

JUAN ANTONIO SARDINA-PÁRAMO (Santiago de Compostela)

LOS DERECHOS DEL SUBNORMAL

Problemas fundamentales del estatuto jurídico del subnormal
en el derecho español

1.—INTRODUCCION

“Y vio Dios todas las cosas que había hecho; y eran muy buenas” (Gen. 1-30).

He considerado que son precisamente las palabras que anteceden las que han de encabezar las reflexiones que siguen. Y ello no sólo en base a una profesión de fe en la obra de la Creación, sino fundamentalmente a una conclusión anticipada de las que han de desprenderse del presente estudio. La configuración jurídica del subnormal en la normativa y jurisprudencia ha de responder a una valoración positiva de la situación del subnormal. Para la lucha contra la subnormalidad ha de destinarse la ciencia médica; el derecho está llamado a protegerle y afirmarle en sus derechos. En sus derechos que no son otros que los llamados derechos humanos, en una de sus más dramáticas facetas, en una de sus incesantes reivindicaciones a las que parecen estar constantemente llamados, reivindicación que no lo es menos por efectuarse en medio de nuestra sociedad actual sin violencias exteriores y en armonía. La antecedente consideración, que hoy se nos ocurre como evidente, ha sido un tema sumamente controvertido en la configuración del sujeto del derecho, y en especial en la configuración del sujeto pasivo del delito, por las diversas escuelas penales.

El multiforme fenómeno de la subnormalidad, perpetua paradoja de las definiciones del hombre, parece lanzado al rostro de cuantos hacen del hombre el centro del Universo, de cuantos exaltan la persona humana por encima de cualquier otra consideración. Es un obstáculo en el camino de las concepciones optimistas sobre la grandeza del hombre y un perpetuo recordatorio de lo que es el dolor en el mundo. Pero, por encima de cualquier otra concepción, en la consideración que en este momento nos ocupa, el subnormal es un problema.

a) *Constatación del problema.*

El problema del subnormal es un problema fundamentalmente médico y sociológico. La Medicina ha de brindarle la curación o la atenuación de sus incapacidades. La sociedad ha de ofrecerle la posibilidad de estas atenciones médicas y, satisfechas éstas en la forma que fuere posible, acoger al subnormal como miembro especial de la comunidad, procurarle unas condiciones de vida dignas y un trato especial, adecuado a las necesidades que hubiesen sido fijadas por la Medicina. Todo esto escapa en cierto modo al Derecho, que, a lo sumo, podrá fijar algunas normas de tipo administrativo que regulen algún aspecto concreto asistencial. Pero éstas no constituyen sino facetas concretas de uno de los derechos fundamentales del subnormal, el derecho de atención y asistencia, del que trataremos más ampliamente luego. El problema jurídico fundamental no es precisamente, a nuestro entender, éste, sino otro muy distinto.

En el momento actual y desde un punto de vista sociológico el problema del subnormal tiene una magnitud extraordinaria. Según el profesor Lafon¹ en Francia nace un deficiente mental cada 20 minutos. El presidente Kennedy, en una alocución al Congreso de los Estados Unidos, habló de la "trágica entidad" del problema².

-
- 1) Citado por Manuel M. GUTIERREZ: *¿Qué es la deficiencia mental?* "Documentación social", año VII, Abril-Septiembre 1968, pág. 7.
 - 2) *Ibid.* ubi supra. La familia Kennedy dotó una fundación para la investigación de estos problemas.

