

en cuenta en toda reforma para lograr así un mejoramiento, siempre tan deseado, de las leyes penales.

Francisco MUÑOZ CONDE

Profesor Adjunto de Derecho penal de Sevilla

COBO, Manuel: «Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español»; Separata de la «Revista de Derecho Judicial», número 41, enero-marzo, 1970, Madrid, 1970; pags. 78 a 106.

Nos hallamos ante la interpretación de una norma de nuestro Código penal, quizá de las más olvidadas, tanto en el campo científico como en el de su aplicación práctica por los Tribunales de Justicia que no parecen haber tomado conciencia todavía, después de casi veintiséis años, de la facultad que les confiere el artículo 65 para *sustituir* la pena impuesta al menor de dieciocho años por una medida de seguridad (internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable), y de los problemas que tal sustitución lleva consigo.

A tal fin, comienza el autor por el estudio de la circunstancia tercera del artículo 9.º del Código penal, deteniéndose especialmente en la cuestión de su naturaleza jurídica, objetiva o subjetiva. Su opinión a este respecto es tan clara como exacta: «No es, simplemente, una circunstancia cuya «naturaleza» sea objetiva y nada más, puesto que si bien es cierto que se comprobará, para su entrada en vigor, o mejor, para su aplicación, un simple dato *objetivo* radicado en la edad, no obstante, su fundamento y esencia, debe verse —como asimismo reconocen los autores que le confieren naturaleza objetiva—, en una dimensión eminentemente subjetiva *implícita*, que, sin duda, comporta. En suma: sería un claro supuesto de redacción legal objetiva, que llevan dentro de sí un contenido subjetivo que, en definitiva, da sentido a tal atenuación aunque expresamente el legislador sólo haya hecho alusión a un mero dato cronológico (edad), y silencie toda referencia a consideraciones y extremos subjetivos, que *siempre* el mismo implica» (pág. 80).

Hace a continuación un examen comparativo entre la fórmula legal vigente y la precedente del *discernimiento*, poniendo luego de manifiesto la posibilidad de que, en determinados casos de estados psicológicos o fisiológicos comparables a la situación volitiva e intelectual del menor de dieciocho años, puedan los Tribunales de Justicia aplicar a los mayores de edad penal esta causa de atenuación, a través de la atenuante por analogía.

Concluye esta primera parte, después de referirse a los inconvenientes que lleva consigo el establecimiento de un límite fijo de edad, diciendo que «si bien es cierto que para la aplicación de la atenuante tercera del artículo 9.º, será suficiente con la simple comprobación de la edad, no se agota con ello la eficacia jurídica de ese extremo fáctico (edad), ni tampoco despliega su total virtualidad, porque la misma sea afirmada» (pág. 84), planteando luego algunas cuestiones que engarzan el tema de la atenuante tratada con el del artículo 65, cuyo estudio comienza a renglón seguido.

Ya dentro de esta segunda parte, analiza el proceso de instauración del artículo 65, tal como actualmente está redactado, y la favorable acogida de la nueva norma por la doctrina científica. Los problemas que plantea su aplicación, sin embargo, surgen de inmediato, teniendo el primero de ellos relación con el *arbitrio judicial* o, si se prefiere, con la *discrecionalidad* que a los Tribunales confiere tal artículo, ya que, si esta facultad se interpreta como pura facultad discrecional, entonces no es susceptible de impugnación a través del recurso de casación pertinente, lo que desemboca en una *inseguridad* jurídica tanto mayor cuanto las expresiones que utiliza la fórmula legal: «internamiento... por tiempo indeterminado», «conseguir la corrección del culpable», y hasta «circunstancias del menor y del hecho», son pasajes que proporcionan un amplísimo margen en el que crece la incerteza, impropia, naturalmente, de las decisivas consecuencias que se derivan de la aplicación de dicho artículo» (pág. 91).

El siguiente problema plantea una cuestión eminentemente práctica cual es la falta de aplicación de tal facultad por parte de los Tribunales de Justicia, incurriéndose aquí en un círculo vicioso —no se aplica por la inexistencia de establecimientos adecuados, y no se realizan tales instituciones debido a la falta de aplicación del precepto mencionado—, únicamente roto por la creación del Instituto Penitenciario para Jóvenes de Liria (Valencia).

Interesante es al tratar de este precepto, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, la clara diferenciación entre los conceptos de *pena* y *medida de seguridad*, cuya confusión podría convertir el internamiento en institución especial de que nos habla el artículo 65, informado en cuanto a la sustitución en el principio de *prevención especial*, en un instrumento represivo, en una verdadera «*causa de agravación*, que, además, quedaría a la discrecionalidad del Tribunal» (pág. 97).

