversa» (2).

La gestación de las ideas que imprimen el rumbo de la producción legislativa no es rápida, sino que normalmente implica una evolución lenta. Cuando, al adquirir madurez, arraigan en la conciencia ciudadana y se transforman en una tangible realidad, su implantación perdura largamente. Y el sistema legal que engendran sólo desaparece, si las directrices doctrinales que le infundieron vigor se derrumban frente al brío irrefrenable de un impulso ideológico distinto; o sobrevive, pero arrastrando una existencia lánguida, si se pretende plegarle, con enmiendas, a las nuevas orientaciones.

La permanencia, pues, de los cuerpos legales depende de su mayor o menor identificación con el espíritu colectivo. Parecería natural que todos ellos, o los más substanciales al menos, fuesen

(1) DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho Penal*, Revista de Legislación, Madrid, pág. 5.

(2) CARRARA, *Programa del curso de Derecho criminal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, § 745, pág. 124.

dictados con el propósito de que persistieran en el tiempo. Esta consideración se descubre, por ejemplo, en el Código civil, que, respondiendo con tino y escrupulosidad a criterios de honda raigambre, continúa subsistiendo con su vigencia primitiva, que sólo se ha quebrantado parcialmente al acoger, bien en su articulado, bien en leyes dispersas, adelantos sociales de fuerza incontrastable.

No ha ocurrido lo mismo en la esfera criminal. Aun admitiendo que su legislación es más inestable (3), porque no puede eludir las mutaciones de la organización política del Estado—y nuestra Nación, en ese terreno, podía servir de curioso paradigma—, es lo cierto que la tónica habitual de los Códigos penales españoles es haber sido promulgados con carácter de interinidad. Como si se tratara de un mal endémico, se tropieza en seguida en algunos de sus preámbulos con la promesa de abordar, de modo definitivo, la elaboración del pertinente cuerpo legal. En la práctica, sin embargo, no ha cuajado ese deseo. Se ha entendido, indudablemente, que otras tareas tienen la primacía para su estudio y desenvolvimiento efectivo, sin parar mientes en que a la creación de normas penales, por representar uno de los esfuerzos más acuciantes del Estado, debe prodigársela una primordial atención, puesto que atañe a la tranquilidad pública y a la vida, la honra y libertad de los ciudadanos. Y así vemos que el Código penal en vigor, como se dice al comienzo de su exposición, «en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848».

Desde esta fecha no se concibe que la legislación penal subsista a costa de retoques, sin que los principios progresivos de la ciencia hayan cristalizado con la coordinación necesaria, pues el Código de 1928, a pesar de sacudir la dejadez y la incuria, no cabe erigirle en honrosa excepción, por su vida efímera. La explicación del estado que se esboza acaso radique en este certero razonamiento de Antón Oneca: «Una de las causas de longevidad de nuestro viejo Código de 1848... es que nuestro legítimo amor propio nacional nos impide copiar una ley extranjera y la falta de elaboración técnico-jurídica no nos permite construir sobre nuestra original doctrina. Un código nuevo exige, como labor preparatoria, el análisis y crítica del sistema jurídico que va a derogar. Pero a la vez la reforma ha de orientarse hacia los ideales de una política criminal de acuerdo con la hora histórica exacta» (4).

Como el Código de 1848 fué una consecuencia del eclecticismo de Rossi, a través de Pacheco, los postulados de la escuela clásica son los que sirvieron de base para su estructuración y los que, por

(3) «La ley penal se ha renovado y no puede dejar de renovarse continuamente en sus formas y preceptos: lo que dispuso en las pasadas edades no es lo que dispone en el día, ni lo que dispondrá en las edades venideras». PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1867, tomo I, página XII.

(4) ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 121 y 122.

tanto, han constituido el rasgo saliente de los cuerpos legales que le sucedieron. La aparición de éstos obedeció a las transformaciones operadas por circunstancias políticas. Se aprovechó, no obstante, la coyuntura para introducir en el articulado variaciones que implicaron un avance y una débil repercusión de las tendencias doctrinales consolidadas, pero respetando la hechura tradicional, poco en consonancia, a veces, con la significación de aquéllas. Y, de esa manera, se ha llegado a la regulación penal, apoyada en puntales clásicos, pero con incrustaciones subjetivas y positivistas. Por este procedimiento, un Código como el actual exterioriza esta doble y extraña faceta: de un lado, plegándose a la trayectoria que marcó su origen, una preocupación por el hecho, por el delito, que hasta tiempos no lejanos integraba la obsesión exclusiva del ordenamiento penal; y de otro, amparando juicios que germinaron en el campo de la especulación científica, un especial desvelo por la persona del delincuente, que antes se hallaba postergada. En este aspecto, después de subrayar que «tanto por la fecha de su nacimiento como por las ideas informadoras de nuestra legislación penal, no cabe duda que el Código penal español está fundado en el principio de hecho», dice Juan del Rosal que el vigente de 1944 «adopta posiciones subjetivas destacables, o bien ha esmaltado de expresiones de esta índole algunos párrafos de la ley» (5).

Entre esas huellas de rango subjetivista, que salpican la textura clásica del «texto refundido», se alinea en puesto preeminente el arbitrio judicial, al que se le dispensa una reglamentación más cuidadosa que en los otros Códigos, con abstracción del de 1928, aunque adolezca todavía de timideces. La novedad se traduce en una contradicción palmaria. El arbitrio judicial, remontándose sobre el hecho punible, por relegarle a un plano muy secundario, centra sus inquietudes en la figura del transgresor, porque es la conducta humana lo que ha de enjuiciarse; y en el Código de 1944, con la impronta del clasicismo penal, despunta el delito como elemento insoslayable para la determinación del castigo. Esta amalgama de ingredientes clásicos y positivistas, producto de las ideas que socavan un ordenamiento legal concebido en una época como inmovible, suscita vacilaciones e incertidumbres acerca del correcto y cabal funcionamiento del «texto refundido» (6).

Ante los diversos y diametrales matices que claramente se advierten en el Código, un incontenible prurito de sistematización armónica está pregonando la urgencia de emprender y rematar, en

(5) DEL ROSAL. *Estimación de la teoría del "tipo de autor" en la legislación penal española*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo I, enero-abril, MCMXLVIII, págs. 32 y 42. Reitera la misma apreciación en su obra *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1949, páginas 88 y 92, de sugestivo interés para el examen más detenido del tránsito que anotamos.

(6) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit., página 144.

el área legislativa, el problema planteado penalmente. Esto presupone, en medio de todo, aunque pudiera pensarse cosa distinta frente a todas las censuras, un cálido elogio de la vetusta ley penal española, puesto que «lo mejor que humanamente puede decirse de algo es que necesita ser reformado, porque ello implica que es imprescindible y que es capaz de nueva vida» (7). Y sobre el viejo armazón de nuestro Código cabe construir un nuevo sistema penal, salvando dificultades como las alegadas por Antón Oneca, que sustituya al que hoy impera y rige, el cual, por nutrirse de influencias ideológicas que desentonan con las tradicionales que le han caracterizado siempre, no acusa la vitalidad de los cuerpos legales que se cimentan sobre unos principios equilibrados y uniformes.

El giro, sin embargo, que el «texto refundido» ha tomado, al incorporarle—aunque con precauciones y mesura—cierto ámbito de arbitrio judicial, significa un remozamiento de importancia. Y la innovación, a la que no hay que regatear elogios, bien merece que se la dedique un haz de comentarios.

II. *Idea general del arbitrio judicial.*

Gramatical y jurídicamente, la noción del «arbitrio» tiene una semejanza absoluta. Si en la primera acepción—de *arbitrium*, *ii*—equivale a libertad o facultad, en la segunda entraña libertad para apreciar circunstancialmente algo que en la ley no consta. Consecuente con este significado, Bernaldo de Quirós la bosqueja «como facultad en los jugadores, respecto a la aplicación de las leyes, de servirse de su criterio personal en cuanto no esté definido y medido por aquéllas» (8).

La trascendencia del arbitrio judicial se manifiesta cada vez con más pujanza en la órbita del Derecho. Recientemente ha escrito Castán que «los momentos presentes, dentro del ambiente que, por diversas razones, se vive en casi todos los países, son de aquellos en los que, necesariamente, la balanza cae del lado de la ampliación de las facultades del Juez, autorizándole en una cierta medida para juzgar, según criterios de equidad, a fin de proveer a exigencias sociales que no tienen exacta traducción en el derecho vigente» (9). La acentuada complejidad de la convivencia humana no puede abarcarse en una norma, ni al legislador le es factible, ni le incumbe, emitir una para cada relación social. «La vida real se ríe un día y otro de la previsión del legislador. Las palabras de la ley no son nunca más que un marco, y muchas veces harto deficiente,

(7) ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., Buenos Aires, pág. 183.

(8) BERNALDO DE QUIRÓS, *Arbitrio judicial*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, tomo III, pág. 299.

(9) CASTÁN, *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Reus, Madrid, 1950, pág. 8.

dentro del cual ha de buscar libremente el jurista la solución necesaria» (10). Tiene que ser, en su virtud, el juez quien, buceando en los principios informadores de los preceptos legales, afronte las hipótesis que permanecen al margen de los límites de aquéllos. Y para una misión de tal entidad, ha de revestirse su función de la indispensable autonomía.

No siempre, sin embargo, como es sabido, se enfocó de ese modo la labor del juez. Por citar solamente dos renombradas figuras, de antagónica posición ideológica, recordemos que Santo Tomás, después de advertir que la justicia es cambiante y que no se descubre en todos los hombres, afirma que «ha sido necesario determinar por la ley, en la mayoría de los casos posibles, que era preciso juzgar y dejar muy escaso lugar a la iniciativa del juez» (11); y que cinco siglos más tarde, insistiese Montesquieu en que los jueces no son más «que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su vigor» (12). Así se fué fraguando, con apreciaciones de esta índole, el absolutismo legal, parejo al despotismo político; en que el juez, sin atribuciones para subsanar las lagunas, porque la interpretación radicaba en el Soberano, era un esclavo de las leyes, con prohibición, por tanto, de hacer uso del más exiguo arbitrio.

Pero frente a este panorama de angosturas para la actuación de los juzgadores, a fines del siglo XIX se inició una emancipación de éstos, que culminó en la llamada escuela del Derecho libre. Sus designios se vislumbran, sin veladuras, a lo largo de estas consideraciones de Clemente de Diego: «Detrás de la ley y del Estado están el Derecho y la sociedad misma, que no siempre encuentran su adecuada y completa expresión en aquéllos. El juez se debe, es cierto, a su Estado y a su ley; pero también se debe a la sociedad y al Derecho. La obediencia a la ley es un predicado de la constitución social, de la naturaleza del hombre y de la ley; pero esa obediencia ha de ser discursiva y no ciega; la ley y el derecho no se identifican, no son términos que se absorban ni se excluyan; el monopolio de la producción jurídica a favor exclusivamente del Estado está en crisis; dentro de la ley, o más allá de la ley, hay Derecho que no está en ella especificado ni puede estarlo» (13).

Una repercusión de la corriente aludida encontró inmediato eco en el artículo 1.º del Código civil suizo, que, en contra de la situación dominante, ensanchó el poder del juez hasta rozarle casi con la competencia legislativa, puesto que, en defecto de una solución

(10) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. de W. Rocas, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1931, pág. 133.

(11) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, La ley, quaest. 95, artículo 1.º. En igual sentido ALFONSO DE CASTRO, DEL ROSAL, *Alfonso de Castro (Antología)*, ediciones FE, MCMXLII, págs. 43 y 44.

(12) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

(13) CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Madrid, 1925, pág. 111.

conforme a los preceptos en vigor o a la costumbre, le autorizó para arbitrar *les règles qu'i édicterai si'il avai à faire office de législateur*. Elogiando, sin reservas, la disposición, dice Clemente de Diego que «significa el reconocimiento más explícito de la augusta misión encomendada a los jueces, la exaltación debida a su función, sin que en este concepto sea única ni excepcional...» (14).

Con la noble y razonable aspiración de colmar la ley de contenido humano, para que así no se frustren los propósitos que persigue, se admite, pues, modernamente, como inexcusable, el otorgamiento de un arbitrio al juzgador. Y es de tan insospechada relevancia esta concesión que, aunque interrogativamente, porque el parecer es hoy muy aventurado, no ha dejado de insinuarse—teniendo en cuenta que el término y el origen de las cosas se unen—la posible regresión al estado embrionario del Derecho, el cual, entre nosotros, brotaba de las denominadas «fazañas», decisiones judiciales de casos singulares, pero con la eficiencia de servir de guía en los que se suscitaban con posterioridad.

Las alternativas que se han destacado como trazos generales, ineludiblemente se observan también en el Derecho penal. Beccaria, acérrimo enemigo de los abusos que caracterizaron a la administración de la justicia criminal de su época, abogó igualmente por la tesis que defendió Santo Tomás, y para él, como decía Montesquieu, el juez no era más que la viva voz de la ley, cuyas disposiciones tenía que aplicar escrupulosamente, sin alterar el espíritu que las animaba (15). Pero el sesgo que adquirieron las ideas, coincidente con la elevación del nivel moral e intelectual de la magistratura, derivó a las elucubraciones de Dorado Montero, que auguró, en un porvenir no muy remoto, el fin de la íntima subordinación del juzgador a la ley y el triunfo de un «inteligente arbitrio judicial» (16); y por influencia de la teoría del Derecho libre, al criterio de que el juez, corrigiendo las omisiones del legislador, debe agregar a la ley escrita lo que en ella no se encuentre (17). Y aunque se dudó del éxito de esta facultad en la doctrina y en la práctica, es innegable, sin embargo, porque los hechos lo avalan, que, guardando paralelismo y similitud con el Código civil suizo, algunos Códigos penales—el alemán, antes de la guerra mundial, el holandés y el soviético—han acogido explícitamente la analogía que envuelve un arbitrio judicial contra el que, en un tiempo, tantos reproches se concitaron.

Enfocando el concepto del arbitrio como determinada holgura:

(14) CLEMENTE DE DIEGO, *ob. cit.*, pág. 115.

(15) BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de Pascual Vincent, Madrid, 1879, págs. 39 y sigs. Este punto de vista fué compartido por insignes militantes de la escuela clásica y secuaces, por tanto, de BECCARIA, como CARRARA—*ob. cit.*, tomo I, 821, pág. 42—y PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, traducción de González del Castillo, Reus, Madrid, 1913, pág. 207.

(16) DORADO MONTERO, *ob. cit.*, págs. 33 y sigs.

(17) FERRI, *Principios de Derecho criminal*, trad. de Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, pág. 176.

para la aplicación de las leyes, no se concibe un Código que no permita al juzgador libertad en su criterio para encuadrar una conducta humana en el artículo correspondiente. Claro está que ello afecta a la interpretación, «que va más allá de los límites del texto y trata de descubrir los fines de la ley misma» (18), los cuales son vivientes y, por tanto, mudables y requieren, en su virtud, una ininterrumpida acomodación a las exigencias del momento. Pero sin la movilidad de criterio que esta empresa lleva aparejada, y que hay que calibrar como un arbitrio—de ahí el riesgo de incurrir en analogías—, no sería factible aclarar las imprecisiones legales. Aunque los ejemplos, en tal terreno, pudieran multiplicarse, hacemos constancia de los siguientes, bien reveladores de que al poner en contacto la ley con la realidad, hay matices de aquélla que están reservados, escuetamente, a las declaraciones del juzgador: el alcance de la nocturnidad, de la premeditación y de la obediencia debida; la fijación del estado de necesidad sobre la base de los requisitos que la configuran, la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa, encomendada por Pacheco a los Tribunales y que, según Rosal, «concede anchuroso margen» a su prudente arbitrio (19), la línea divisoria de la consumación y frustración en el delito...

Mas donde se comprueba la utilidad de la concesión de estas facultades al juzgador, es en aquellos supuestos que no fueron peribidos por la ley y que, al ostentarse, no se estimaron incursos en la prevención establecida en el párrafo primero del artículo 2.º del Código penal, reproducción literal de los precedentes. Nos referimos a la defraudación de fluido eléctrico, antes de que el Código de 1928 la definiese y castigase como hurto (núm. 2.º del artículo 703) y antes, por consiguiente, de su enjuiciamiento por la ley de 10 de marzo de 1941, incorporada, en la parte sustantiva, al «texto refundido» en sus artículos 536 a 538.

Motivos cronológicos determinaron que el Código penal de 1870 no abarcara, expresamente, dentro de su articulado, la sustracción de energía eléctrica. Planteado en la práctica este problema, y clasificada la electricidad como cosa mueble, después de investigarse su naturaleza jurídica (20), se discutió su tipicidad: delito *sui gé-*

(18) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Rodríguez Muñoz, edit. «Revista de Derecho Privado», Madrid, tomo I, pág. 148.

(19) DEL ROSAL, *Estudios penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, págs. 230 y 242.