Dos circunstancias han hecho que el problema se nos plantee con particular intensidad. La primera es la tardía toma de conciencia del problema, que no comienza por parte de la sociedad hasta el siglo XX³. La segunda es el enfrentamiento del subnormal con el mundo moderno, con la avanzadísima técnica y las actuales realizaciones, que contribuyen a que el contraste sea mayor⁴. Cabría añadir a estas circunstancias otra, el nacimiento de nuevas corrientes humanísticas que han incluido dicha reivindicación en el programa a realizar y han conseguido entre otras cosas, que las familias no reciban al hijo subnormal como un oprobio, haciendo así más fácil la actuación médica o de otro tipo, sin que exista el anterior deseo de secreto que caracterizaba la presencia en una casa de un retrasado mental. Hoy, como ha dicho López Ibor, las familias realizan un acto de fe en el porvenir de sus hijos⁵, acto de fe que tiene, según el propio autor, buenas posibilidades de resultar fundado en una firme realidad.

b) *Fijación del objeto de estudio.*

Siluteando así el problema en general, hemos de enfocar ahora lo que creemos debe constituir el objeto de estudio de estas líneas. Para ello ha de enfocarse la cuestión desde un peculiar punto de vista.

Es presupuesto ineludible en la configuración de la personalidad jurídica, en la actual dogmática, en cuanto que sujeto de derechos y obligaciones y capaz de adquirir tanto los unos como las otras, la existencia de una voluntad libre. Esta voluntad libre, como capacidad de autodeterminación, juega constantemente en el campo de lo jurídico, caracterizando el negocio jurídico, el delito, etc. En muy contados casos se dan normas totalmente imperativas, ya que aun en las determinadas

-
- 3) Cfr. *Presentación*, de "Documentación social", año VII, Abril-Septiembre 1968.
 - 4) Discurso de Monseñor Innocenti en el Congreso de Montpellier, el 15 de Septiembre de 1967.
 - 5) J. J. LOPEZ IBOR: *Mensaje de esperanza en un problema difícil*, en *El problema de los niños subnormales*, Servicio Nacional de Asocia-ciones Familiares, Madrid 1964.

como de *ius cogens* cabe, en la mayoría de las ocasiones, modificar libremente el supuesto de hecho para el que han sido dictadas y así, simplemente mantenerse al margen de la norma, que no sería de aplicación en el caso.

Así pues, el problema del subnormal no es otro que el de un ser necesitado de protección, protección que el derecho ha de concederle. Dicha protección se realiza supliendo una voluntad, que está viciada o que no ha llegado a formularse, por otra voluntad, de elaboración jurídica o bien proveniente de un tercero al que el ordenamiento reconoce ciertas facultades en relación con la suplencia de la voluntad del subnormal. El primer caso es típico del derecho penal, declarando la inexistencia de la voluntad o su disminución por medio de la eximente completa o incompleta, o bien supliendo una voluntad que es errónea o que no existe, por otra, normativa, que defiende al subnormal contra determinadas explotaciones. El segundo caso es más típico del derecho civil, por medio de la tutela o instituciones similares⁶.

Pues bien, el objeto de nuestro estudio pretendemos sea la averiguación de si son adecuados los medios previstos por el derecho para la suplencia de la voluntad del subnormal con la concepción iusnaturalista de los derechos humanos, si la protección que le suministran, supuesto su perfecto funcionamiento, es suficiente y si caben mejoras, y cuáles, en aspectos concretos. Pero, fundamentalmente, nos proponemos también describir dichos medios de protección jurídica para realizar sobre ellos la valoración oportuna.

Creemos que es un falso problema el enfoque que mira hacia la reivindicación teórica de los derechos del subnormal. Quizá dicha reivindicación sea oportuna en algún orden de la práctica, pero desde un punto de vista teórico no cabe duda

6) No es difícil imaginarse el motivo. El Derecho penal sanciona las conductas más intolerables socialmente, por tanto no requiere un juicio tan minucioso y adecuado al caso como puede requerirlo la vida negocial del subnormal, para la que el Código Civil da al tutor normas tipo "cuadro", pero no la regula normativamente. En Derecho penal, en cambio, sí es posible una regulación normativa de las consecuencias jurídicas de las diversas explotaciones del incapaz, y de su tipificación.