Vuelve nuevamente Cobo al tema apuntado del arbitrio judicial y de los problemas que plantea siendo quizá este uno de los puntos más interesantes de su trabajo, por cuanto presenta una interpretación del precepto en su mayor parte de nuevo cuño, y pone de manifiesto las situaciones extremas que se ocasionarían con la simple aplicación de la medida de seguridad, tal como aparece redactada.

Así, mantiene que no se trata aquí de una pura facultad discrecional, sino de un «arbitrio judicial *reglado*, sujeto y sometido al Derecho y, además, *razonado*» (pág. 99), desde el momento en que el artículo 65 faculta a los Tribunales de Justicia para aplicar, bien la atenuante, o bien la medida de internamiento, pero tal *facultad* alcanza únicamente a la decisión que tomen, y al *tener o no en cuenta*, en cada caso las circunstancias del menor y del hecho. Esto último no es discrecional, sino preceptivo —los Tribunales habrán de tomar tal decisión, sea en un sentido, sea en otro, razonándola a través del estudio de aquellas circunstancias—, lo que lleva como lógica consecuencia la posibilidad de admitir, por la inobservancia de esta norma, el correspondiente recurso de casación por infracción de Ley.

En cuanto a las situaciones extremas a que habíamos hecho referencia, trata el autor del problema que se presentaría si el «culpable» se demostrase *incorregible* después de su internamiento en la institución especial —si con anterioridad «se pronostica su incorregibilidad jamás podría aplicarse la sus-

titución desde el punto y hora que falta su supuesto más importante, cual es la capacidad de corrección del autor» (págs. 100 y sigs.)—, caso en que, ateniéndonos a la letra de la Ley (el menor debería permanecer en esta institución *hasta conseguir su corrección*), llegaríamos a situaciones insostenibles por su injusticia. Pone asimismo de manifiesto un nuevo círculo vicioso «únicamente cuando el delincuente se haya corregido, finalizará su internamiento, y sólo sabremos en realidad que total y plenamente se ha corregido, cuando haya finalizado su tratamiento (internamiento)» (pág. 103).

La solución que Cobo nos ofrece para estos casos es la de operar con una *apariencia objetiva de corrección*, considerando ésta suficiente para que se produzca el efecto de cesación del internamiento.

En suma, si bien admite que la norma estudiada por cuanto significa una nueva mentalidad, pudo significar en su día un paso hacia adelante, «desde otras vertientes no menos importantes... puede suponer cien pasos atrás» (pág. 105), especialmente por cuanto se refiere a la *incerteza* jurídico-penal que su aplicación estricta comporta. Finaliza su trabajo con una llamada de atención sobre lo que esta norma significa, por cuanto abre el camino hacia «un mundo jurídico-penal de contornos específicos, y que constituye, al menos en su dimensión sustantiva —al margen, claro está, de la legislación de menores, que es cosa distinta, ya que aquí se trata de jóvenes—, una zona olvidada, no atendida, con todos los riesgos que encierra el olvido» (pág. 106).

En consecuencia, podemos observar que se trata de un trabajo, no de teoría general, sino de examen de normas muy concretas del Código penal, dirigido especialmente al planteamiento y solución de los problemas que la aplicación práctica de aquellas normas comporta, conteniendo asimismo no pocas críticas y numerosos comentarios que, si son negativos teniendo en cuenta la redacción legal vigente, se podrían convertir en razonamientos positivos de *lege ferenda*.

Luis C. RAMOS RODRÍGUEZ

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Autor y cómplice en Derecho penal», Madrid, 1966, Servicio de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho; 349 págs.

En la obra de la que nos ocupamos, se trata de un intento para interpretar la problemática que plantean los artículos 14 y 16 de nuestro Código penal y de las cuestiones anejas a ellos que se suscitan. Para su estudio la divide su autor en tres partes.

En la primera parte se estudia el contenido del número 1.º del artículo 14, del que tradicionalmente la doctrina dominante española estima que es el que define la autoría en sentido estricto. Por ello, examina en este lugar las doctrinas extranjeras formuladas sobre el concepto de autor en sentido estricto. En primer lugar se ocupa de la teoría objetivo-formal —autor es el que realiza un acto de ejecución, cómplice el que realiza una acción preparatoria o accesoria de otro ejecutiva—, con sus diversas fundamentaciones