(20) CANDIL, *La electricidad como objeto del derecho*, extracto de la «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1925, pág. 31. PAUL OERTMANN, sin embargo, —*Derecho civil*, trad. de Sancho Teral, ed. Labor, S. A., pág. 140—, no llega a esa conclusión, pues si bien cosa no es solamente lo que pueda percibirse con el tacto, sino también con los sentidos—cuerpos gaseosos, vapor de agua, etc.—, esto no cabe afirmarlo de la corriente eléctrica, al menos mientras en ella se vea un movimiento de las moléculas de otro cuerpo—el hilo conductor, etc.—y, por tanto, si son cosas los alambres, acumuladores, etc., es difícil incluir en esa concepción a la electricidad, por lo que siendo indudablemente un hurto el apoderamiento de aquéllos, no puede sostenerse lo mismo si es ésta lo que

neris, estafa, daño, hurto de uso y hurto (21). Y entre esa pluralidad de opiniones, el Tribunal Supremo, plegándose a la norma aceptada en cuanto al gas (SS. 27 mayo 1887, 30 enero 1891 y 1 abril 1897), estimó como hurto la apropiación de energía eléctrica (SS. 27 mayo 1907, 30 octubre 1909, 9 y 17 noviembre 1909 y 16 abril 1912), ratificando el parecer de las sentencias recurridas, aunque en la de 24 de abril de 1909 se inclinó por la estafa. Como hurto, según se ha indicado, la reprimió el Código de 1928; pero el vigente se orienta hacia un delito *sui generis*, por entender que el hurto se contrae a cosas corporales (22). No se explica, de lo contrario, que primero en la ley especial y luego en el Código se haya regulado la sustracción de fluido eléctrico al margen de aquel delito contra la propiedad.

Al comparar la actual situación legislativa con las tesis apuntadas en esta reseña, se induce que la cuestión penal de la energía eléctrica tuvo que abordarla el juzgador con amplitud de criterio, porque sólo de esa forma era como podía encauzarse lo que la ley no llegó a prever. Y el arbitrio interpretativo se desarrolló con tal independencia, que asalta la conjetura de si el juzgador incidió en la analogía, que prescribe la doctrina (23) y la propia jurisprudencia (SS. 2 diciembre 1889, 26 junio 1934, 26 enero y 4 junio 1945 y 5 abril 1946) (24).

Esta elasticidad de juicio y decisión a que acabamos de remitirnos, y que hemos ejemplificado para su mayor comprensión, puede señalarse como una faceta del arbitrio, puesto que denota un poder en el juzgador. Pero deslindando su concepto en el Derecho penal, que es donde ha arraigado más profundamente, el arbitrio judicial atañe a la precisión del castigo. Y su diferencia con la discrecionalidad del juzgador en otro orden es ésta. Las resultancias de la interpretación del juez, o sea, todo lo que concierne a la delimitación del tipo penal y a sus deducciones sustantivas, son susceptibles de someterse al criterio superior del Tribunal Supremo, porque a él le compete la discriminación de lo que ha de constituir la doctrinal legal. La mayoría, por no decir la totalidad, de sus fallos responden, precisamente, a esa incumbencia.

se sustrae. La *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 dice que la electricidad no reúne las condiciones de cuerpo o cosa mueble, pero su defraudación—añade—hay que sancionarla como estafa o como hurto o daño, o dar lugar a una acción civil.

(21) RUIZ FUNES, *La protección penal de la electricidad*, Victoriano Suárez, Madrid, 1926, págs. 15 y sigs.

(22) RODRÍGUEZ DEvesa, *El hurto propio*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, pág. 115.

(23) GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français*, París, 1888, tomo I, págs. 171 y 172.

(24) ANTÓN ONECA, no obstante, dice que se presta a discusión que incurriera en analogía el Tribunal Supremo, al comprender en el delito de hurto las sustracciones de fluido eléctrico, porque es controvertible que aquél esté circunscrito a las cosas corporales. ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 102.

Cuando el juzgador, en cambio, se mueve dentro de los confines que marca la ley para indagar la cuantía justa de la pena, las determinaciones que adopte no son recurribles en casación. Así logran, entre otras sentencias numerosas, las de 8 de noviembre y 2 de diciembre de 1911, 13 de marzo de 1914, 26 de octubre de 1917, 20 de febrero de 1918, 18 de noviembre de 1919, 30 de noviembre de 1932, 31 de diciembre de 1945, 4 de febrero de 1947 y 23 de abril, 27 de octubre y 28 de diciembre de 1948, las cuales reputan como inconvencibles cuantas sanciones impongan los Tribunales apoyándose en el uso del arbitrio.

Resumiendo lo que antecede, y parafraseando la noción consignada de Bernaldo de Quirós, podría decirse que el arbitrio judicial, en el aspecto punible, es la facultad que se dispensa por la ley a los juzgadores para servirse de su criterio personal en la fijación de las sanciones, cuyas magnitudes extremas se les prohíbe traspasar. En esta definición está implícita la doble significación que actualmente acompaña a la medida de la pena: la graduación legal y la graduación judicial; aquélla a base de los tipos que la ley prescribe y ésta en virtud de un acuerdo emanado del marco legal (25).

Pero el concepto, en sus dilatadas dimensiones, gira alrededor de la indeterminación del castigo, con la consecuencia de que cuanto mayor libertad tenga el juez para concretarla, su ligazón a la ley irá disminuyendo. De aquí que esa indeterminación acuse dos diversidades: absoluta y relativa.

La indeterminación absoluta, exenta de restricciones legales, no es hoy casi más que una utopía, de la que, entre nosotros, fué su paladín más entusiasta Dorado Montero, que propugnó la potestad exclusiva del juez para fijar la pena, sin sujetarse a normas preexistentes con objeto de que los funcionarios comisionados de la vigilancia del sentenciado calculasen su duración y cumplimiento (26). Fructificó en el sistema de las sentencias indeterminadas, que, con su pristina pureza, no triunfó plenamente ni en su solar nativo—el Estado de Nueva York—, puesto que ha subsistido merced a mixtificaciones y atenuaciones.

La indeterminación relativa, que establece un mínimo—garantía de la sociedad—y un máximo—garantía del reo—, dentro de los cuales el juzgador puede oscilar para señalar la pena en cada caso, es el método que ha sido admitido, hasta ahora, en los cuerpos legales y el que ha servido de inspiración, aunque con cautelas, al legislador español de 1944.

Como procedimiento racional para una represión equitativa, la

(25) MEZGER, *ob. cit.*, tomo II, pág. 360.

(26) DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1916, págs. 30 y sigs., y *Código penal*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, tomo VI, página 64. Comparte igual parecer JIMÉNEZ ASÚA, *La sentencia indeterminada*, Madrid, 1913, páginas 86 y sigs.

individualización de la sanción contiene beneficios insospechados, si se reflexiona que los transgresores difieren unos de otros y que no a todos, catalogados según las infracciones cometidas, es conveniente aplicarles una especie de tarifa penal. Siendo el castigo como el remate del andamiaje delictivo, hay que consagrarle, en su especificación, cierto tacto y esmero, para que no padezca la utilidad social a que está proyectado. Frente a esos designios, y en relación con la cuestión enunciada, un esclarecido jurista diseñó, con estas atinadas impresiones, la individualización penal: «Siempre tendrá que ser delito la infracción voluntaria de la ley; pero no debe ser lo esencial la objetividad de la infracción, sino la voluntad que la quiso y efectuó, y dentro de ella los móviles que la determinaron. Estos son el *deus ex machina* del delito y a ellos ha de atemperarse la pena, por su índole, por sus circunstancias y por sus efectos. Y como estos móviles son distintos para cada voluntad y actúan en cada una por modo diverso, porque diversos son los estímulos del querer en cada sujeto, definir el delito y señalarle una pena predeterminada por los caracteres prefijados a aquél, es como pretender curar todas las fiebres con la misma dosis de la misma sal de quinina, todas las llagas con el mismo ungüento, todos los dolores con la misma cataplasma. El sistema está en bancarrota, y en su ruina arrastra el de la tasa penal y el mecanismo de las escalas. Si aquí cupiera tomar la metáfora por la identidad, la solución fuera la preconizada por algún insigne maestro equiparando la delincuencia a la enfermedad, el delincuente al paciente, la pena a la medicina» (27).

III. Esquema histórico.

El arbitrio judicial se conecta íntimamente con el siguiente dilema, que no han dejado de plantearse los tratadistas (28): si debe penarse al culpable únicamente por el hecho que ha realizado, o sólo por lo que es. La solución dependerá del destino que se adjudique a la pena: buscando en su finalidad la retribución y la prevención general, la sanción estará plegada al delito; pretendiendo simplemente la corrección y enmienda de una actuación temible y peligrosa, o sea, la prevención especial, habrá que adaptarla al delincuente.

En el primer caso, el castigo se precisará, de una manera objetiva, por la ley, porque «especificado el delito, queda también especificado el mal necesario para su expiación»; y en el segundo, contrariamente, hay que individualizarla recurriendo a normas que se articulan con más o menos extensión, porque «el delincuente

(27) CREHUET, *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 1927, pág. LXV.

(28) Véase, por ejemplo, P. J. MONTES, *Derecho penal español*, ed. Núñez Samper, Madrid, 1917, vol. II, pág. 239.

dejará de estar sometido a la pena reformadora solamente cuando esté reformado, o cuando su peligrosidad haya desaparecido» (29). Entre los dos extremos média un largo proceso que arranca del talión, puesto que para los pueblos primitivos fué estrictamente material la proporción de la pena al delito, y termina con el otorgamiento de un arbitrio al juzgador, ya que desde hace años se ha defendido que la sanción tiene que amoldarse, después de aquilatarlas, a las cualidades que definen la personalidad del delincuente.

Por motivos humanitarios se explica el tránsito de una situación a otra. Los sentimientos individuales y sociales prepararon el campo para que germinaran las ideas que respondían, con más fidelidad, a su sana trayectoria. El desarrollo histórico del Derecho penal, con sus típicas etapas, corrobora la evolución.

En los orígenes del Derecho penal, el rudimentario poder público quedaba al borde de la tarea represiva. Su ejecución, de índole privada y vindicativa (30), era atributo de los individuos y de los grupos, que frecuentemente se empeñaban, por esa causa, en guerras y luchas cruentas. Con el transcurso del tiempo se procuró mitigar éstas violencias y se ingeniaron, como remedios, el talión y la composición, que, según hemos insinuado, se enlazaban directamente con el daño producido.

Más tarde, amortiguado el caos inicial por el robustecimiento de la organización política, preponderó el criterio de que el delito era una ofensa a la divinidad, en cuyo nombre había que expiar las acciones cometidas, con la esperanza de seguir gozando de su protección. Y estrechamente unido a ese período, sobrevino el de la venganza pública, dirigido a garantizar la tranquilidad social mediante el temor que despierta el cumplimiento de las penas. Las leyes eran rigoristas e inhumanas y no valoraban las infracciones graves y las insignificantes. Y los castigos—muerte, mutilaciones, confiscación...—no guardaban paridad con el hecho perpetrado, al que continuaban exclusivamente ceñidos. Las desigualdades sociales se reflejaban en el orden penal: los nobles y los pudientes eran sometidos a sanciones leves y a los plebeyos y siervos se les reservaban las que estaban rodeadas de crueldades. Una demostración irrefutable, entre otras, de lo que siglos antes hacía decir Platón, en el *Georgias*, al personaje Kalikles: «lo justo es que el más fuerte exceda al más débil y el más poderoso al impotente...»; o lo que con mucha posterioridad, inspirándose en esas reflexiones, derivó Nietzsche de su doctrina de la doble moral: la de los señores y la de los esclavos; los primeros vital y espiritualmente superiores a los demás y los segundos inferiores a ellos, con alma

(29) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1940, tomo I, página 562.

(30) «La idea de la pena—dice CARRARA—nació en los hombres primitivos del sentimiento de *venganza*.» *Ob. cit.*, tomo I, § 587, pág. 407.

y cuerpo decrepitos, por lo que a cada uno pertenecen valores morales opuestos (31). En tales extravíos degeneraron las diferencias, que se autorizó a los jueces para incriminar por sí mismos hechos que la ley no había previsto y para infligir a los culpables, a su elección, cualquiera de las penas establecidas por los usos o por las ordenanzas (32).

Por primera vez aparece el juzgador con libertad para el desempeño de sus funciones. Podía no sólo crear figuras penales, sino también adecuar la sanción al delincuente. Pero como esto se llevaba a cabo sin olvidar privilegios sociales, y con una pasión desenfrenada y una persecución sañuda, las facultades que se dispensaban al juzgador no es acertado encajarlas dentro de los contornos del verdadero arbitrio judicial, que ha de tener por guía la ecuanimidad y la ponderación de espíritu. Lo que entonces palpitaba en el ánimo del juzgador era una mera arbitrariedad, bien distante de los fines a que debe circunscribirse la justicia, porque ésta, para serlo, tiene que acoplarse a los preceptos definidores de lo que se ha de dar.

Conviene advertir, sin embargo, para que esa arbitrariedad se calibre con exactitud, que no en todos los momentos pudo merecer acerbas censuras. Hubo algunos en que significó, paradójicamente, una medida bienhechora.

En los umbrales del siglo XIX, la dureza que perfila a nuestras leyes penales era una imitación de la que caracterizaba a la legislación precedente. Por la descripción que hace Pacheco, nos enteramos de que «los azotes, la marca, la mutilación estaban aún vigentes... La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del reino una oveja, o valor de una peseta en Madrid: y en este punto no sólo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años ha se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales: y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros» (33).

Mas las ideas que iban dominando pugnan con las disposiciones en vigor. Su ejecución era reprobada por la conciencia colectiva, que comenzaba a redimirse de los extravíos torturantes en que se hallaba sumida por la preponderancia de la crueldad legal. Y como paliativo, se apeló a la práctica de los Tribunales, que, burlando la estricta observancia de la ley, matizaban las penas ateniéndose, principalmente, a la naturaleza del delito que enjuiciaban. Se dulcificó, por este medio, el rigor de los castigos y se suavizó la rigidez de las leyes. Por donde «la arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desorden, era, sin embargo, un bien,

(31) Cfr. GALÁN GUTIÉRREZ, *Introducción al estudio de la filosofía jurídica*, Madrid, 1947, págs. 139 y 140. Sobre la antítesis apuntada, DORADO MONTERO, *ob. cit.*, págs. 59 a 61.

(32) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos, 1870, tomo I, pág. 164.

(33) PACHECO, *ob. cit.*, tomo I, pág. XLV.

como correctivo de otra injusticia mayor; de la barbarie del precepto» (34). La amplitud de criterio que disfrutaba el juzgador para subsanar los excesos aludidos se quebraba, no obstante, aunque esporádicamente. Las fórmulas angustiosas estereotipadas en los preceptos recobraban su eficacia cuando, por circunstancias extraordinarias, apremiaban las necesidades de ejemplaridad (35).

Esa libertad vituperable, encarnada en los juzgadores de entonces, originó, precisamente, la reacción que simboliza el ciclo humanitario, que, con su ascendiente en el Derecho penal de la Iglesia, puso coto a los extremismos derivados del arbitrio judicial imperante. Sus defensores más tenaces fueron Montesquieu, D'Alambert, Voltaire y Rousseau, según Cuello Calón (36)—que nos sirve de valiosa ayuda en esta sucinta referencia—, si bien el movimiento que alboreaba culminó en Beccaria—el más genuino representante del Iluminismo—, quien, en su famoso libro *De los delitos y de las penas*, fustigó el sistema subsistente y preconizó inaplazables modificaciones, a base, entre otras, de la abolición del abusivo arbitrio judicial, que antes del siglo XVIII ya había sido blanco de críticas demoledoras (37). Los esfuerzos, pues, de los reformistas, al proponerse la supresión de las omnímodas facultades conferidas a los jueces, se consagraron a este doble objetivo: la legalidad de los delitos y de las penas y la proporcionalidad entre los castigos y las infracciones (38). Así surgieron los dogmas penales *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que fueron el núcleo de las restantes transformaciones jurídicas. Recogidas primero, fragmentariamente, por Catalina de Rusia, José II de Austria y Federico de Prusia, alcanzaron plenitud legislativa con la Revolución francesa, que las incorporó a sus Códigos, como evidencian el de 1791, el de 1795 y el posterior de 1810, de los cuales irradiaron a los ordenamientos penales de los demás países (39). La línea constante que en este terreno han seguido los Códigos, sólo se ha desviado, al admitir el principio de analogía, por el soviético de 1927—artículos 6.º y 16—, por el de Dinamarca—artículo 1.º—y por el alemán—parágrafo 2—, aunque en éste han recuperado validez los dogmas penales, porque la Ley de 28 de junio de 1935, que introdujo aquella innovación, fué derogada por la Ley II del Consejo de Control (40).

(34) PACHECO, *ob. y tomo cit.*, pág. XLVI.

(35) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *oc. cit.*, tomo I, pág. 61.

(36) CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, tomo I, pág. 54.

(37) P. JERÓNIMO MONTES, *El arbitrio judicial*, Madrid, 1926.

(38) ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, ed. cit., pág. 35.