de que los subnormales tienen todos los derechos fundamentales concedidos a los ciudadanos de su mismo país, y para ello no hacía falta que así lo proclamase la declaración de los derechos generales y especiales de los deficientes mentales. Ahora bien, desde el momento en que el ejercicio de estos derechos implica una voluntad libre, sólo los podrán ejercitar con su voluntad suplida por el ordenamiento o por la representación⁷.

c) *Método y plan de trabajo.*

Para este estudio no creemos fuese oportuna una remisión a reflexiones más o menos profundas, de carácter especulativo, sobre la personalidad jurídica o sobre los derechos fundamentales de la personalidad. Lo adecuado parece observar aquellos aspectos concretos en los que parece más notorio el fenómeno jurídico de que hablamos. Y, supuesta una base iusnaturalista, enjuiciar lo que en ellos se encuentre. Y después de una observación, tanto de manuales jurídicos como de estudios jurídicos referidos a los subnormales, hemos encontrado una serie de asiduidad. Consideramos a este respecto muy acertado el planteamiento que hace Federico Sainz de Robles⁸ que señala como grupos fundamentales de problemas a tratar los que se refieren a:

- a) Tutela de los deficientes mentales.
- b) Adopción y matrimonio.
- c) Capacidad laboral y negocial.
- d) El deficiente mental ante la ley penal y fundamentalmente ante el proceso penal.

Parece realmente que estos son los grupos de problemas más interesantes a estudiar, porque en ellos se pone particularmente de manifiesto la tutela del ordenamiento al subnormal. Existe también, particularmente en lo que se refiere al matrimonio y a las medidas de seguridad adoptadas por la ley penal,

7) En este sentido véase J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. 1, vol. 2, 10.^a ed, Instituto Jurídico Reus, Madrid, 1963.

8) F. SAINZ DE ROBLES, *Comentario al Simposium Internacional de Estocolmo*, en *Aspectos legales de la deficiencia mental*, Publicaciones del Patronato San Miguel, núm. 6, San Sebastián, 1967, pág. 48 y ss.

una tutela de terceros o de la sociedad en general ante determinadas actuaciones del deficiente, tutela que en algún momento histórico se creyó que era lo único con lo que el derecho podía contestar al fenómeno de la subnormalidad.

Los aspectos que trataremos en relación con el subnormal serán fundamentalmente civiles y penales. En el terreno civil examinaremos en primer lugar la tutela, relacionándola con el tema de la capacidad negocial y refiriéndonos en algún inciso a problemas laborales. Trataremos luego del matrimonio canónico, por considerarlo de mayor interés en nuestra Patria que el matrimonio civil. Con relación al derecho penal examinaremos al delincuente como sujeto activo en general del delito y como sujeto pasivo cualificando como delictivas o agravadas algunas acciones.

El género literario en que nos estamos expresando nos obliga a ejercer algunas limitaciones sobre el tema estudiado, procurando que no por ello pierda su unidad metodológica.

En primer lugar prescindiremos de todo análisis sobre el problema que no comprenda aspectos jurídicos, aunque de estos aspectos se ocupen congresos jurídicos internacionales; así la coeducación y las dimensiones mínimas de las unidades educacionales, tratados en el Symposium Internacional de Estocolmo. Tampoco trataremos otros problemas algo más jurídicos, como la ayuda estatal al subnormal en particular en vía financiera.

En segundo lugar, no haremos divagaciones históricas, de no ser las absolutamente precisas para comprender el estado actual de la cuestión como decantación de determinados sistemas.

En tercer lugar, y desde un punto de vista más metodológico, ha de advertirse que la intención fundamental de este estudio es descriptiva y no valorativa. Nuestra intención es trazar las previsiones determinadas por el derecho para resolver el problema del subnormal, en cuanto que suplen o corrigen las deficiencias de una voluntad deficiente o viciada por la deformación o el error. Ello no impide que podamos extraer conclusiones de las observaciones realizadas, pero pretendemos que sean éstas las que hablen por sí mismas plasmando sus deficiencias cuando existan. No se trata de la construcción más o

menos afortunada de un deber ser, sino de la constatación de una realidad jurídica, que, como animada por el espíritu del deber ser, dará pie para hacer en este sentido determinadas consideraciones.