(39) Nuestro primer Código penal de 1822 declaró las garantías apuntadas en su art. 3.º y se han reiterado en los sucesivos: el de 1848, en sus artículos 1.º, 2.º y 19; el de 1850, en los mismos preceptos; el de 1870, en sus artículos 1.º y 22; el de 1928, en sus artículos 1.º, 26 y 173, y el de 1932 y el «texto refundido», en sus artículos 1.º y 23.

(40) SCHÖNKE, *Interpretación, analogía y derecho consuetudinario en Derecho penal*, trad. de JUAN DEL ROSAL, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo I, fascículo II, mayo-agosto, MCMXLVIII, pág. 221.

Si bien se ha sostenido (41) que la generalización del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* obedeció a considerar la pena como un mal que se impone al transgredir en retribución y retorsión de otro mal que él ha causado—*malum passionis propter malum actionis*—, el motivo saliente, no obstante, de su implantación fué colocar a recaudo la libertad y seguridad de las personas contra las mencionadas extralimitaciones del poder judicial y cercenar, en su virtud, la inmensa y espantosa arbitrariedad que reinaba (42). El régimen adoptado implicó, por tanto, un triunfo del constitucionalismo frente al imperio de los gobiernos absolutos, en que la personalidad del ciudadano se encontraba muy mermada. De aquí que se haya prodigado la frase de Franz von Listz de que el Código Penal es la *carita magna* del criminal. Hubiese sido, en efecto, completamente estéril la consecución de los llamados «derechos del hombre» si los juzgadores, dentro de su radio de acción, hubiesen podido continuar deteniendo, sumariando y asignando sanciones sin ninguna cortapisa previamente establecida. Desde aquel momento, las penas dejaron de ser arbitrarias para convertirse en legales y, sintetizando las nuevas concepciones, los Códigos centraron su atención en el delito y prescindieron del delincuente, pues a ello equivalía concebirle «como un tipo abstracto imaginado por la razón» (43), aunque su personalidad adquiriera después algún relieve con la inserción en los mismos de las circunstancias atenuantes (44). Y como el ajuste del castigo a las infracciones se fijaba taxativa y anticipadamente por el legislador, la misión de los jueces quedó reducida a un simple automatismo y alejada de cualquier posibilidad de arbitrio.

Durante el período que los criminalistas denominan *científico*, ha vuelto a renacer la conveniencia de que el juzgador pueda desenvolverse con mayor holgura. El giro que se ha operado dimana de la diferente valoración que se imprime al delito y a la pena (45). Aquél, más que una entidad jurídica registrada en el Código, tiene la consideración de ser un claro exponente de la peligrosidad que encierra el culpable; y la pena, desnuda de abstracciones científicas y metas meramente retributivas, se perfila con fines de defensa social. Así se han sentado los jalones fundamentales del moderno ar-

(41) DORADO MONTERO, *ob. cit.*, pág. 10.

(42) BOITARD, *Leçons de droit criminel*, 13 ed., París, 1889, págs. 1 y 2. Véase también GROZARD, *ob. cit.*, tomo II, pág. 91.

(43) CUELLO CALÓN, *ob. y tomo cit.*, pág. 56.

(44) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo I, pág. 545.

(45) Examinando JUAN DEL ROSAL el auge del Derecho penal de autor sobre el Derecho penal de hecho, dice que las posiciones de éste, impuestas para anular la arbitrariedad de los siglos XVII y XVIII, pierden firmeza, porque «... las solicitudes concretas y apremiantes de la vida en curso demandan una distinta contemplación en la regulación de los delitos y de las penas». *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit. pág. 30, en cuya obra, como igualmente en sus *Principios de Derecho penal*, ed. cit., tomo I, páginas 101 y sigs., estudia esta evolución, con atinadas referencias a la legislación española.

bitrio judicial, porque esas variantes de concepto exigen, como secuela, no una adecuación del castigo al delito, sino al delincuente, que el juzgador, más que la ley, es el encargado de puntualizar. Las razones, por tanto, que aconsejaron a los codificadores el señalamiento previo y prolijo de una sanción a cada figura delictiva—con lo que se convirtió en realidad la máxima de Bacon *optima lex quoe minimum arbitrii iudice relinquit*—se han ido debilitando al polarizar las preocupaciones sobre la prevención especial, desvaída en los postulados clásicos, que ineludiblemente supone un ensanchamiento del arbitrio judicial, puesto que el tratamiento, para evitar recaídas, tiene que atemperarse a las condiciones individuales del sujeto (46).

He aquí cómo, según se anunció al principio de este apartado, de la estimación absorbente del resultado producido, que se reprimió, en los orígenes, con el talión en su dualidad material y simbólica, se ha desembocado en el elemento subjetivo o culpabilidad, que constituye el germen del nuevo rumbo que se abre a los ojos del juzgador. Los derroteros que en ese sentido van marcándose, se traducen en serios embates para los dogmas *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuyo ámbito se estrecha insensiblemente, como demuestran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la libertad y condena condicionales, los procedimientos educativos para los menores delincuentes, la implantación de las medidas de seguridad, la redención de penas por el trabajo y las conquistas que alcanza el arbitrio judicial. No faltan, sin embargo, denodados apologistas de las esencias de aquéllos principios (47). Pero la acentuada progresión del arbitrio judicial, reflejo de la del pensamiento humano, lleva implícita la consecuencia aludida. Y es que cada época presenta una perspectiva diferente y tiene una peculiar manera de enfocar los problemas.

Si se medita sobre todo lo que antecede, se desgajan tres conclusiones. En primer término, que el arbitrio judicial es una de las síntesis a que ha conducido la evolución penal, cuyo paréntesis se abre y cierra con estos enunciados: castigar sin saber por qué, respondiendo a un sentimiento innato en el hombre, y castigar sabiendo por qué, con el ansia de que medre el beneficio social de la justicia. En segundo lugar, que el éxito del arbitrio judicial depende de la inteligencia y rectitud de los juzgadores, y por eso, en un ambiente de corruptelas y de extrema decadencia, en que aquellas

(46) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 48 y 49.

(47) Partidario de que no padezcan alteración alguna, mas reconociendo «... que el arbitrio judicial es tan necesario como los dogmas», ha dicho SÁNCHEZ TEJERINA que «... proporcionan a la administración de justicia penal, que por definición lleva en sí los más graves ataques a la libertad, al honor, al patrimonio, incluso a la vida de los ciudadanos, el fundamento legal único que soporta nuestra conciencia jurídica». *Nuevos problemas de Derecho penal en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo I, fascículo II, mayo-agosto, MCMXLVIII, pág. 239. Y *Derecho penal español*, Madrid, 1950, tomo I, págs. 124 y 126.

cualidades corren el peligro de envilecerse, la ley reduce con exageración al mínimo la movilidad de criterio. Y, finalmente, que el arbitrio judicial que en la actualidad ha invadido la ciencia penal y el campo legislativo, con independencia de los móviles de su génesis, no es más que un trasunto, depurado por la razón y los anhelos de justicia, del que gozaron los jueces anteriores al siglo XIX. Las innovaciones, con frecuencia, son, sencillamente, el vivo recuerdo de una institución desaparecida que perduró, no obstante, en un momento histórico. Acaso, por ello, las suspicacias que sugiere el arbitrio judicial sean debidas a la impresión desfavorable que crea la contemplación mental y retrospectiva de sus perniciosos resultados en aquellos tiempos, único lastre, por fortuna, que sigue siendo pasado y que no viene embebido en los ecos renovadores.

IV. *El arbitrio judicial en los Códigos penales derogados.*

Con anterioridad al Código de la Dictadura, los legisladores coartaron al juzgador el uso del arbitrio, respondiendo a las ideas que tanto dominio ejercieron y de las cuales ha quedado constancia en su oportuno lugar. Se autorizaba, desde luego, cierta flexibilidad en lo que concierne a la interpretación, como claramente se advierte, por ejemplo, para tomar en consideración la agravante de despoblado (núm. 15 del art. 10 de los Códigos de 1848, 1850 y 1870) o para la determinación analógica de circunstancias (art. 9.º, número 8.º y art. 10, núm. 23 de los Códigos penales de 1848 y 1850 y núm. 8.º del art. 9.º del de 1870), cuya atribución, detestada por Pacheco (48), tenía su precedente en el artículo 109 del Código de 1822, que estaba redactado del siguiente modo: «Cuando alguna culpa o delito de los comprendidos en este Código resultase con circunstancias que no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que a juicio de los jueces de hecho tengan una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas, podrá el juez aplicar la pena de éstas, si no tuviere motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto a las circunstancias que favorezcan al procesado.»

En la fijación de penas, el juzgador, como un autómatas, sin libertad para atemperarlas, estaba supeditado férreamente a normas prescritas, que aquilataban, a base de los tres grados tradicionales, el castigo que en cada caso había de imponerse. Sólo se permitía un arbitrio mezquino—que los Tribunales despreciaron con la habitual aceptación del tope inferior—cuando, por virtud del mecanismo legal, se averiguaba el escaso período de tiempo que podían recorrer. Y así, el artículo 74 de los Códigos de 1822 y 1850 y la

(48) PACHECO, *ob. cit.*, tomo I, págs. 249 a 251.

regla 7.^a del artículo 82 del Código de 1870 declaraban: «Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la *mayor o menor extensión del mal producido por el delito.*» Las palabras subrayadas, acreditativas de una acuciosa solicitud por el aspecto objetivo del delito, por el daño, que es postulado de la escuela clásica, en la que aquellos Códigos se inspiraron, obstaculizaban toda posibilidad de arbitrio, al menos discreto, puesto que éste demanda una preferencia por el responsable, que entonces se silenciaba. Los Códigos de 1848 y 1850 (art. 73), como el de 1870 (art. 87) otorgaban, sin embargo, más elasticidad al juzgador si el delito, por no ser totalmente excusable, ante la falta de alguno de los requisitos para eximir de responsabilidad, llevaba aparejada la rebaja de su penalidad: en ese supuesto podía imponer la sanción en el grado que estimase conveniente, cuya facultad ha subsistido después.

Tratándose de penas pecuniarias es cuando únicamente se concedía gran amplitud a los Tribunales, quienes, para determinarlas, no tropezaban con más estorbo que el de no aménorar o exceder sus cantidades inicial y final, sistema que sigue perdurando. Y por ello, al aludir a la fianza, en la caución, salvo el de 1822 que lo proscribía, los Códigos de 1848 y 1850, en su artículo 43, y el de 1870, en su artículo 44, permitían que los Tribunales la precisaran, «según su prudente arbitrio». E igualmente esos cuerpos legales contuvieron un artículo (el 84 del Código de 1870 y el 75 de los de 1822 y 1850), que en los restantes se ha reproducido, mediante el que los Tribunales podían recorrer toda la extensión de las multas, «consultando para determinar en cada caso su cuantía no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho *sino principalmente el caudal o facultades del culpable.*» Aunque la faceta objetiva del delito no se olvidaba, la índole de la sanción aconsejaba que ésta se plegase al delincuente para que fuera eficaz, sin remontarse a sumas que no pudiera satisfacer ni descender a las que, según su fortuna, hubieran resultado inocuas. Se remitió, pues, el problema a la discreción del juzgador. Y como éste iba a ser intérprete de un verdadero arbitrio—único que se localiza a través del articulado—, el legislador, percatándose de su concepto, tuvo que descollar las condiciones del delincuente y situarlas en idéntico plano que el hecho, como indefectiblemente ha de ocurrir cuando se orilla la tasa legal.

Aparte del «prudente arbitrio» que con relación al delito culposo y a las faltas (arts. 480 y 500 y 581, y 620 de los ordenamientos penales de 1850 y 1870), se dispensó al juzgador para no vincularse, como en la actualidad, a las normas generales que regían en materia de fijación de penas concurriendo agravantes o atenuantes, los Códigos de 1848 y 1850, en su artículo 365, y en el de 1870, en su artículo 454, sancionaron el delito de abusos deshonestos con el castigo que especificaban, pero «según la gravedad del hecho». La frase transcrita encerraba un arbitrio que hay que calificar de

esporádico, porque, aún afectando a la objetividad de la infracción, sin mencionar para nada al culpable, la cuantía de la pena se reservaba a la apreciación del Tribunal, cuya potestad les estaba vedada en otras figuras delictivas (49). De ser distinto el alcance de las palabras que se glosan, no se explica ni se concibe el motivo de que se consignaran en la disposición. La prueba de que su significación radica en lo que acaba de invocarse, es que, si bien el código de 1932 siguió reprimiendo los abusos deshonestos en su art. 432 con prisión menor en sus grados medio y máximo, «según la gravedad del hecho», el «texto refundido» de 1944 ha suprimido la advertencia en el artículo 430, donde se encuadra aquel delito, porque, como todos los demás, está sometido a las instrucciones del artículo 61, reguladoras del arbitrio que se confía al juzgador.

Finalmente—cerrando esta escueta reseña—, los cuerpos legales a que nos hemos venido refiriendo mostraron algún atisbo de arbitrio en el orden cualitativo de las sanciones, que los posteriores no han borrado. Un ejemplo, en efecto, de pena facultativa ofrecía el delito de amenazas, puesto que en sustitución de la caución, podían los juzgadores condenar al culpable a la vigilancia de la autoridad o a destierro—arts. 722, 419 y 509 de los Códigos de 1822, 1850 y 1870—, y un caso de pena alternativa se evidenciaba en las lesiones menos graves, ya que les era factible elegir entre el arresto mayor o destierro y multa—arts. 345 y 433 de los Códigos de 1850 y 1870—, aunque con más profusión las hipótesis de esa naturaleza se patentizaban en las faltas, a base de la disyuntiva del arresto menor o multa—arts. 485 y 497 del Código de 1850 y arts. 587, 592, 597, 598, 599, 604, 614 y 616 del Código de 1870.

Con estas menguadas salpicaduras intercaladas en los cuerpos penales anteriores a 1928, para que, sin constreñirse rigurosamente a la ley, pudiera el juzgador infligir un castigo, se promulgó aquel año el llamado «Código de la Dictadura», cuya concepción de la sanción, como dice Juan del Rosal, «enlaza su carácter expiacionista y de justicia proporcionada entre el daño causado con las ideas de la defensa social, resaltada en el arbitrio judicial, en la apreciación de la persona del delincuente» (50).

Sin detenernos en detalles y exégesis, porque la alusión es meramente superficial y complementaria de este trabajo, el arbitrio judicial tuvo dos destacadas manifestaciones en el Código de 1928 (51). Una, más bien amplia, para determinar la pena, y otra, de horizontes reducidos, para concretar su clase.

Los vocablos «prudente arbitrio» se prodigaban a través de sus preceptos, los cuales precisaban la sanción atendiendo a la

(49) GROIZARD apunta esa «excepcional latitud» del juzgador en el delito de abusos deshonestos. *Ob. cit.*, tomo V, pág. 128.

(50) DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español*, ed. cit., tomo I, página 408.

(51) CUELLO CALÓN las explana prácticamente en *El nuevo Código penal español* Bosch, Barcelona, 1929, tomo I, pág. 209 y sigs.

ejecución del delito y a la participación de las personas responsables—arts. 137 a 147—, así como a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad—arts. 148 a 157—. En el primer aspecto, se autorizaba a los Tribunales para rebajar la pena en dos, tres y hasta cuatro grados, como ocurría si se trataba de cómplices de un delito frustrado—arts. 143 y 144—; y en el segundo, no mediando atenuantes ni agravantes, su discrecionalidad oscilaba «dentro de los límites señalados para cada caso» —regla primera del art. 151.

Aunque la pauta fué especificar la clase de pena, en ciertas figuras delictivas, sin embargo, como en algunas modalidades de los desórdenes públicos—arts. 308 a 310— o en las injurias graves—art. 629—, se facultó al juzgador para escoger entre las dos penas alternativas que se mencionaban, con lo cual se confería un doble arbitrio, pues al de la selección del castigo, había que añadir, por mandato del artículo 163, el que demandaba su duración. Y en este terreno, llegó a más al legislador, aunque también excepcionalmente: en los delitos de falso testimonio, de acusación y denuncia falsa y de homicidio—arts. 406 y 518—, se consintió a los Tribunales una sustitución de penas—la prisión por la reclusión, con la consecuencia indicada.

El sistema anterior, en que el delito se perfilaba como una entidad de acusado relieve al que se ligaba una sanción predeterminada, fué alterado por el Código de 1928, que, con sesgo progresivo, colocó en lugar preeminente la conducta del sujeto, que en definitiva es lo que hay que juzgar a través de su resultado, y se preocupó de que el castigo, sin estar señalado tan taxativamente *a priori*, se adecuase individualmente en cada caso. Por eso el arbitrio giró alrededor de sus postulados peculiares: el elemento antropológico, con sus variadas facetas, y la extensión y clase de pena. Y con el fin de rodearle en la realidad de indispensables garantías, se publicó el Real Decreto de 8 de septiembre de 1928, que cambió, con la adición de un párrafo, la redacción primitiva de los artículos 741 y 973 de la ley de Enjuiciamiento criminal, para que se razonara en las sentencias al uso del arbitrio.

La vida del Código de 1928 fué precaria y al restaurarse la vigencia del de 1870, los Tribunales perdieron la movilidad de que gozaban para la adaptación de la sanción y volvieron a sumirse en el automatismo de la tasa y de las escalas penales (52). Esta situación la corrigió levemente la reforma que en 1932 se operó en el Código de 1870. Los retoques que se introdujeron por el régimen republicano en ese cuerpo legal, tildado de efímero en el preám-

(52) Criticando la técnica del Código de 1870 para averiguar el castigo, decía DORADO MONTERO «... que no parece que se haya propuesto otra cosa sino convertir a los Tribunales en máquinas de administrar justicia, toda vez que les quiere dar hecho todo su trabajo, no permitiéndoles libertad alguna, ni el ejercicio de sus facultades discursivas, ni la persecución razonable, con la pena, de los fines que les parecen mejores». *Código Penal*, en *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix, Barcelona, tomo VI, pág. 604.

bulo ante la necesidad de promulgar un nuevo ordenamiento—siempre las interinidades—, fueron pocos en materia de arbitrio judicial. Se concretó la modificación a facultar al juzgador, en la tentativa, para rebajar la pena en uno o dos grados—artículo 52—, sin la obligación, por tanto, de descender al segundo, como imperativamente ordenaba el artículo 67 del Código de 1870; para recurrir o no al grado máximo de la pena, terciando una agravante, que era preceptivo en aquél; para disminuir la sanción en uno o dos grados—no al inmediatamente inferior, como precedentemente acontecía—, cuando sólo mediaban dos o más atenuantes y aún una sola muy calificada, cuyo aditamento integraba la innovación; y para aplicar la pena superior, en el grado que conviniere, a un plurirreincidente, que también era una novedad—reglas tercera, quinta y sexta del artículo 82 del Código de 1870, en conexión con las mismas del artículo 67 del Código de 1932—. Tan escasa elasticidad disfrutó el juzgador, según podrá inferirse, para ajustar el castigo, que el régimen de individualización penal del Código de 1870, casi nulo, perseveró incólume. Pero se ha registrado la nimia transformación que se verificó en el Código de 1932, para completar las vicisitudes de la cuestión que se estudia.

Contrastando, sin embargo, con el legalismo punitivo del Código republicano, la ley de Vagos y Maleantes, promulgada meses después—el 4 de agosto de 1933—y pediente, no del resultado de una conducta delictiva, sino del estado peligroso del individuo, proyectó en el campo de la justicia, sin prevenciones ni cicaterías, un auténtico arbitrio judicial, como se aprecia en sus artículos 4.º y 5.º, definidores de las medidas de seguridad aplicables.

V. *El arbitrio judicial en el Código penal vigente.*

Los azares políticos, que tanto han contribuido a la accidentalidad de un ordenamiento penal en nuestra Nación, aunque con la promesa constante de abordar su total reforma, justificaron la ley de Autorizaciones de 19 de julio de 1944, fruto de la cual fué el «texto refundido», hoy en vigor, que, como se dice en su preámbulo, no «es una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales».

Con finalidades tan comedidas como eran las que se enumeraban en la ley de 1944, parecía que poco podía esperarse de la tarea que se había de emprender. Y, sin embargo, superando las dificultades que irremisiblemente surgieron, la ponencia encargada de ultimar el proyecto supo darle cima—justo es reconocerlo—con aciertos laudables. Como es inconcebible un Código que siga uniforme y fielmente las huellas características de una determinada corriente doctrinal, sino que en cualquiera se vislumbra al pronto un eclecticismo acusado, o más o menos embozado, los tradicionales moldes clásicos de nuestro sistema penal permitían aco-

ger la esencia de algunos avances. Y es por lo que, sin desnaturalizar ni conculcar aquéllos, antes al contrario, respetándolos en lo posible, se infiltró, con pretensiones de remozamiento, en la primigenia arquitectura legal, el espíritu de la doctrina subjetiva. A lo largo del articulado del actual Código, continúa descubriéndose una predominante obsesión por el delito en sí, pero, a su lado, descuella también, ocupando casi el mismo plano, la personalidad del culpable. Y la síntesis de ese emparejamiento ha sido, como la ley de Autorizaciones decretó en el inciso sexto del apartado A) de su artículo 2.º, la regulación de un arbitrio judicial, que recuerda al del breve paréntesis del Código de 1928, con el mérito, para la Ponencia, de no haber rebasado los confines en que tuvo que desenvolverse, inexistentes, en cambio, al estructurarse aquél.

Sin propósito exhaustivo, porque a esa ambición no llegan nuestra formación jurídicopenal ni nuestras modestas aptitudes profesionales, vamos a exponer las directrices más salientes que, en ese aspecto, presenta el Código de 1944.

Aunque es extemporánea, por desviarse del nervio del tema, una simple ojeada a la vasta perspectiva del juzgador para descifrar el significado de los preceptos, y a la que en algunos pasajes nos hemos referido, no podemos sustraernos a la tentación de un somero comentario sobre dos disposiciones que, sin concretarse a la pena, confieren, como novedad, un arbitrio a los Tribunales.

Una de ellas contempla en el párrafo último del artículo 258. El artículo 257 reprime el depósito de armas o municiones de guerra y de defensa y el siguiente, para que no se resienta la configuración de este delito, desmenuza cuáles son las armas que se reputan de guerra y de defensa y qué se entiende por depósito de unas y otras, pero no hace ningún distinguo, según era congruente y obligado, por lo que concierne a las municiones. No detalla, en su virtud, la índole y número de éstas para catalogarlas como de guerra y de defensa—sin duda porque es una lógica deducción de la categoría de las armas—y para saber cuánto integran depósito. La cuestión la relega al Tribunal, en el párrafo final del citado artículo 258, al estatuir que aquél «apreciando la cantidad y clase de las municiones, declarará si constituye depósito...» Es decir, que el legislador apela al arbitrio y encomienda al juzgador el deslinde del concepto. Ahora bien: como el margen discrecional atañe a una materia netamente sustantiva, las definiciones que puedan emitirse han de encadenarse a un juicio uniforme y, por tanto, contra lo que sucede en cuanto al estricto arbitrio judicial, los puntos de vista que se mantengan por los Tribunales, en ese terreno, serán recurribles en casación.

La otra disposición, también ajena al castigo y que, como la precedente, es una innovación en el Código, se abarca en el párrafo segundo del número 5.º del artículo 112. Mediante el mismo se faculta al juzgador para rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de los menores o incapacitados, en los delitos

contra ellos perseguibles a instancia de parte, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio Fiscal. El precepto se reitera, casi literalmente, en el penúltimo párrafo del artículo 443, sin esclarecer la causa que lo justifique, pues la aprobación del perdón por el Tribunal y el arbitrio para negarle de que habla, sin titubeos se desprende del número 5.º del artículo 112, en armonía, respecto de aquélla, con el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Por suponer, pues, una redundancia, y para evitar algún confuisionismo, pudo haberse silenciado el párrafo mencionado del artículo 443. En ambos preceptos, como se observará, la obstrucción que al perdón puede esgrimir el juzgador es doble, puesto que afecta al ejercicio de la acción o al cumplimiento de la pena, y su decisión, por las circunstancias en que se pronuncia, es inmovible. Si el perdón se alega durante la instrucción sumarial o antes de dictarse sentencia, el procesado no queda, por ello, desamparado en su derecho y en la utilización de los pertinentes recursos. Si se produce después de adquirir firmeza el fallo, la negativa del Tribunal es equiparable a los efectos de la remisión de condena cuando es potestativa, en que, opuestamente a si es preceptiva—artículo 95—, no es susceptible de casación. La postura trazada creemos que es correcta, porque la repulsa del Tribunal al otorgamiento del perdón, ejercitando un arbitrio cuya trascendencia es bien notoria, está basada en la pureza de unos motivos morales, cuales son coartar vergonzosas transacciones de representantes legales desaprensivos y velar por la asistencia y protección—así menospreciadas—que reclaman los menores e incapacitados. Por esta causa, precisamente, se recaba entonces la intervención del Ministerio Fiscal, cualquiera que sea la situación del asunto.

Y después de estas, para nosotros, ineludibles digresiones, seguiremos cifándonos al problema de la individualización de la pena, materia que nos interesa primordialmente en nuestro trabajo.

Como ya se consignó con anterioridad, en la determinación del castigo son viables dos procedimientos: uno, estrictamente legal, que implantó el Código penal francés de 1791, reflejando el sentir del momento, enemigo de la arbitrariedad antes reinante, y otro, exclusivamente judicial, cuya repercusión más extrema es la sentencia indeterminada, puesto que el tratamiento penal sólo es admisible que cese cuando el delincuente, por su enmienda, deje de ser un peligro social. En su pureza, ninguno de los dos sistemas ha prevalecido y las legislaciones se inclinan por una solución intermedia, aunque con propensión, cada vez más acentuada, a la libertad del juzgador, por imperativos de la prevención especial. En congruencia con esto, los Códigos de inspiración clásica no han poseído tajantemente de un arbitrio a los Tribunales, por pequeño que sea, a pesar del celo desplegado en sus textos para la conexión de la pena con el delito, circunscribiendo casi la labor del juez a sencillas operaciones matemáticas al alcance de cualquiera.

De haberle suprimido radicalmente, la inflexibilidad de la ley hubiera derivado a consecuencias que, por lo absurdas, resultarían incompatibles con la idea de la justicia. Y ese despropósito se ha evitado con el método de los *marcos penales*, que «consiste en establecer magnitudes de pena *relativamente* indeterminadas, con un máximo (pena máxima) y un mínimo (pena mínima), entre los cuales sólo el Juez ha de determinar a su vez la pena concreta del caso particular» (53).

En el «texto refundido» de 1944 cabe distinguir dos modalidades del arbitrio: una, *general*, que es la pauta a que comúnmente tiene que supeditarse el juzgador para indagar la medida apropiada de una sanción, y otra, *especial*, que le sirve de dirección en un supuesto aislado, o que implica una desviación o rectificación de la primera. Aunque ambos se encuentran desperdigados en el Código, el arbitrio general es más bien objeto del libro primero y el especial del segundo. En aquél, no obstante, se insertan también normas que sólo tienen aplicación en hipótesis definidas.

Arbitrio general.—Es susceptible de un desdoblamiento, para su más fácil comprensión, teniendo en cuenta las peculiaridades de los castigos.

a) *Penas privativas y restrictivas de la libertad.*—Nuestro Código vigente, como los que le precedieron, acepta el sistema de los *marcos penales*, pero el tiempo comprendido entre los dos límites lo divide en tres períodos—de los que, constituyendo una salvedad, se separó el Código de la Dictadura—, para formar los grados conocidos, que tienden a resolver las cuestiones que engendran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Así se deduce de los artículos 62, 78 y 79 y de la regla séptima del artículo 61, la cual, por ser fiel reproducción de la que figuraba en los anteriores cuerpos legales, donde únicamente se aludía al exiguo arbitrio que otorgaban, continúa refiriéndose, dada su raíz clásica, «a la mayor o menor extensión del *mal producido por el delito*», en contraste con otras reglas del precepto citado, que, más en consonancia con las directrices típicas del arbitrio, al lado de la «gravedad del hecho», destacan «la personalidad del delincuente», o del «culpable» (54).

Alrededor de este postulado gira todo el engranaje penal para la averiguación del castigo, que está íntimamente engarzado al grado de ejecución de las infracciones y a la categoría de los responsables de las mismas (arts. 49 al 57) y a la consideración de las agravantes y atenuantes (arts. 58 al 66).

En el primer sentido, o sea, en orden a la pena que correspon-

(53) MEZGER, *ob. cit.*, tomo II, pág. 360. ANTÓN ONECA dice que la fijación por la ley de un máximo y un mínimo de pena, que aseguren la arbitrariedad y la retribución, es suficiente para satisfacer «la función ejemplar o pedagógica que realiza la justicia criminal». ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 547.

(54) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ—*ob. cit.*, I, pág. 566—anotan la anomalía.

da a los autores, cómplices y encubridores de delito consumado o inacabado, en su dualidad, el Código muestra unas rígidas fórmulas a las que, inexorablemente tiene que amoldarse, sin desorbitarlas; la actuación del Tribunal. Transcribiendo la innovación que en el de 1870 hizo el Código de 1932, simplemente se le permite alguna holgura en la discriminación de la pena imponible en la tentativa (art. 52), que puede ser inferior en uno o dos grados a la que acompañe al delito consumado, con lo cual se corrigió el criterio obligatorio de descender al segundo que antes se observaba. Y la facultad se amplía a la conspiración, proposición o provocación para delinquir, cuya punición ha generalizado el artículo 3.º, y al delito imposible, que, ausente de nuestros cuerpos legales, excepto en el Código de 1928 (arts. 41 y 147) y en la ley de aborto de 24 de enero de 1941 (art. 5.º), refuerza, con su inclusión, el matiz subjetivista que se perfila en el «texto refundido».

Es en el otro aspecto de los enunciados, contraído a la medida de la sanción en presencia de circunstancias, donde el arbitrio judicial logra más plenitud. El Código, en efecto, mediante la regla cuarta del artículo 61, autoriza al juzgador para recorrer en toda su extensión la pena asignable cuando no concurren atenuantes o agravantes. Y no olvidando que aquélla se señala, corrientemente, en toda su integridad, sin los fraccionamientos de otras etapas legales, se comprobará que son muy elásticos los resortes confiados al juzgador para evaluar penalmente los casos de esta índole que tenga que afrontar. Respecto de ellos, se le ha dispensado la omnimoda libertad que en la regla primera del artículo 151 recogía el Código de 1928, donde, como se ha dicho en su momento, el arbitrio judicial imperó por vez primera. Existe un caso, no obstante, en que es aconsejable estrechar el ámbito de este arbitrio. Nos referimos a los delitos sancionados con penas conjuntas de privación de libertad y muerte, integrando ésta el grado máximo de las mismas. Como la excepción de la regla segunda del artículo 61—que inmediatamente se examinará—lo que intenta es restringir la aplicación de la última de aquéllas, creemos que, habiendo ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el arbitrio de la regla cuarta del citado artículo, que entonces rige, no debe usarse para infligir la pena de muerte al enjuiciar las transgresiones que la lleven aparejada en unión de la de reclusión, pues si se tolera al Tribunal que deje de imponerla cuando surja una agravante, con más motivo es atinado rechazarla si no media ninguna.

Cruzándose circunstancias que no sean compensables, pues si lo son (regla tercera del art. 61) es factible oscilar a lo largo de toda la pena, como si se diera el evento de la regla cuarta de aquel artículo, queda, en cambio, mermado el juicio discrecional del juzgador, que ha de plegarse entonces al grado mínimo o máximo, según se trate de atenuantes o agravantes, conforme a las normas primera y segunda del mencionado precepto. Con la última de éstas

se ha enmendado el Código de 1932, que rompiendo con la tradición de los precedentes, al emplear la expresión «podrán imponerla», no constriñó a los Tribunales a infligir la pena en su grado máximo, si afloraba del hecho delictivo una agravante. Aunque el viraje se conjuga mal con la tendencia favorable al arbitrio (55), se ha querido, indudablemente, tornando a la antigua situación, restablecer la eficacia retributiva de las circunstancias que alteran la responsabilidad criminal.

El cauce forzoso de esa regla segunda del artículo 61 se ha quebrado, no obstante, frente a la pena de muerte, cuya imposición escatima el Código por elogiosas razones humanitarias. Los Tribunales, constituyendo aquélla el grado máximo, pueden omitirla en la sentencia, aun terciando una agravante, decisión inadmisibles, según se ha apuntado, si no entra en juego la más severa de las sanciones.

Ahora bien: cuando acoja el juzgador este arbitrio, ¿conserva su valor dicha circunstancia, con la consiguiente repercusión penal? A la vista del precepto, es posible defender las dos soluciones que envuelve la pregunta.

Si se entiende que a la agravante se la priva ocasionalmente de su finalidad, que es la de punir el delito con el grado máximo, sin que tal acuerdo sea rectificable en casación (SS. 16 noviembre 1945 y 27 octubre 1948), el resto del castigo, o sea, los grados mínimo y medio, compuestos siempre por la reclusión mayor (arts. 120 a 122, 136, 139, 142, 144, 405, 406 y 501, núm. 1.º), podrá recorrerle el Tribunal en toda su magnitud, puesto que en la hipótesis que se comenta no aparece ligado a ninguna restricción, con lo cual el arbitrio de la salvedad introducida a la regla segunda del artículo 61 será entonces de doble efecto. Aquél, sin embargo, no es equitativo que sirva para alejarse, descendiendo, de los treinta años de reclusión, pues la circunstancia apreciada, aunque se la despoje de su virtualidad punitiva, algún valor tendrá que merecer al juzgador para no medir el castigo con excesiva benevolencia.