Con relación al método empleado, hemos tratado de recoger fundamentalmente datos de tipo jurídico. Así, tras consultar algunas fuentes que hacen referencia específica al problema de los subnormales⁹, hemos acudido fundamentalmente a tratados de Derecho¹⁰. Consideramos que importa tanto la configuración de la protección real del subnormal como la configuración teórica de la misma, en las leyes y doctrinas¹¹; hemos dado gran importancia a la doctrina jurisprudencial. En relación con la doctrina hemos visto principalmente obras de parte general y monografías sobre aspectos concretos tratados. En el desarrollo haremos sucinta referencia a las fuentes.

d) *Precisiones conceptuales y terminológicas.*

La terminología empleada por la teoría del Derecho en la que puede verse incluido el concepto de subnormal es sumamente variada. Tampoco dicha consideración es siempre unívoca en los tratados específicos sobre el tema. Hemos de intentar buscar un concepto de subnormalidad, que, convenientemente, será el término que emplearemos a lo largo de este artículo.

La subnormalidad no es un fenómeno médico con unidad de sentido, sino un fenómeno sociológico que se diluye en múltiples fenómenos médicos¹², lo que, expresado en otros términos, quiere decir que para el médico no existe la subnormali-

9) Bibliografía especializada nos ha sido facilitada por ASPRONAGA de La Coruña, asociación a la que hacemos patente nuestra gratitud.

10) Considerando que nuestro objeto ha de ser una reflexión de índole filosófica sobre el Derecho español, una filosofía del Derecho español y no sobre especulaciones teóricas, que en este momento no son de nuestro interés.

11) Esta equiparación ha de entenderse en el campo estricto del estudio científico.

12) C. VAZQUEZ VELASCO: *Causas del retraso mental*, "Documentación social", año VII, Abril-Septiembre 1968, pág. 19.

dad, sino para el sociólogo. Lo que llega al médico son subnormales, que están aquejados de distintas enfermedades, quizá con distintos tratamientos, y que para el médico, en el estricto tratamiento clínico, quizá no tengan ninguna semejanza. Esto nos puede dar idea de la imprecisión cometida en algunos tratados en los que al referirse a la demencia, imbecilidad o algunas otras enfermedades mentales, liquidan la cuestión refiriéndose a que se trata de un concepto médico. En este sentido ha tenido que desbrozar mucho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha intentado conseguir un concepto realista, por lo cual ha dado algunos criterios. El jurista no puede eximirse de realizar una labor profundizadora en el concepto del subnormal, y no pedir a los médicos respuestas que no pueden dar o que no responden a lo que se les pide, en particular en el caso de la sinécdoque, muy usada en derecho, intentando comprender bajo el nombre de una enfermedad más o menos general, todo el complejo de las demás.

Intentamos recoger algunas definiciones que nos parecen interesantes en la delimitación del problema.

Ante todo es preciso notar que existen auténticas deficiencias mentales leves y pseudodeficiencias mentales. En efecto, todo un conglomerado de causas, externas y ajenas por completo a la constitución de un sujeto, pueden producir en él efectos similares. La importancia de esta precisión resalta de forma especial en el momento de determinar responsabilidades sociales.

Este concepto se encuentra ya en Sante de Sanctis, que da algunos criterios para la diferenciación del subnormal con relación al falso subnormal, señalando entre otros el retraso integral del subnormal en relación con el retraso informativo del falso subnormal; el desarrollo lento en el falso subnormal en relación con la paralización psíquica del subnormal auténtico y la falta de concordancia en los resultados obtenidos en los diversos tests aplicados al falso subnormal, mientras que en el

auténtico existe una relación total entre dichos resultados¹³. Otros autores abundan en el tema¹⁴.

En nuestra opinión, y por lo que respecta a una consideración jurídica del problema, no pueden separarse totalmente ambas causas del retraso mental. En los casos que hemos conocido, particularmente en las aldeas de Galicia, hemos encontrado fundamentalmente casos de niños que tendían hacia un nivel mental inferior al que les hubiese debido corresponder. En ellos tal vez existiese una deficiencia somático-estructural como primer motivo de su deficiencia mental, pero ésta se había agravado por una serie de causas externas, principalmente el descuido en su educación. Con múltiples esfuerzos algunos maestros consiguieron de ellos notables avances ya no únicamente en el terreno informativo, sino también en lo que respecta a la formación y educación humana integral, aunque en ningún caso se consiguiera ponerlos a la altura media de los niños de su edad.

Han existido algunos intentos de conseguir una caracterización realista de la subnormalidad por los efectos en el individuo¹⁵. Así A. Binet y Th. Simón, con diversos criterios, definen como idiota al niño que no consigue comunicarse por medio de la palabra con sus semejantes, como imbécil al que no puede comunicar por escrito con sus semejantes, y como débil mental al niño que muestra un retraso escolar de más de dos años si tiene menos de 9 y de más de tres años si excede de dicha edad, siempre que estas anomalías se deban en todos los casos a pura y simple deficiencia mental¹⁶. Creemos que esta clasificación, muy realista y práctica, aunque pueda estar superada tiene gran

13) S. DE SANCTIS. *Neurosichiatria infantile*, Lattes, Torino, 1925, espec. págs. 243-252.

14) A. REY, *Arriération mentale et premiers exercices éducatifs*, Delchaux et Niestlé Neuchatel-París, 1953, págs. 30-33; C. KOHLES, *Les déficiences intellectuelles chez l'enfant*, PUF, París, 1954, Jakob OSTER, *El niño deficiente mental*, trad. Javier Armada Abella, Secretario de Educación especial de la Comisión Episcopal de Enseñanza, Euramérica, Madrid 1970.

15) Más sobre estos temas en Manuel M. GUTIERREZ, *¿Qué es la deficiencia mental?*, "Documentación social", año VII, Abril-Septiembre 1968, pág. 7 y ss.

16) A. BINET y Th. SIMON, *Les enfant anormaux*, Colin, París, 1907, pág. 111.

mérito como caracterización y orientación práctica e intento de unificar la terminología.

Bollea viene a definir la deficiencia mental omnicomprendentemente como una "amplia gama de condiciones, grado, causas, patologías y aspectos sociales diversos, caracterizados por un estado o un desarrollo incompleto de la mente, tal que el individuo es incapaz de adaptarse al ambiente social de modo razonable, eficiente y armonioso, y necesita de asistencia y control externos"¹⁷.

La Organización Mundial de la Salud utiliza la siguiente terminología: Deficiencia profunda, cuando el cociente intelectual es menor de 20, deficiencia severa, cuando oscila entre 20 y 35; deficiencia moderada, si oscila entre 36 y 51 y deficiencia ligera, cuando se encuentra entre 52 y 67, entendiéndose que en adelante ya no hay deficiencia mental. Esta clasificación adolece únicamente de un cierto optimismo y de los defectos que puedan achacarse al hecho de haber servido como criterio el tan baqueteado cociente intelectual¹⁸. Creemos que tal vez interesara ir buscando otra clasificación más realista. El valor del cociente intelectual no debe sobreestimarse.

Convencionalmente y desde este momento hablaremos de subnormales entendiéndose por tales los aquejados de oligofrenias o enfermedades similares, cuyo cociente intelectual oscile entre 70 y 40, aproximadamente. No nos referiremos por tanto al menos mientras no se especifique otra cosa a los que pueden denominarse idiotas, o deficiencias mentales graves, en los que la voluntad está totalmente anulada y entran en lo jurídico dentro del campo de los dementes, atribuyéndose ordinariamente a ambos un régimen jurídico común.