Si se opina, opuestamente, que la agravante no pierde su eficacia resultará aventurado el anterior criterio. Es supuesto análogo, el Código de 1928 declaraba, en el inciso final de la regla segunda del artículo 152, que si concurría tan sólo una circunstancia de agravación, podía el Tribunal, a su prudente arbitrio, imponer la pena de muerte, o la de reclusión o prisión, *en la medida que estimase justa, dentro de su tercio superior*. Suministraba, pues, unas sanciones alternativas, pero si el juzgador excusaba la pena capital, tenía que continuar ponderando el alcance agravatorio de la circunstancia, al recurrir a cualquiera de los otros dos castigos. En cambio, el Código de 1944 no indica a los Tribunales, cuando descarten la pena de muerte, qué sanción privativa de libertad es la que han de recoger en el fallo. Prescribe, escuetamente, que

(55) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, «Revista de Derecho Privado», Madrid, tomo I, pág. 347.

«podrán dejar de imponer dicha pena». Y no olvidando la influencia que, en la regulación del vigente arbitrio judicial, ejerció el Código de 1928, puede sostenerse que el «texto refundido» no suprime, en esa coyuntura, la actuación de la agravante, sino que, de orillarse por el juzgador la pena de muerte, lo que establece es la reducción del castigo a la reclusión mayor, pero recobrando la normalidad de sus tres grados, de acuerdo con el artículo 78, para que aquella circunstancia se valore en armonía con el párrafo primero de la regla segunda del artículo 61.

Con independencia de la posición que se adopte, lo indiscutible es que el arbitrio en relación con la pena de muerte ofrece una laguna y que esta imprevisión tendrá que suplirla el Tribunal Supremo.

Se ha disminuído, por un lado, el arbitrio y se ha ensanchado, por otro, en lo que respecta al que registraba el Código de 1932, cuando se juzgue a un doble o multirreincidente. Aquel ordenamiento legal en el último inciso de la regla sexta del artículo 67, abandonaba a la voluntad del juzgador la aplicación de la pena *inmediatamente* superior, en el grado que estimase justo, con la *simple* concurrencia de la circunstancia de agravación décimocuarta del artículo 10—reincidencia—, que no le sujetaba tampoco, si despreciaba la norma que se comenta, a la aceptación del grado máximo de la pena, ante la potestad que para ello le ofrecía la regla tercera del precepto citado. Opuestamente, en el Código actual, es preceptiva la ascensión a la pena superior, si bien lo exige a partir de la *segunda reincidencia* y con la atribución de realizarlo no en uno solo, sino en *dos grados*, así como con la libertad de calcular la sanción dentro del elegido, aunque se aprecien otras circunstancias (S. 5 diciembre 1947). Esta regulación específica del culpable plurirreincidente es aleccionadora, paragonándola con el arbitrio especial que amparan los artículos 511, 516 y 530, como se verá más adelante.

Finalmente, en las hipótesis de que se admitan en favor del procesado dos o más atenuantes, o una muy calificada, o también una eximente incompleta, el arbitrio del juzgador es idéntico al que ya disfrutaba en el Código de 1932, según sus artículos 67, 5.ª, y 72. En ellas, los Tribunales (regla quinta del art. 61 y art. 66 del «texto refundido») pueden rebajar la pena en uno o dos grados. Y tan libérrima es su discrecionalidad para precisar el castigo dentro de los mismos—aunque no lo es, claro está, para valorar la entidad jurídica de las circunstancias, por ser materia sustantiva y recurrible en casación—, que si en el supuesto del artículo 66 media una atenuante, no se compele a la Sala a la utilización de la regla primera del artículo 61 (S. 1 febrero 1946).

Consideramos inexcusable dilucidar que el arbitrio sólo puede usarse por el juzgador después de investigar la pena, conforme al mecanismo que suministra el Código y que hemos glosado superficialmente. La advertencia surge de la contemplación del artícu-

lo 71 del Código de 1944, donde se abordan los casos de delito compuesto y de delito complejo.

En ese precepto se ordena la aplicación de «la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que representa la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos», con el nuevo aditamento de que se sancionarán éstos con independencia, si la pena así computada excede de aquel límite. Pues bien: frente a un hecho que genere dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro, no es desatinado pensar—siempre que haya ausencia de atenuantes y agravantes, pues si existe la duda se desvanece—que el beneficio en favor del reo se obtiene más fácilmente con la regla cuarta del artículo 61, si, escudándose en el arbitrio que concede, el Tribunal señala para cada delito de la complejidad o concurso real el tope mínimo de su sanción. Cabe, no obstante, que el juzgador opte por el máximo y entonces este grado, como observa Antón Oneca, avalando su opinión con un sencillo ejemplo, «no excederá nunca de la suma de los dos máximos que «pudieran imponerse» separando las infracciones». Pero, sagazmente, el catedrático de la Universidad de Salamanca dice que eso se traduciría en un sensible empeoramiento, perturbando el espíritu de la disposición, «pues lo más probable es que el Tribunal, de juzgar separadamente los delitos, hubiera aplicado el grado mínimo»—como nosotros iniciábamos el razonamiento—«o el medio a cada uno de ellos». A nada que se ahonde o profundice en la cuestión, la perplejidad inevitablemente invade el ánimo del juzgador.

Lo importante, sin embargo, es arbitrar una solución. Ignoramos si el Tribunal Supremo la ha exteriorizado en alguna sentencia. Antón Oneca defiende que habrá que entender por «penas que pudieran imponerse» las que los juzgadores fijasen al reprimir aisladamente las infracciones (56). Esto equivaldría a infundir un arbitrio al artículo 71, en abierta disconformidad con los términos imperativos en que se ha redactado. Nuestro parecer, en su virtud, recogiendo la sugestión de la que arrancaron las argumentaciones, es que el juzgador debe cumplir objetivamente la prescripción del precepto (SS. 23 marzo 1948 y 23 mayo 1949) y, una vez sabido si el grado máximo de la pena más dura y rigurosa encierra la ventaja que se busca para el delincuente, será cuando pueda recorrerle en toda su extensión, sin traba ninguna, al amparo de la regla cuarta del artículo 61.

Dictado el fallo, no por eso se anula el arbitrio del juzgador. Incorporando a su articulado instituciones jurídicas que tenían su desenvolvimiento en leyes aparte, el Código sigue otorgando facultades al Tribunal después de acordada la firmeza de la sentencia. Demostraciones evidentes de este aserto, que revela en el legislador un alejamiento de la idea expiacionista, son la remisión con-

(56) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.* págs. 549 y 460.

dicional y la redención de penas por el trabajo. La primera atañe a castigos menores de un año, o de dos, si ha sido apreciada una circunstancia atenuante muy calificada; y la segunda afecta a sanciones privativas de libertad que rebasan los dos años.

Por la remisión condicional, que además de sustitutivo de pena es un medio apreciable de individualización de ésta, puede el juzgador, en determinadas coyunturas, como se sabe, suspender o no la ejecución del castigo por un plazo de dos a cinco años (artículos 92 y 93). Está obligado, no obstante, a aplicarla cuando se declare la existencia del mayor número de requisitos para eximir de responsabilidad, o cuando haya solicitud expresa del agraviado en los delitos perseguibles a instancia del mismo, en cuyas ocasiones, por estar vedado el arbitrio, es viable el recurso de casación (artículos 94 y 95). Y aunque la pena no exceda del año, la remisión no se tolera en los sentenciados ante los Tribunales de Urgencia, atendiendo a la inexorabilidad que caracteriza a esa jurisdicción (artículo 71, s), de la Ley de Orden público).

La remisión condicional, por envolver un gran arbitrio para el juzgador—pues a él se vinculan generalmente sus efectos—, fué una de las primeras victorias legales de la moderna corriente científica que llegó a subvertir la esencia de los postulados informadores de la dirección clásica, como se deslizó líneas más atrás.

Por lo que concierne a la redención de penas por el trabajo (artículo 100), el rasgo curioso, en cuanto al arbitrio judicial, es que cristaliza en ella, parcialmente, a imitación de la libertad condicional, el sistema de la sentencia indeterminada, porque el comportamiento del reo en el establecimiento penitenciario permite aminorar el máximo de la sanción infligida (57).

b) *Penas pecuniarias*.—Dentro de las diversas sanciones que se enumeran en el artículo 27 del Código, es la multa la que, sin olvidar el daño producido, con la infracción, ha sido rodeada de más posibilidades legales para adaptarla a las condiciones del delincuente. Ya se expusieron, a propósito de su regulación en los otros cuerpos legales, idéntica casi a la que tiene en el actual, las causas de que así acontezca.

El principio rector es que los Tribunales (art. 63) pueden moverse en toda la dimensión de las penas económicas para acordar su cuantía, ponderando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, principalmente, el caudal o facultades del culpable. Es una salvedad a las instrucciones que rigen la imposición de castigos consistentes en privaciones o restricciones de la libertad, pues entonces el juzgador está ligado a cánones que difieren, según la clase de circunstancias. Tratándose de una multa, puede, por tanto, elegir el tope mínimo o el máximo, así como los intermedios, aun siendo varias las agravantes; y actuar de igual manera, si las circunstancias concurrentes son de índole atenuatoria.

(57) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo I, pág. 551. Y PUIG PEÑA, *Derecho penal*, Clarasol, Barcelona, 1944, tomo I, pág. 651.

Esa es la conclusión que fluye de la literalidad del artículo. Pero exige, para discriminar su sentido, que se la consagre unas sucintas reflexiones.

Antón Oneca—al que con frecuencia nos referimos, porque a su sólida formación científica, une la experiencia de haber estado adscrito a la administración de justicia—sostiene que el amplio arbitrio judicial del artículo 63 no es obstáculo, pese a la redacción del precepto, para descender del mínimo de la multa cuando se den pluralidad de atenuantes, o una calificada, eximentes incompletas, o la menor edad de dieciocho años, ni tampoco para ascender del máximo en caso de multirreincidencia (58). Calificamos de impecable su posición, porque aunque el artículo 63 esté incrustado en la sección que destina el Código a las reglas generales para aplicar las penas en consideración a las atenuantes y agravantes, tiene que calibrarse en contacto íntimo con las demás orientaciones que a su lado constan, las cuales pueden imprimirle ritmos divergentes, sobre todo si son de eficacia punible tan específica como la que distingue a las circunstancias privilegiadas de los artículos 64, 65 y 66. Confesamos, sin embargo, que la apreciación acaso no sea muy ortodoxa. La reserva se arguye, porque de la sentencia de 31 de diciembre de 1945 se colige, aunque su doctrina emane del Código de 1932, que en la observancia del artículo 63 no entran en juego las fórmulas de aritmética penal enumeradas en el artículo 61, ante la razón, sin duda, de que éstas afectan a penas de tres grados, inexistentes en la multa. Y entre esas fórmulas figuran, precisamente, las que se contraen a atenuantes calificadas y a la doble o multirreincidencia, mentadas por Antón Oneca.

Para inclinarse, en el fallo, por la suma que se reputa pertinente, ha de influir, en un porcentaje crecido, el conocimiento de los medios de fortuna del delincuente y de las actividades que se los proporcionen. Es decir, que el responsable aparece en plano tan preferente o más que el delito y aspira a que la pena se atempere a sus condiciones. Y nada mejor para conseguir ese objeto que el arbitrio que se dispensa, el cual presenta algunas ramificaciones en el afán de que no fracase con posteridad al uso que de él se haga.

El Tribunal, en efecto, después de asignada la multa, puede establecer el plazo dentro del que haya de pagarse y autorizar al reo que carezca de recursos para que la satisfaga en otros períodos de tiempo (art. 90). Con criterio discrecional, pues, sigue adaptando las determinaciones que se derivan de la sentencia a la situación pecuniaria del condenado. Y aun llega a más el Código. Si al no cumplirse el castigo económico hubiera que sustituirle por una responsabilidad personal subsidiaria, será el propio Tribunal quien la calcule (art. 91), y no tendrá más impedimentos que el de no traspasarla de seis meses o quince días, según sea delito o falta, ni infligirla al que sufra pena privativa de libertad supe-

(58) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. y tomo cit.* págs. 564 y 565.

rior a seis años. Este arresto supletorio no deja de ofrecer cierta repercusión curiosa en relación con la indeterminación relativa de la pena, que es una de las facetas del arbitrio judicial. Si bien aquélla, como ya se anotó, presupone, corrientemente, la acotación legal del castigo, sin que al juzgador le sea factible desbordar sus mínimo y máximo, hay, sin embargo, una variante—que aunque no tiene muchos prosélitos, fué propugnada en el Congreso Internacional de Bruselas—, consistente en señalar sólo el máximo de la pena, pero silenciando la indicación del mínimo. Pues bien: la responsabilidad personal subsidiaria, como sanción privativa de libertad que reemplaza a la multa, es un caso de la indeterminación relativa apuntada—que, con el de la caución, son los únicos que se vislumbran en el Código—, teniendo en cuenta que el artículo 91 no habla más que del límite que a los Tribunales no les está permitido rebasar.

El arbitrio, por consiguiente, de que goza el juzgador en esta materia es más dilatado de lo que cabe presumir. Abraza los dos momentos culminantes de una pena: su imposición y su ejecución. Y tan perfectamente está reglamentado que es raro descubrir en los restantes artículos del Código un indicio, siquiera, de alteración. Es verdad, no obstante, que el artículo 266 del «texto refundido», atinente al castigo que corresponde a los padres, tutores o guardadores de los menores de dieciséis años que hayan perpetrado algún delito de tenencia ilícita de armas o depósito de armas o municiones y de terrorismo y tenencia de explosivos, prescribe una multa de mil a cinco mil pesetas, «que los Tribunales aplicarán según su prudente arbitrio», de cuya advertencia pudiera inducirse una potestad especial en el juzgador. Pero, a poco que se medite, se verá que es una secuela ilusoria y engañosa y que lo más correcto hubiera sido que el legislador hubiese soslayado la indicación, pues, sin necesidad de destacarla tan explícitamente, el arbitrio surgiría, de todas formas, del artículo 63 y de sus complementarios 90 y 91, que se han analizado y son rituales. Sólo una restricción, o modificación de estos preceptos, justificaría cualquier mención expresa.

El arbitrio judicial en cuanto a la pena de multa, según se ha glosado, tuvo su cabal e inmediato antecedente, aunque con menos detalle, en los artículos 69, 93 y 94 del Código de 1932. El nuevo giro de la cuestión es interesante por mostrarse en un cuerpo legal de significación clásica, en que la pena está conectada al delito con descuido del delincuente (25). De aquí que el Código de 1870, más aferrado a aquella dirección, pormenorizase en su artículo 50 la manera de llevarse a cabo el sustitutivo de las responsabilidades pecuniarias, con menguadas atribuciones para el juzgador. El estado actual del asunto evidencia, como anticipó la doctrina, que son fácilmente conciliables, en la realidad legislativa,

(59) CARRARA, *ob. cit.*, tomo I, 8582 y sigs., págs. 405 y sigs., PESSINA, *ob. cit.*, pág. 593.

la concepción clásica del Derecho penal y el criterio de la individualización del castigo. Todo estriba en no adecuar la pena exclusivamente al daño originado, sino suministrar el margen debido para proporcionarla también al elemento psíquico de la culpabilidad. Y en el Código vigente no es desdeñable esta preocupación, aunque pueda alegarse que, a veces, peca de cauteloso.

Por la propiedad económica que acusa la caución, y por estar catalogada entre las penas comunes, como la multa (art. 27), creemos oportuno un ligero examen de la misma en este sitio. El arbitrio del juzgador, respecto de aquélla, trasciende a la duración de la fianza (art. 44) y a la de la propia sanción (párrafo final del artículo 30). Como no hace mucho exponíamos, es la caución el segundo de los supuestos en que el legislador opta por la individualización relativa con fijación única de tope máximo infranqueable, cifrado en seis años. Con esta especificación del Código en vigor, se ha mermado el arbitrio de los anteriores—casi imperceptible para otras graduaciones penales—, pues en ellos la caución se plegaba *inicialmente* a las cualidades de la indeterminación absoluta, al no establecer su comienzo y término, que quedaban sometidos al juicio de los Tribunales, según los párrafos últimos de los artículos 29 y 30 de los Códigos de 1870 y 1932, si bien se les coartaba después en condiciones parejas a las de ahora, ya que, frente a las eventualidades previstas en los párrafos terceros de los artículos 44 y 43, tenían que apelar, como solución, al destierro.

Prácticamente, sin embargo, este arbitrio singular carece de importancia, porque la caución sólo la registra el Código—y, además, con carácter facultativo—en el delito de amenazas (art. 495), que remite al juzgador a la pena de destierro, en defecto de aquélla. La medida discrecional de este precepto no es susceptible, naturalmente, de casación, pero prospera el recurso si se condena a destierro sin haberlo hecho antes a prestar caución (SS. 28 marzo y 6 junio 1917).