17) G. BOLLEA, *Necessità educativa ed assistenziali del minorato psichico*, en *Fanciulli in difficoltà nella famiglia e nella scuola*, SIAME, Roma, 1961, pág. 72.

18) Véase la obra de Binet y Simon, nota 16 y el artículo de Manuel Gutiérrez, nota 15. Para una clasificación realista desde el punto de vista jurídico puede verse la de CODON y LOPEZ SAIZ. *Psiquiatría jurídica penal y civil*, Burgos 1951, reproducida por J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. 1, vol. 2, cit., pág. 223. Engloba a los subnormales bajo el epígrafe de deficiencias mentales congénitas o precozmente adquiridas, en el Grupo I y divide estas deficiencias en idiotez, imbecilidad y debilidad mental.

Tampoco diferenciaremos las causas de subnormalidad, aunque ha de entenderse que al realizar el estudio pensamos más bien en los casos de subnormalidad congénita o precozmente adquirida, es decir, contraída a muy temprana edad (4 ó 5 años). No hacemos particulares distinciones en relación con haber recibido el subnormal educación especial o no, ya que mientras subsista la deficiencia estructural somática causa de la subnormalidad, sólo en muy contados casos corresponderá al derecho estimar que no existe subnormalidad, y si esto corresponde a un examen médico, ya el facultativo sabrá debidamente apreciar dicha circunstancia en relación con la formación de la voluntad en el subnormal.

Así pues: entendemos por subnormal todo individuo aquejado de oligofrenias o paraoligofrenias congénitas o precozmente adquiridas, que, como resulta de las cuales, presente un cociente intelectual comprendido entre 70 y 40.

También, mientras no se especifique otra cosa, entendemos al subnormal capaz de un raciocinio a nivel elemental y con una instrucción mínima, aunque siendo las apreciaciones relativas a estos hechos, fundamentalmente valorativas de circunstancias, procuraremos acompañarlas con jurisprudencia. En realidad el subnormal medio como los diversos tipos de subnormales, no existen, y por tanto la repugnancia de la doctrina y jurisprudencia a formular reglas es comprensible. Juicio valorativo el que se realiza sobre la capacidad de un subnormal, su apreciación requiere una exhaustividad de estudio de un caso concreto tal que no puede ser reflejada en unas páginas. De todas formas procuraremos cubrir lo mejor posible el campo de posibilidades del subnormal.

La valoración, en suma, escapa siempre algo del campo estrictamente jurídico para introducirse en el terreno humano. Por contraste, el Derecho es ciencia esencialmente valorativa, realizadora de valores, y su objeto, en sí mismo, un valor¹⁹. Intentaremos ver cómo ha valorado el fenómeno del subnormal en general, y cómo ha aplicado dicha valoración a sus manifestaciones concretas.

19) Francisco PUY, *Meditación sobre el valor del derecho*. "Boletín de la Universidad Compostelana", 1967-68 (75-76/2) págs. 185-211.

2.—EL SUBNORMAL EN LA ESFERA CIVIL.

Agruparemos en este capítulo también los aspectos que se refieren al matrimonio de los subnormales y a diversos aspectos de su actividad, aunque se vean incluidos en la regulación de normas que no pertenecen al concepto de Derecho Civil actualmente vigente. Ello va en consideración a diversos motivos. El primero, que toda la normatividad que tutela la actividad del subnormal, va, como ya se ha expuesto, en consideración a la salvaguarda del mismo supliendo o haciendo ineficaz su voluntad viciada, lo que pertenece al campo de los derechos de la personalidad, que a su vez se encuadra en el Derecho Civil. Otra consideración es que en algunos casos, así en la legislación canónica, hay razones para decir que se trata de regulación civil normada por el procedimiento de envío, a tenor de los artículos 42 y 75 del Código Civil. También es nuestro deseo dar un carácter en cierto sentido omnicompreensivo a este apartado, de forma que comprenda en lo posible una visión unitaria del problema, a lo que nos impulsa incluso una necesidad pragmática, ya que el género literario en el que nos expresamos y la consideración iusnaturalista que pretendemos dar a nuestro planteamiento, lo que no requiere, ni supone, un estudio exhaustivo de la consideración del subnormal en los diferentes sectores del ordenamiento.