Arbitrio especial.—Ceñido su concepto, según se anticipó, a hipótesis concretas, su rasgo saliente es el casuismo y la meticulosidad, que en alguna ocasión degeneran en complicaciones dignas de un estudio de mayor alcance, fuera del propósito implícito en las reflexiones actuales. Son diversos, como es obvio, los matices que ofrece a lo largo del articulado del Código.

a) *Excepciones a las normas generales.*—Con expresión decisiva, se contienen en los artículos 565 y 601, los cuales disponen, respectivamente, que en la imprudencia punible y en las faltas al juzgador no estará subordinado a los mandatos de los artículos 61 y 49 a 66. La movilidad, pues, de que disfruta es de gran relevancia; y como su arbitrio, sin el entorpecimiento que implica el mecanismo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no tiene más freno que el de mantenerse dentro del marco del castigo, resulta que responde con fidelidad a lo que real-

mente debe ser la indeterminación relativa, de acuerdo con su exacta concepción.

b) *Clase de pena.*—La modalidad del arbitrio en cuanto a la cualidad de la sanción, de suma eficiencia, porque consiente adecuar el castigo con más escrupulosidad al delincuente, es muy esporádica en el Código actual, a semejanza de lo que sucedía en los anteriores, según se apuntó. De aquí que se incluya como de naturaleza específica, aunque su noción, doctrinalmente, habría que encuadrarla en el arbitrio general. En nuestro ordenamiento legal se manifiesta bajo un doble aspecto:

1. *Con signo sustitutivo.*—Se infiere del artículo 65 destinado a precisar la pena que corresponde al menor de dieciocho años. Independientemente de poder disminuir la que acompaña al delito en uno o dos grados se autoriza al juzgador para suplir la que pudiera obtenerse no por otra, ciertamente, sino por la medida de internamiento en Institución especial de reforma, con absoluta ilimitación de tiempo, pues lo que se busca entonces es la corrección del responsable. La novedad, que Ferrer Sama ensalza, sin reservas, al porvenir del moderno tratamiento de los jóvenes delincuentes (60), es un trasplante al Código de funciones similares a las del Tribunal Tutelar, por lo que el juzgador de la jurisdicción ordinaria, para extirpar incipientes proclividades delictivas, debe percatarse de esta misión y soslayar, cuando así proceda, la imposición de penalidades inocuas.

También se atisba una sustitución en el artículo 85, consagrado a las faltas, al tolerarse que el condenado cumpla el arresto menor en su propio domicilio, cuando la sentencia no recaiga sobre hurto, defraudación o infracción de origen deshonroso.

Y aunque ya estudiadas, corresponde igualmente agrupar en este apartado la remisión condicional y la redención de penas por el trabajo, así como la libertad condicional.

2. *Sistema de penas alternativas.*—En cuatro preceptos del libro segundo del Código se descubre la facultad del Tribunal para elegir aquella sanción que reputa más conveniente, entre las dos o más que se señalan al delito.

En el párrafo final del número 1.º del artículo 174, conforme al que, en los eventos que cita referentes a Asociaciones ilegales, puede escoger la de arresto mayor o las de destierro y multa de mil a cinco mil pesetas.

En el penúltimo párrafo del artículo 394, reflejo del criterio mantenido para las malversaciones de cuantía indefinida por el Código de 1928 en sus artículos 480 y 485. Según la interpretación jurisprudencial que se imprimió al Código de 1870, no existía mal-

(60) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, tomo II, pág. 271. Nuestro compañero FERNANDO ALAMILLO CANNILLAS, pocos meses después de la promulgación del Código, hizo una exégesis de la innovación, aportando estimables antecedentes, en un notable trabajo, *Derecho penal juvenil*, publicado en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, julio 1945, pág. 10.

versación mientras no constase indubitavelmente determinada la cantidad desaparecida (SS., por ejemplo, de 6 junio 1881 y 21 diciembre 1882); y en varias ocasiones—pues en otras se optó por la solución opuesta—preponderó también la misma tesis, si al procedimiento criminal no había precedido el examen y aprobación de las cuentas por las autoridades administrativas (R. D. C. 11 junio 1901, 6 agosto 1905 y 5 enero 1922). Para desvanecer el confusio-nismo y evitar la impunidad de hechos tan graves y frecuentes, se insertaron en los indicados cuerpos legales las disposiciones anotadas. Y, con el designio de precaver sanciones exorbitantes o deficientes, que no guardarán paridad con el daño causado, decretó el Código de 1928, y reiteró el «texto refundido», que no estándó comprobada la suma sustraída de caudales públicos, el Tribunal aplicará la pena que considere oportuna de las que legalmente se consignan. Y abarcando éstas, según el artículo 394 del Código vigente, desde el arresto mayor a la reclusión menor, pasando por los presidios menor y mayor, la selección de aquella que haya de asignarse, y su extensión, conduce a un arbitrio judicial de innegable alcance.

En el artículo 422, que reprime las lesiones menos graves. Los Tribunales, para su punición, pueden decidirse por el arresto mayor o por el destierro y multa de mil a cinco mil pesetas, pero en la práctica aceptan, corrientemente, el primero de los castigos, por lo que cabe afirmar que es un arbitrio poco empleado.

Y en el artículo 459—injurias graves hechas por escrito y con publicidad—también se brinda al juzgador la disyuntiva entre el arresto mayor y el destierro.

El libro tercero del Código, regulador de las faltas, es, en cambio, menos restrictivo en penas alternativas. Y así, en los artículos 573 y 578—contra los intereses generales y régimen de las poblaciones—, 584 y 585—contra las personas—y 595 y 597—contra la propiedad—, facilita al juzgador la posibilidad de infligir el arresto menor o una multa, a cuyas sanciones agrega, además, el artículo 584 la de reprensión privada.

c) *Aditamentos complementarios a penas de ciertos delitos.*—Este enunciado se escinde en dos fases: 1, adición de penas propiamente dichas, o sea, englobadas en el artículo 27, y 2, acuerdos tomados en la sentencia sin el valor de sanciones penales, puesto que no figuran relacionados en aquel precepto.

1. Sin más guía que la de ponderar las circunstancias del hecho y del culpable, puede el juzgador imponer, a su arbitrio, las siguientes penas, aparte de las que imperativamente se declaran para cada infracción: multa e inhabilitación absoluta o especial en los delitos contra el Jefe del Estado (art. 148); comiso de la imprenta, no siendo clandestina, cuando, por medio de ella, se perpetren los delitos que acaban de citarse, así como los pertenecientes a la seguridad exterior del Estado, a las Cortes, al Consejo de Ministros, a la forma de Gobierno, al ejercicio de los derechos de la persona re-

conocidos en la ley y a la Religión Católica (art. 213); multa de cinco a cincuenta mil pesetas en algunas modalidades del delito de sedición (art. 223); inhabilitación absoluta o especial, independientemente de la facultad para elevar las multas hasta quinientas mil pesetas, en las propagandas ilegales (art. 252), y la caución o, en su defecto, el destierro, en las amenazas (art. 495).

2. Potestativamente también, pueden los Tribunales adoptar, en sus sentencias, determinaciones que, según se ha anunciado, no se enumeran como penas en el artículo 27.

La primera constituye más bien una medida de seguridad, y con esta significación la invocaba el Código de 1928 en su artículo 106 y la establece, con expresión concisa, el número 6.º del art. 4.º de la Ley de Vagos y Maleantes. Es la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que cometió el delito, o en que resida la víctima o su familia, cuando se condenen a las fracciones contra las personas y su honor, libertad y seguridad y propiedad, y aconsejen el acuerdo la gravedad de los hechos y la peligrosidad del agente (art. 67). Denota el precepto un ejemplo de indeterminación absoluta, puesto que el tiempo que ha de durar la prohibición apuntada se reserva exclusivamente al Tribunal, que, en su virtud, no está sujeto a cálculos concretados de antemano.

Para Ferrer Sama, tiene analogías con el destierro, aunque resalte las diferencias que obstaculizan una identificación perfecta (61). La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1945 (62) dice que, a pesar de que no se la denomine así por el Código, esta prescripción del artículo 67 envuelve *realmente* una pena de destierro. En igual sentido se produce Antón Oneca (63). Y no es absurda la equiparación de ambos conceptos, si el razonamiento se enlaza con el número 4.º del artículo 112, donde se ordena que el indultado, no obstante la gracia, tiene que abstenerse, como el desterrado, de entrar en algunos lugares.

En abierta discrepancia, Quintano Ripollés entiende que la proscripción del artículo 67 es una medida de seguridad, aunque se parezca al destierro—añade—«como una gota de agua a otra»; y opina, por ello, que su incumplimiento no acarrea un quebrantamiento de condena, sino un delito de desobediencia (64). Ferrer Sama sugiere también este problema y, si bien no le pasa inadvertido el artículo 8.º de la Ley de Vagos y Maleantes, que conmina con arresto mayor al infractor de la prohibición de vivir en un sitio o territorio, concluye afirmando—y nosotros compartimos su juicio—que el reo que vulnere la decisión del juzgador sobre el artículo 67, incide en quebrantamiento de condena, «sin que a ello se oponga la naturaleza asegurativa de esta medida, pues ha de tenerse en cuenta que

(61) FERRER SAMA, *ob. cit.*, tomo II, pág. 275.

(62) *Memoria* del mismo año, pág. 133.

(63) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. y tomo cit.*, pág. 563.

(64) QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. y tomo cit.*, pág. 387.

tal delito no es sólo de quebrantamiento de *pena*, sino de *condena*—subrayamos—y un extremo de la condena es esta prohibición» (65).

La segunda de las determinaciones dichas al comienzo de este epígrafe es de índole civil y se circunscribe a la privación de los derechos de patria potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el responsable de delito de abandono de familia (párrafo final del art. 487).

d) *Rebaja de pena*.—Arrancando de la que legalmente es inseparable del delito, y siempre que acaezcan los hechos que se describen, está obligado el Tribunal a descender la sanción, pero dejando a su arbitrio si ha de ser en uno o dos grados, en la rebelión y sedición (arts. 224 y 226); y esa disminución es potestativa, mas no olvidando, al pronunciarse acerca de ella, tanto las condiciones del delincuente como su conducta delictuosa, en los atentados (art. 235), propagandas legales (art. 253), tenencia ilícita de armas (art. 256) y falsedades (art. 318).

e) *Elevación de pena*.—En cuatro infracciones, dependientes de un arbitrio especial, el Código establece castigos superiores a los que comúnmente señala: a voluntad del juzgador, en el robo (art. 511), y, de un modo preceptivo, pero sometiendo a la discreción de aquél su extensión, en el hurto (art. 516), en la estafa (art. 530) y, por ser «especie semejante» a ésta, según la sentencia de 28 de junio de 1945, en la apropiación indebida.

Como ya se anticipó, el arbitrio conferido en esos preceptos promueve cuestiones sugestivas, más claras y dignas de reflexión en los artículos 516 y 530 que en el artículo 511. Importado de la ley de 11 de octubre de 1943 y reuniendo la característica de una condición objetiva de punibilidad, como observa acertadamente Adolfo de Miguel (66), el último de estos preceptos patentiza, en efecto, una ambigüedad para las pretensiones de nuestro trabajo. Entre otros extremos que comprende, habla de los «antecedentes de los delinquentes» para que el Tribunal pueda subir en un grado las penas designadas en el capítulo dedicado a los robos. Sin dilucidar esos antecedentes, cabe pensar que es aventurado incluir en la frase entrecomillada aquellos que tienen una valoración penal. Como la interpretación de las disposiciones de esta naturaleza ha de hacerse en el estricto sentido gramatical (SS. 29 febrero 1942 y 18 junio 1945) y huyendo de impropiedades (S. 20 abril 1911), se dirá que el silencio del legislador impide ensanchar la órbita de sus propósitos, pues de haber querido abarcar en la expresión que se comenta, además de los antecedentes policiales y de conducta, por ejemplo, los típicamente penales, lo lógico es que se hubiera manifestado en esos términos. En su virtud—se seguirá discurriendo—, si el autor del robo en quien se dan los pormenores del artículo 511 ha sido ya condenado por otros delitos, estos antecedentes no podrán evaluarse a los efectos del arbitrio que aquel precepto en-

(65) FERRER SAMA, *ob y tomo cit.*, págs. 276 y 277.

(66) DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Derecho penal*, Reus, Madrid, 1949, pág. 247.

cierra: repercutirán, simplemente, en el hecho que se enjuicie como circunstancias agravantes—reiteración y reincidencia—y con la eficacia que se desprende de las reglas segunda y sexta del artículo 61 del Código. No participamos, sin embargo, del criterio bosquejado, por creer que el juzgador, frente al artículo 511, ha de considerar todos los antecedentes del culpable, cualquiera que sea su clase, sin sumisión a esas reglas (67), y de ahí, que las argumentaciones que a continuación se hilvanan, en conexión con los artículos 516 y 530, son correctamente aplicables al caso que contempla el artículo 511.

Los artículos 516 y 530 elevan la pena en un grado en los hurtos y estafas, cuando les cualifican las circunstancias a que aquéllos se contraen; y sus párrafos últimos autorizan a los Tribunales, como novedad, para imponer las sanciones que resulten en la medida que estimen conveniente, aunque concurren otras agravantes.

Este arbitrio envuelve una excepción a la norma general contenida en la regla segunda del artículo 61, que decreta el grado máximo del castigo, terciando alguna circunstancia agravante. Como consecuencia, en cambio, de la facultad discrecional del artículo 516, el juzgador, sin sujetarse a ese principio del artículo 61, puede asignar la pena en su grado mínimo, no obstante la presencia de circunstancias de agravación, sea cualquiera su número y entidad. El Tribunal, por la movilidad que se le dispensa, se encuentra en idéntica situación que la descrita en la regla cuarta del artículo 61, donde encajan las hipótesis de ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes. De aquí, que el arbitrio de los artículos 516 y 530 sea acaso, en cuanto al fondo, a nada que se medite, de los de más importancia que el Código otorga.

El límite que señala el legislador en los párrafos finales de esos artículos 516 y 530 es la tasa máxima de la sanción obtenida. Remontada en un grado la pena del hurto, estafa o apropiación indebida perpetrados, cuando sea viable la aplicación de dichos preceptos, el juzgador podrá recorrerla íntegramente, porque, como acaba de indicarse, ningún otro motivo legal lo dificulta; pero no le es permitido exceder el tope de tiempo que comprende, y ello, desde luego, a pesar de que también concurren otras circunstancias agravantes, cualquiera que sea su mayor o menor relieve. Viene a suponer igualmente esta restricción una salvedad a otra norma de observancia general, como es la regla sexta del artículo 61, por la cual imperativamente se inflige la sanción superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, cuando surja la agravante décimoquinta del artículo 10—conservando, pues, su rango genérico, aunque con nuevo giro punible—,

(67) Este artículo—dice PUG PEÑA—aumenta el arbitrio del juzgador «... y le autoriza a agravar las sanciones fuera de la mecánica normal de las circunstancias». *Derecho penal*, ed. Licití, Barcelona, 1950, tomo II, pág. 436.

siendo así que las demás circunstancias de esta categoría están privadas de tal fuerza:

Según se infiere de lo que precede, los artículos 516 y 530 significan una cortapisa a ciertos principios del libro primero del Código, proyectados a regular la mecánica para el manejo de las penas. Y es sabido que las excepciones, en este y otro aspecto, que los libros segundo y tercero muestran, proscriben el uso de lo que es patrón conforme al libro primero. Las instrucciones generales y corrientes están, por tanto, vinculadas a las variantes que tajantemente se consignan después.

Ahora bien: el problema planteado no se agota con las disquisiciones apuntadas, dada la singular estructura del artículo 516, más casuístico que el artículo 530. Los tipos especiales o cualificados de aquél «son el resultado de una supervaloración penal que hace el legislador de determinadas circunstancias» (68). Las tres enunciadas en el artículo 516 afectan: la primera, al lugar en que se verifica la sustracción o a las cosas tomadas; la segunda, a la relación que une al autor con el perjudicado, y la tercera, a los antecedentes del culpable. Su matiz objetivo o subjetivo no engendra ninguna prelación en orden a sus repercusiones y trascendencia en la responsabilidad. Tienen, escuetamente, como meta ulterior, elevar en un grado la pena impuesta por el artículo 516 a la infracción que se cometa. Son circunstancias embebidas en el delito que la ley menciona al definirle y castigarle, según el artículo 59, sin virtualidad, por tanto, para aumentar la sanción.

En armonía con lo que termina de afirmarse, si la realización de un hurto está cualificada conjuntamente por el abuso de confianza y por la doble o múltiple reincidencia, una de las circunstancias servirá para tipificar el delito y la otra para ser catalogada como genérica (SS. 6 mayo y 19 agosto 1878), a semejanza, por ejemplo, con lo que ocurre en el asesinato cuando esté perfilado por más de una de las agravantes que le caracterizan (SS. 6 mayo 1884 y 20 junio 1892). El artículo 59 no se opone a la adopción de esa postura, según la interpretación de la doctrina jurisprudencial que aducimos.

Si, de acuerdo con esta aclaración, es el abuso de confianza lo que infunde gravedad al hurto castigado en el artículo 516 (69), la doble reincidencia dejará de ser entonces circunstancia cualificativa para transformarse en una agravante común. Y no es factible, en tal evento, que entre en juego la regla sexta del artículo 61, que exigiría la ascensión en uno o dos grados del castigo que dimana del artículo 516, porque esa severidad es incompati-

(68) PUIG PEÑA, *ob. y tomo cit.*, pág. 430.

(69) Cometiéndose el delito por un doméstico que, además, era reincidente—dicen las sentencias de 13 de junio y 17 de julio de 1873—, la primera circunstancia debe tomarse como cualificativa y la segunda como agravante genérica.

ble, y está contrarrestada por el párrafo último de este precepto, que, según se anotó, la hace inoperante, como, respecto de la estufa y de la apropiación indebida, sucede igualmente con el artículo 530, de trazos similares, aunque más reducidos.

Esto partiendo, claro es, de la base de que el abuso de confianza sea la circunstancia que tipifique al hurto, pues si se opta para ello por la reincidencia, con el fin de que la genérica sea aquella (70), la cuestión ya no se presenta con las complicaciones de la regla sexta del artículo 61, que así quedan soslayadas. La preferencia no es caprichosa y resulta admisible, jurídica y jurisprudencialmente. Si la noción legal del asesinato no sufre quebranto porque en presencia, por ejemplo, de la alevosía y de la premeditación, se escogiera la segunda circunstancia y no la primera para configurarle, menos se desnaturalizará, con la alteración insinuada, la prescripción del artículo 516, ya que su designio no es la creación de unos tipos penales autónomos y peculiares, sino que, simplemente, se constriñe a señalar, ante unas agravantes concretas, un castigo superior al que se ha marcado para una infracción penal normal, de contornos inconfundibles, como es el hurto.

El único estorbo legal que frustraría esa elección es el artículo 68—inequívoco caso de concurso de normas jurídicas (71)—, que suministra una orientación para resolver las incertidumbres que se despiertan cuando los hechos sean susceptibles de calificarse con arreglo a dos o más preceptos. A simple vista, pudiera objetarse, apoyándose en el valor interpretativo expuesto, que ese artículo 68 obligaría, precisamente, a admitir como circunstancia cualificativa del hurto el abuso de confianza y reputar como genérica la doble o múltiple reincidencia, puesto que de tal modo la sanción aplicable sería mayor por exigencia de la regla sexta del artículo 61. Se incurriría así, no obstante, en una especie de círculo vicioso, porque en seguida se interpondría, con imposibilidad de salvarla, la barrera, en ese sentido, del párrafo final del artículo 516. La reincidencia, sin más alcance entonces que la de una sencilla circunstancia de agravación, sería indiferente a los efectos de la repetida regla sexta del artículo 61, por carecer ésta de eficacia para superar la pena del artículo 516. Según esto, el párrafo último de este artículo supone también una excepción a otro principio general, cual es el encuadrado en el artículo 68.

Y es que cualquiera que sea la faceta que se examine del asunto suscitado, siempre se desembocará, truncando cuantas soluciones se esgriman contra lo que él estatuye, en el párrafo final del artículo 516, que arrastra, indiscutiblemente, una desigualdad fren-

(70) Rectificando el criterio de que se ha hecho mérito, el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 21 de febrero de 1947 que, mediando más de una circunstancia en el art. 516, será siempre cualificativa la plurirreincidencia.

(71) DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 83; y ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 463.

te a las hipótesis en que, libre de los escollos despuntados, es impecable la viabilidad de la regla sexta del artículo 61. En la realidad jurídica, es absurdo, efectivamente, que la doble o multirreincidencia genérica, motive el aumento de pena en dos grados, conforme a la regla sexta del artículo 61, y, como específica, en cambio, lo circunscriba a uno solo—cuando sería más atinada la severidad—, según se colige de los artículos 516 y 530 del Código. Dejando aparte el párrafo último de estas disposiciones, el inconveniente, que hay que tildar de paradójico, se hubiese orillado suprimiendo en el «texto refundido» de 1944 el número 3.º del artículo 516 y el artículo 530, que entrañan una redundancia (72), pues aunque se hubieran omitido, el castigo, en los casos a que se contraen, sería elevado de todas formas por mandato de la regla sexta del artículo 61, como acontece en cualquier otro delito, cuyo autor, atendiendo a las condenas anteriores, sea dos o más veces reincidente. Lo que se ha destacado es una imprevisión del legislador que a él, y sólo a él, incumbe subsanar y corregir. Los Tribunales, sin más remedio, tienen que respetar y acatar esa extraña situación jurídica (73), procurando, sin embargo, cuando las particularidades de la acción punible lo aconsejen, suavizar su falta de equidad y recurrir, si la habitualidad criminal del delincuente es presumible, a los artículos 3.º, apartado 1.º, y 7.º de la ley de Vagos y Maleantes.

f) *Leyes especiales*.—El auge del arbitrio judicial en nuestro Derecho penal se revela, más que en el Código, en las leyes publicadas con posterioridad al mismo, dictadas por apremios de la defensa social y ante la urgencia de una reforma o de la punición de hechos que escapan a su articulado. Es raro no encontrar en aquéllas preceptos consagrados a subrayar la atención que merece al legislador el uso, por los Tribunales, de esa facultad discrecional.

Aunque nada digan acerca de este extremo, el arbitrio general del Código alcanzará, desde luego, a las leyes especiales que, con arreglo a la clasificación de Jiménez Asenjo, habría que inscribir en el grupo de las complementarias (74), pues no obstante lo que aquél dispone en el artículo 7.º, su soberanía se refiere a los tipos que crean y a los castigos con que las reprimen, pero para lo demás que en ellas no esté previsto rige, como supletorio, dicho cuerpo legal (75). Según esto, ya sería un triunfo poder incrustar en el anquilosamiento penal de las leyes anteriores a 1944 el arbitrio concedido al juzgador por el «texto refundido», que permite do-

(72) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, ed. 1949, II, página 790.—QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, tomo II, págs. 422 y 456.—Y ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo II, pág. 353.

(73) V. la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1948, *Memoria de igual año*, pág. 188.

(74) JIMÉNEZ ASEÑO, *Manual de Derecho penal especial*, ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, pág. 11.

(75) CUELLO CALÓN, *La ley penal del automóvil*, Bosch, Barcelona, 1950, página 22.—DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 277.—Y FERRER SAMA, *ob. cit.*, tomo I, pág. 96.

tarlas de la flexibilidad de que carecían, aunque alguna la mostrase desde su promulgación. La ley de Caza, en efecto, relegó a los Tribunales la determinación de la pena que asigna a los delitos de los artículos 50 y 52, mediante las expresiones «según las circunstancias del caso», o las «del hecho y la importancia de la infracción» (SS. 27 abril 1904 y 27 octubre 1916), mas por cohesionar su espíritu con el clásico del Código de 1870, obsesionado con la objetividad del resultado delictuoso, desechó el elemento básico del arbitrio, que es el delincuente. Pero, en tal terreno, la progresión es de mayor magnitud en las elaboradas recientemente, como corroboran el párrafo último del artículo 2.º de la Ley de 27 de abril de 1946, sobre cobro de primas por arrendamientos de pisos, y los párrafos segundo y tercero del artículo 1.º de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre entrada clandestina en territorio nacional.

Por su redacción, cristaliza en ellos un arbitrio de naturaleza específica al prescribir que únicamente la reincidencia compele al juzgador a imponer el grado máximo de la pena señalada al delito. Es decir, que de todas las agravantes, sólo la décimocuarta del artículo 10 del citado Código le obliga a no descender del grado más alto del castigo. Las otras circunstancias servirán, por supuesto, para calcular la sanción, a voluntad del Tribunal, pero sin someterse a la pertinencia de las normas del artículo 61 del Código, que en este caso quedan por ello mermadas. Si la exégesis se tachaba de gratuita y caprichosa, no se explicaría cuál habría sido la intención del legislador al recoger una salvedad tan estéril, porque, aunque la hubiese silenciado, al reincidente siempre le correspondería el grado máximo de la pena, conforme a la regla segunda del artículo 61.

Conclusión pareja, pero sin excluir de la discreción del juzgador al delincuente contumaz, lleva implícita el artículo 546 bis e) de la Ley de 9 de mayo de 1950, que, respondiendo a criterios doctrinales (76), ha regulado el encubrimiento con plena autonomía jurídica, cercenándole de la participación criminal. Una razón de equidad justifica este arbitrio: excluir un censurable exceso, que, a base de penas flexibles e idóneas para la individualización, se garantiza con el paralelismo que deben guardar la del encubridor y la del delito encubierto (77). Si el legislador, en ese precepto, no hubiese deseado que el Tribunal matizase el castigo, ajeno a los influjos de las pautas comunes, como nosotros—no sabemos si con error—opinamos, lo lógico también es que hubiera eliminado la advertencia del artículo 546 bis e), máxime teniendo en cuenta que la ley se incorporaba—y aun no siendo así—al texto del Código, cuyas instrucciones generales, en orden del arbitrio, la dominaban. Y esta ley todavía prodiga el arbitrio en el artículo 546 bis d),

(76) V. La notable monografía de MOSQUETE MARTÍN, *El delito de encubrimiento*, Bosch, Barcelona.

(77) *Delito de encubrimiento*, en *Obras de Diego María Crehuet*, Madrid, 1950, pág. 167.

dados los términos permisivos de adicionar a las penas del encubrimiento la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento, si a juicio del juzgador—cuya facultad, pero ésta recurrible ante el Tribunal Supremo por aludir a materia sustantiva—los hechos fueran de gravedad notoria.

En la otra ley especial, finalmente—la penal del automóvil—, de igual fecha 9 de mayo de 1950, si bien contiene la potestad de aumentar o bajar en un grado la sanción establecida para la alteración o desaparición de señales destinadas a la orientación o seguridad de la circulación (art. 6.º), la novedad más sobresaliente, por lo que concierne al arbitrio del juzgador, se transparenta en la especie del castigo, autorizándole a elegir, con la aspiración de que la adapte mejor al delincuente, entre el arresto mayor y la prisión menor o la multa (arts. 1.º a 4.º y 7.º a 9.º).

En resumen: atendiendo tanto al aspecto cuantitativo como al cualitativo de la pena, el arbitrio judicial, en la moderna legislación especial, es más elástico que el que se diseña en el Código y más apto, en su virtud, para conseguir la proporcionalidad de la sanción a la responsabilidad del culpable.

Sintetizándolos, en ocasiones, y explicándolos con alguna prolijidad, en otras, según requiera su estudio, estos son los trazos principales del arbitrio judicial en el Código penal vigente. A pesar de haberse dado un impulso nada desdeñable a la determinación de la pena por el juzgador, sobre todo si se recuerdan las fórmulas ya extinguidas, el *avance*, no obstante, ha sido objeto de reproches, muy halagadores para los que estamos adscritos a la administración de justicia. Y así, Ferrer Sama, después de ensalzar, por lo ingeniosa, la obra del legislador, puesto que ha sabido aquilatar y disminuir la medida de la pena, reduciendo la función del juez a una mera operación matemática, sin más arbitrio que aquel que era imposible descartar, manifiesta a continuación «que en ello precisamente radica el defecto fundamental del sistema, que resulta opuesto al moderno principio de individualización de la pena y atentatorio, incluso, a la dignidad del Poder Judicial» (78).

Adhiriéndonos a las apreciaciones de este comentarista, pues personalmente somos partidarios acérrimos del arbitrio judicial, no creemos, sin embargo, que la prudencia con que se ha otorgado deje de significar una conquista (79). Si había de respetarse el armazón del vetusto Código, cuando se emprendió la tarea de retocarle y adicionarle las disposiciones penales dispersas, ello no permitía una profunda transformación de su estructura para que resplandeciese, con la perfección apetecible, el arbitrio judicial. La total reforma del Código, tantas veces pregonada, pero no cumplida, constituiría la coyuntura propicia para alcanzar ese soñado ande-

(78) FERRER SAMA, *ob. cit.*, tomo II, pág. 232.

(79) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit., página 98.—Y QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 374.

lo. Entonces, sin la esclavitud a postulados y apótegmata insoslayables, una coordinación legal con el sesgo apuntado no ofrecería reparos. Los inconvenientes, quizás, sobrevendrían durante el período de brusca transición de un régimen jurídico de reservas y prevenciones legales a otro de más anchos horizontes, en el que la conciencia del juzgador no estaría tan domeñada por la frialdad y la rigidez de unos preceptos. Para obviar esa contingencia algo se ha adelantado con el comedido arbitrio que campea en el Código, a través del cual se facilitan al juzgador variadas oportunidades para predisponer favorablemente su espíritu hacia un ambiente —hoy simplemente entrevisto— de prometedoras compensaciones. Y esta cavilación nos coloca en la tesitura, si no desertamos de nuestro cometido, de tener que enfocar un problema bastante espinoso para un funcionario fiscal en servicio activo.

IV. *El arbitrio judicial en la realidad.*

En presencia de un panorama legal que trunca la situación creada al cobijo del anterior derecho, siempre asalta la duda de si las pretensiones que han dado lugar al nacimiento de las nuevas perspectivas jurídicas serán rectamente interpretadas y sentidas por el juzgador, cuyo ánimo, en los primeros instantes, está sojuzgado por la doctrina del período fenecido. Las renovaciones legales han arrastrado estas o parecidas secuelas. Y de aquí que en los albores de una de esas etapas predominen la desorientación y las vacilaciones, más hondas y prolongadas cuanto mayor significación innovadora acompañe a la reforma.

Tal vez haya sido con relación al arbitrio judicial donde la desconfianza se ha manifestado más acusadamente. Prueba de ello es que percatándose de los escrúpulos que pugnaban por contrarrestar su implantación, se viese precisado a decir el legislador, en el preámbulo del Código de 1928, que del ejercicio del arbitrio había que esperar satisfactorio resultado, «dadas la rectitud, cultura y celo de la Magistratura española...» Y que un jurista de tanto prestigio como don Diego María Crehuet, que integró la Comisión encargada de la revisión del proyecto de aquel cuerpo legal, condensase en las palabras que se transcriben, después de combatir los inquietantes recelos, su firme convicción de que la facultad discrecional que se otorgaba no había de frustrarse: «La Magistratura española, que no es reaccionaria ni incomprensiva, y que se nutre de una juventud de la misma cantera que las demás carreras, acogerá el Código nuevo con el respeto que todas cuantas disposiciones aplica, y lo hará con cordialidad, por tener seguramente en cuenta que se ha elevado su ministerio al franquear al arbitrio judicial todo un panorama antes vedado por miedo a la arbitrariedad que se creía agarrada con la tasa de la pena mediante ese montón de escalas que

hace de la función judicial un oficio mecánico, para el que sirve el último aspirante a Oficial de Secretaría» (80).

No puede ocultarse que lo que interesa averiguar es si el arbitrio ha respondido prácticamente a las ilusiones con que se concibió, que en el Código actual, aunque nada se haya alegado, tuvieron que ser las mismas que en 1928. Es más: si el uso del arbitrio durante la efímera vigencia del Código de la Dictadura se hubiese malogrado por incapacidad o ineptitud del juzgador, lo natural hubiera sido que no figurase, como transplantado de aquél, en el «texto refundido» de 1944.

Sin embargo, a los cuatro años de regir el presente Código se han emitido criterios adversos sobre la utilidad reportada por la facultad discrecional de los Tribunales para individualizar las penas. Aparecen resumidos en la *Memoria* de 1949 (págs. 85 y sigs.) y proceden, consiguientemente, de los Fiscales de las Audiencias. El juicio común se polariza en estas gráficas reflexiones de Enrique de Leva Suárez, Fiscal de Avila, consignadas literalmente en dicha *Memoria*: «del extremo de la aritmética penal y de las tablas de logaritmo, inadecuados para ponderar una conducta humana, el péndulo ha pasado al otro extremo, sin detenerse en la vertical». Y algunos colegas, escudándose en que el arbitrio es perturbador para la determinación de la sanción condigna, propugnan la «vuelta al automatismo anterior». Esta creencia, que afortunadamente sólo la comparten pocos funcionarios, es calificada, por quien tiene autoridad para ello, de «solución ingenua, puesto que el toque está no en renunciar a esa facultad que es necesaria para discernir la justicia del caso concreto (que tiene en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del delincuente), sino en procurar que de ella se haga un uso razonable, pugnando porque se consigan los fines inequívocos que el legislador persiguió» (81).

Lo que acaba de exponerse responde a la estimación del problema por una de las *partes* del proceso penal. Si hablara la *contraria*, abrigamos el convencimiento de que, en general, las alabanzas consagradas al empleo que se hace del arbitrio serían también uniformes. Y entonces, ante valoraciones tan contrapuestas, se abriría el abismo de un nuevo dilema, con los arduos inconvenientes de conciliar las opiniones dispares y fundirlas en la moderación y el equilibrio.

No negamos la tendencia del juzgador a producirse en sus sentencias con benignidad, por huir, en múltiples oportunidades, de la dureza que objetivamente singulariza a la sanción de un hecho punible. Sabemos, no obstante, también de casos en que, por disfrutar precisamente de los resortes del arbitrio, se han dictado sentencias con la severidad que requería la actuación del culpable.

(80) *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1927, págs. LXVII y LXVIII.

(81) PLAZA NAVARRO, *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1949, Reus, Madrid, pág. 108.

Y conocemos de cerca, además, las preocupaciones de juzgadores por aquilatar la graduación apropiada del castigo. Pero es indiscutible—repetimos—que la tónica de los Tribunales se caracteriza más bien por la benevolencia (82). La propensión, sin embargo, no puede reputarse de sistemática. Hay algo que, si no lo justifica totalmente, lo explica al menos.