a) *El problema: la capacidad del subnormal.*

Las leyes de Partidas definen el estado como "condición o manera en que los omes viven o están"²⁰. Con posterioridad se configuró doctrinalmente en muy variados sentidos²¹. Al contemplar figuras como la del subnormal, parece más adecuado concebir el estado civil como un concepto unívoco e igual en todos los hombres, en el que se reflejan una serie de cualidades de estado, que son las que diferencian la situación jurídica de los distintos individuos. La principal ventaja de esta concepción

20) Partida *Onras señaladas*, tít 23, ley 1.^a

21) Ver J. CASTAN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral* t. 1, vol. 2, Instituto jurídico Reus, Madrid, 1963 (10.º ed.) pág. 141 y ss.

es el no constituir un sistema de *numerus clausus* en relación con los estados civiles, y sí uno, susceptible de ser informado por diversas relaciones de estado, determinadas por la norma ²².

El hecho de que el tema que nos ocupa pertenezca a la esfera del estado civil, comporta importantes consecuencias. Así su regulación será materia de orden público ²³, objeto de normas, pues, de *ius cogens* e irrenunciables.

Determinado así el problema, ha de entrarse en la cuestión de si la condición de subnormal supone una incapacidad o bien una limitación de la capacidad. En el primer caso se trata de una suplencia de la voluntad viciada; en el segundo, de una asistencia a la misma, obrando el sujeto en cuestión por sí, aunque asistido de determinadas personas, que han de prestar, bien su asistencia, bien su homologación a posteriori, bien su autorización previa.

Refiriendo el problema al ámbito que nos ocupa, una primera constatación nos hace comprobar que la primera y más general alusión que nuestro primer cuerpo legal privado hace al problema se contiene en el artículo 32, en el que después de reconocer personalidad jurídica (y, por ende, según la opinión más calificada, capacidad jurídica ²⁴), establece, de un modo general, la calificación de restricciones de la capacidad jurídica para diversas circunstancias entre las que se encuentra la demencia o imbecilidad.

Es bien conocido el procedimiento para instar la declaración de incapacidad, regulado por los artículos 213 y ss. del Código Civil, que ordinariamente se realizará en jurisdicción voluntaria sumariamente, a tenor del artículo 1848 L. E. C., con posibilidad de revisarse posteriormente en jurisdicción conten-

22) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil*, II, 1, 3.^a ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1966, pág. 201.

23) T. S., 25 Junio 1909 y 29 Octubre 1928.

24) Así F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio...*, cit., pág. 192. La concepción de la capacidad es hoy omnicomprensiva y general; es "la aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas", por tanto es una cualidad esencial de una persona, a la que se refieren otras capacidades jurídicas especiales. En este sentido ha de reputarse inexacta la expresión "en plenitud de sus capacidades jurídica y de obrar", que se lee hoy en algún texto legal.

ciosa. Podemos omitir otras precisiones, por no constituir problema específico de este estudio.

Interesa, sí, destacar que la incapacitación determinada por el Código para el loco o demente es plena o absoluta²⁵, lo que puede deducirse a sensu contrario del artículo 218 del Código Civil. En relación con este aspecto han surgido múltiples críticas al Código, acusándolo de escasa flexibilidad y de conceder escaso arbitrio al juez para la determinación de la extensión y límites de la tutela, lo que vendría a equivaler a la fijación de los límites de la capacidad. Así son particularmente duras las frases que al problema dedica Ruiz Maya²⁶. No está claro en el pensamiento del autor si a lo que se refiere es al hecho de la inadmisibilidad de la gradación en la declaración de incapacidad del loco o demente o bien la inclusión del retrasado mental en este campo.