El mundo circundante, que los criminólogos escudriñan para descifrar la etiología del delito, presenta, entre otras, una faceta económica. El juzgador, como hombre que se halla en contacto con los ramalazos de la vida, otea sus repercusiones en la criminalidad. Está persuadido, por ello, de que la delincuencia contra la propiedad—cuyo porcentaje en la estadística es cada vez más elevado—se conecta, en su origen, a factores de la índole apuntada. Y aunque no ignora que en épocas de crisis económica, como la que actualmente invade al mundo, al lado de los delitos de *necesidad* se cometen también los de *bienestar*—dualidad que Exner examina (83)—, está cerciorado que los primeros son los que representan el mayor índice numérico, mientras que los segundos se exteriorizan en cantidad reducida. Un recrudescimiento de las actividades delictuosas debería refrenarse con fallos duros e inexorables. Pero, paradójicamente, no es así. Frente al cúmulo de robos y hurtos, por ejemplo, producto de conductas en las que se atisban causas que se aproximan, aunque no las rocen, a privaciones, estrecheces y apuros momentáneos, el espíritu del juzgador se encoge y fluctúa insensiblemente y sus energías desfallecen, porque no puede sortear el contraste de estos supuestos con otros que son obra del *hombre canalla* de que hablaba Benedikt, esa persona aborrecible—hoy por desdicha muy prodigada—que triunfa y se enriquece con tácticas desaprensivas, al amparo de atmósferas inmóviles, y que astutamente *ingenia* el modo de burlar las mallas del Código penal. Si las inestabilidades se esfumaran y se sanease el ambiente malsano que presiona y asfixia la honradez y la decencia, para que la honestidad de la vida volviera a discurrir por sus cauces naturales, es seguro que la lenidad del juzgador sólo se dibujaría en las sentencias cuando lo demandase una solución equitativa.

No pretendemos paliar lo que, por el contrario, debe resaltarse para que se enmiende y corrija. Tratamos, sencillamente, de poner de relieve alguno de los motivos que disculpa la reacción casi unilateral que se achaca a la utilización del arbitrio por el juzgador, en cuya conciencia, de tanto influjo en sus decisiones, no se puede penetrar sin que asalte la idea de un delicado temor y sin que previamente se le haya mostrado el camino para que la facultad discrecional, en su trámite, sea un acierto. Con esto último damos a entender que no hay que olvidar que el arbitrio, aunque en definitiva

(82) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo I, pág. 72. Y QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 374.

(83) EXNER, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, trad. de J. del Rosal, Bosch, Barcelona, pág. 129. •

se reserve a los Tribunales, tiene que perfilarse, si es pertinente, cuando se sostenga una acusación.

En la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1946, dedicada a dar instrucciones sobre el alcance de algunos artículos del «texto refundido», se ordena a los Fiscales que, para la fiel comprensión del arbitrio, tienen que «valorar con cuidadosa atención aquellas circunstancias del hecho y del culpable que han de servirles para graduar la pena y no han de limitarse a solicitar la imposición de ésta siempre en el grado medio o en el mínimo, sino que la pedirán en uno o en otro grado, y aun en el máximo, según la estimación que hagan de aquellas circunstancias a que alude la ley» (84). Y complementando estas orientaciones se advierte a los Fiscales en la *Memoria* aludida. líneas más arriba, correspondiente al año 1949 (pág. 87), «que al proponer el uso del arbitrio, traducido en la petición de pena, cuiden de valorar a su vez, razonándolo oportunamente en el juicio, el *porqué* de su petición, en relación con la medida de la sanción a imponer, lo que forzará al Tribunal, a su vez, a la meditación y le obligará a razonar su acuerdo en ese punto». A los funcionarios del Ministerio Fiscal, pues, se nos exige la observancia del arbitrio, por lo que, como cooperadores iniciales para delinearle, debemos preguntarnos, antes de discutir la labor de los demás, si hemos calibrado las penas con el acuciante anhelo de que sean las que se transparenten en la sentencia; y si hemos rehuído, en su virtud, rigorismos estériles, sin sugestionarnos el concepto erróneo que comúnmente se tiene de nuestra misión. De lo contrario, sería absurdo que la *sistemática* indulgencia que se atribuye al juzgador guardara paralelismo con la *rubinaria* dureza del acusador, quedando abandonado entre las dos posturas, sin que nadie lo recogiera, el fruto sazonado del verdadero arbitrio. Despreciando rebozos y rubores, y agarrotando el amor propio, todo hay que confesarlo, porque así, con sinceridad y con nobleza, es como pueden enderezarse y rectificarse las desviaciones y extravíos de una institución jurídica de utilidad insospechada.

El desaliento, sin embargo, no debe cundir porque todavía no haya llegado a centrarse el arbitrio en la realidad penal. Independientemente de otros obstáculos que lo impidan de momento, como el ya anotado, no hay que olvidar que la acomodación práctica de las transformaciones legales, lejos de ser rápida, es paulatina. En el orden jurídico-penal hemos vivido legislativamente muy aferrados a los dogmas *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, y el arbitrio judicial, a medida que se extiende, no hace más que minarlos. Durante el imperio absoluto de aquellos principios, era el delito, en sí, lo que reclamaba poderosa y casi exclusivamente la atención. El juzgador, al reprimir las transgresiones penales, se limitaba a estudiar la objetividad del hecho, para enmarcarlo dentro de un precepto del Código, en cuyo contexto se detallaba con me-

(84) *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1945, pág. 134.

ticulosidad el castigo que había de asignarse. Pero cuando las corrientes positivistas y correccionalistas fueron infiltrándose en los cuerpos legales y resquebrajaron la pureza de su hechura clásica, se dilató el ámbito del juzgador porque la personalidad del delincuente, que permanecía en la sombra, adquirió gran relevancia para la determinación de la pena. Y si nuestro vigente Código apunta un sesgo subjetivista, puesto que con los aditamentos introducidos ha captado derivaciones de esas tesis doctrinales, resulta difícil para el juzgador abordar su cometido sin un conocimiento del hombre. El legislador establece los postulados de la defensa social, con los cuales se garantiza la convivencia humana, si alguien la perturba; pero la escueta noción de ellos no es bastante para que se logre una justicia ejemplar. El juzgador, ante los nuevos horizontes que se le ofrecen, además de analizar el hecho, tiene que afanarse por sondear, hasta donde sea factible, el desarrollo psíquico de la personalidad del delincuente y todas las circunstancias que giran en torno de su vida (85).

Según se colige, ambas trayectorias envuelven divergentes puntos de vista, cuyo engranaje acaso requiera alguna lentitud, porque no cabe imaginarle sin un mejoramiento de la formación profesional (86), que satisfactoriamente se va operando y se encuentra en trance de que sea más completa en un cercano porvenir. Al preconizar, hace ya años, un amplio arbitrio de los jueces, con separación previa de las especialidades civil y penal, entendían Jiménez Asúa y Antón Oneca que aquéllos, si habían de ser celosos intérpretes del mismo, tenían que ingresar en una Escuela o Instituto donde el futuro juez recibiera, en un par de cursos al menos, la preparación indispensable para el desempeño de sus complejas funciones, a base del cuadro de materias que especificaban (87). Desde entonces es innegable que se ha elevado el nivel cultural jurídico en nuestras carreras judicial y fiscal. La inquietud por el saber y los desvelos para que el acierto sea lo que caracterice a sus actuaciones, corrientemente dominan y absorben la atención. Y aunque esto, siendo ambiciosos, no remate las aspiraciones, implica, no obstante, lo suficiente para afirmar que la implantación de un arbitrio, por cauto que sea, como el actual, ha de surtir efectos provechosos, a pesar de todos los prejuicios y suspicacias. Pero donde hay que cifrar más seguridades, que desvanecen las dudas que en ese sentido pudieran surgir, es en la Escuela Judicial, «seminario de Jueces y Fiscales», de cuyo seno, expertamente alleccionados, saldrán, o deben salir, juzgadores con la capacitación apro-

(85) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit., páginas 54, 55 y 98.—CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1945, pág. 465.

(86) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1948, tomo I, página 599.

(87) JIMÉNEZ ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Reus, Madrid, 1929, tomo I, pág. 27.

piada para que el arbitrio, cualquiera que sea su amplitud, no rebase los contornos de las decisiones justas.

La clave, pues, del problema consiste en moldear las distintas aptitudes del juzgador con el cuño de una orientación renovadora que permita encajar el rumbo progresivo del Derecho, el cual no hace más que atemperarse al que sigue la sociedad humana. Con la garantía de su experiencia, don Manuel de la Plaza Navarro, ilustre Director de la Escuela Judicial, dice que la formación de la Magistratura reside en dos calidades fundamentales, la condición moral y la cultura jurídica, sólidamente compenetradas para no caer en el error, adoptando una situación unilateral, de «que al dispensador de la justicia le basta con tener buen sentido o, acaso mejor, sentido de lo justo». La fusión de ambos *ingredientes*, como les califica, es imprescindible, pues, según advierte, «la más decidida y firme voluntad de acertar fracasa si la conciencia del juzgador no está iluminada por un conocimiento cabal de las posibilidades que el derecho ofrece para alcanzar el ansiado objetivo»; y «en otro orden de consideraciones—termina razonando—no podemos perder de vista que el realizador de esta augusta misión no es un personaje colocado en un mundo sidéreo, sino un hombre de carne y hueso que se desenvuelve en un medio social determinado y, por ello, participa de sus inquietudes, vibra con sus preocupaciones, tiene las excelencias y flaquezas de sus conciudadanos y vecinos, responde en fin, a un *sentido de lo justo*, que, a pesar de ser un concepto absoluto, ofrece en sus realizaciones matices variadísimos» (88). Si es inexcusable, en su virtud, para el juzgador, el conocimiento del Derecho, en la misma medida, por lo menos, es conveniente que esté penetrado de las diversas manifestaciones que la vida presenta. Con este bagaje tamizará sabia y comprensivamente, a través del incommovible texto de la ley y del cedazo de su conciencia, aquellos supuestos, arrancados de la tangible realidad, que se le someten para su examen y solución. Y así, al discriminar la imputabilidad, el dolor o culpa y las circunstancias internas y externas de una acción punible, para configurar el concepto de la culpabilidad, soporte de una sanción, tiene que evaluar, si ésta ha de ser una ecuánime consecuencia, las cualidades morales y materiales del hombre que delinquirió y el ambiente en que se fué forjando su voluntad, que en un instante de su existencia, a lo largo de toda ella, careció del freno de las almas buenas, porque, a semejanza de cualquier otro acto humano, «el delito es producto de dos factores: del carácter y de la situación; esto es, de la individualidad y del medio» (89). Armonizando los dos aspectos, el juzgador podrá interpretar la ley como verdadero hombre, con el espíritu abierto al bien y al mal; no sentirla fríamente, como si estuvieran adormeci-

(88) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1948, Reus, Madrid, 1949, pág. 48.

(89) RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de Recasens, edición «Revista de Derecho Privado», pág. 134.

dos los resortes de la caridad, del amor, de la comprensión, como si latiese un corazón y actuara un alma de fondo seco, sin posibilidad ninguna de discernir la malicia de la bondad. El juzgador entonces no se dejará arrastrar por el rigor inflexible del precepto, cual ocurre en ocasiones al pedir una pena que resultaría excesiva, ni se subordinará demasiado a los sentimentalismos y compasiones, como sucede también frecuentemente al emitir una sentencia, señalando un castigo que, por lo benévolo, será inoperante para el culpable y la sociedad. Recordando la cita de Radbruch, el juez tiene que llevar grabadas las palabras que Goethe dice de «Mahâdôh, señor de la tierra»: «Tanto si debe castigar como si debe tratar con dulzura, siempre debe mirar a los hombres humanamente» (90). Bastaría esto para que el término ponderado, sin templanzas ni severidades, sobreviniese como secuela obligada y para que el arbitrio judicial, por consiguiente, lograrse el éxito a que se aspira.

Pero es preciso no habituarse a la idea de que ha de llegar un momento en que se encuentre una fórmula tranquilizadora para que el ánimo descanse y repose. Conviene, por el contrario, pensar que esa meta no procede alcanzarla, que el desacierto es lo que acecha, que diariamente, a pesar de que la tarea adolezca de alguna monotonía, hay que renovarse y abordar los hechos y las personas, los delitos y los delincuentes, cual si fueran una novedad. Es necesario, en suma, aunque la afirmación parezca extraña, revelar el criterio punible que se estime justo con la incertidumbre de si lo será, porque no somos omniscientes y porque así, dudando, es como puede mantenerse, perennemente viva, la fe en la justicia.

Mientras vibren en el ánimo, sacudiéndole constantemente, inquietudes de esa naturaleza, mientras creamos que estamos al borde de la equivocación, nos asistirá el estímulo que, profesionalmente, nunca tiene que abandonarnos. Huyendo de la significación peyorativa que alguien pudiera columbrar, si no está identificado con lo que decimos, la esencia de nuestras reflexiones—bien ajena a todo vilipendio—se patentiza diáfananamente en estos versos de León Felipe:

«—No
sabiendo
los oficios
los haremos
con
respeto—
Para enterrar
a los muertos
como debemos
cualquiera sirve, cualquiera...
menos un sepultureiro.»

RÉSUMÉ

En partant de l'affirmation que les corps légaux ne font que refléter les idées dominantes dans le moment de leur conception, l'auteur de ce travail commence par faire une allusion au caractère d'intérimat avec lequel les Codes pénaux espagnols ont été promulgués couramment, ce qui a empêché les principes progressifs de la science de cristalliser en eux avec la coordination appropriée. Et comme quelquefois la signification de leurs préceptes était éloignée de la pensée prédominante dans le champ de la spéculation scientifique on a dû introduire quelques retouches, dans le contexte originnaire de la loi pénale, comme s'a été le cas de l'arbitre judiciaire modéré octroyé au Code actuel, qui continue à montrer une préférence par le fait objectif, en postergant le délinquant, qui cependant est plus digne d'attention pour l'usage de la faculté indiquée.

Après avoir exposé l'idée de l'arbitre judiciaire, l'auteur dirige ses réflexions vers le Droit pénal où celui-ci s'est enraciné le plus, pour distinguer la liberté de critérium, qu'on accorde aux Tribunaux en ce qui concerne l'interprétation et la portée des dispositions, de l'élasticité de jugement, qu'on leur octroyé en ce qui concerne la précision de la peine assignée à un délit, qui est ce qui forme le vrai arbitre judiciaire, dont il examine les contours selon une indétermination absolue et relative.

Après une brève référence historique sur l'arbitre judiciaire, une aux vicissitudes que celui-ci a subi dans les différents Codes pénaux espagnols, l'auteur aborde la régulation de l'arbitre judiciaire par le Code de 1944, qui est celui qui se trouve actuellement en vigueur, comme l'aspect fondamental du problème qu'il étudie. Il analyse et systématise l'articulé en classifiant l'arbitre en général et spécial et en groupant dans chacun d'eux les différentes suppositions légales que le juge puisse considérer, quoique sans intention d'épuiser le sujet.

Il finit son travail par une allusion aux difficultés et aux inconvénients qu'on attribue à l'arbitre judiciaire dans sa réalisation et, en défendant l'importance et l'efficacité avantageuse que celui-ci entraîne, il indique quelques moyens pour éviter les critiques adverses et pour donner à cette institution juridique une amplitude plus grande.

SUMMARY

Basing himself upon the fact that the legal bodies only reflect the ideas which prevailed in the moment of their conception, the author begins his study by making an allusion to the temporary character of the Spanish Penal Codes, what hindered that the progressive principles of science could crystallise in them with the

suitable coordination. And, as some times the meaning of their precepts was very far away from the ideas prevailing in the field of the scientific speculation, it was necessary to introduce some retouches in the original contexture of the Penal law, as it was the case with the moderate judicial free will granted in the standing Code, which continues to show a preference for the objective fact, postponing the delinquent, who nevertheless deserves more attention for the use of that faculty.

After exposing the idea of the judicial free will, the author aims his reflexions to the Criminal Law, where it has the deepest roots, to distinguish the freedom of criterion granted to the Tribunals concerning the interpretation and reach of the dispositions from the elasticity of judgement granted to them concerning the exactness of the penalty assigned to a crime, and which constitutes the real judicial free will, the contours of which he examines according to an absolute or a relative indetermination.

After a short historical reference of the judicial free will linked with the vicissitudes that it has suffered in the different Spanish Penal Codes, the author treats the regulation of the judicial free will by the Code of 1944, which is the standing one at present, as the principal aspect of the problem which he studies. He analyses and systematizes the article by classifying the judicial free will into general and special one and by grouping in each of them the different legal suppositions that the judge may consider, but without idea of exhausting the subject.

He finishes his study by an allusion to the difficulties and the inconveniences attributed to the judicial free will in its fulfilment and, defending the importance and the advantageous efficacy which it implicates, he points out some of the means to avoid the adverse critiques and to give a greater amplitude to this institution.