La declaración de incapacidad no tiene efectos retroactivos, ni hace nulos los actos anteriores a ella, sino únicamente impugnables, probando la incapacidad del autor en el momento de celebrarlos. Es, pues, virtualmente irrelevante con relación a ellos, ya que ni siquiera, según doctrina jurisprudencial, supone una inversión de la carga de la prueba²⁷.

Concordantemente con este sistema, en el Código se recoge la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por el loco en situación de incapacidad judicialmente declarada, nulidad proveniente de la irrelevancia del consentimiento, como puede deducirse poniendo en relación los artículos 1261, 1263 y 1300. Más que de nulidad parece ha de hablarse aquí de inexistencia del contrato por inaptitud de la voluntad para la prestación del consentimiento. Se recogen otras muchas situaciones de incapacidad específicas.

El problema se plantea ahora sobre si entre los locos o dementes, del artículo 213 del Código, la demencia o imbecilidad, del artículo 32 del Código Civil y los supuestos contemplados en este trabajo existe una relación de identidad en el primer caso y de subsunción en el segundo. Nuestro derecho histórico casi unívocamente ha reconocido esta subsunción. Ya en Roma el pretor

25) J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., pág. 227.

26) RUIZ MAYA, *Psiquiatría penal y civil*, Madrid, 1931, pág. 830 ss., citado por Castán.

27) Sobre esto T. S. 27 Febrero 1914.

extiende la curatela del furiosus a los demás deficientes mentales²⁸. La denominación acuñada en Roma para los supuestos de idiocia es la de *mentecaptus*. Este precepto se recoge en la partida *Sesudamente dixeron*, 16, 13.

Igualmente nuestra doctrina, con rara unanimidad, como hace notar De Castro²⁹, incluye los supuestos de idiocia en los de demencia. Así lo enseña el primer comentarista oficial de las Partidas, Gregorio López³⁰, y lo afirman todos los tratadistas, tanto antes como después del Código.

La doctrina científica asimismo niega la existencia de diferencias jurídicas entre los estados de oligofrenia y locura, contemplados desde el punto de vista de la psiquiatría forense. El hecho de que sean estados clínicamente distintos no autoriza a la afirmación, sin más, de que hayan de ser objeto de regulación jurídica distinta. Con respecto a la última afirmación, la unanimidad no es tan notable³¹.

En derecho comparado no puede afirmarse que exista una identificación entre los diversos estados mentales que experimentan perturbaciones, en cuanto a su tratamiento legal. Así los artículos 499 del Código de Napoleón y 339 del Código Civil italiano de 1865 configuran un tipo de incapacitación intermedio, distinto del establecido para el demente. Esta incapacitación tendría la particularidad de admitir gradaciones. Un sistema similar de gradación de la curatela, que por otra parte no se pensó como atribuible al imbecil³², se consagraba en el artículo 285 del proyecto de García Goyena.

Así la situación, parecía que incluso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la subsunción de los supuestos de

28) D. 26, 5, 12, pr.

29) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Incapacitación del imbecil*. en "Anuario de Derecho civil", 1948, I, págs. 291-302. Hay allí abundante bibliografía sobre el tema.

30) Glosa 1 a P. *Nascen de entre los homes*, 11, 4 y glosa 3 a P. *Onras señaladas*, 2, 6.

31) En favor de la tesis defendida cfr. GRUHLE, *Handbuch der Gerichtliche Psychiatrie*, herausgegeben vom A. Roche, Burgerliches Gesetzbuch, Berlín, 1934, págs. 157, 179. Otras opiniones se verán en el campo de la tutela.

32) GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, I, págs. 268 ss.

idiocia en el art. 213 C. c., lo que se deduce de alguna sentencia que, diferenciando en sus considerandos la locura y la imbecilidad, por el criterio de que ésta es una situación permanente de incapacidad, mientras que aquella admite intervalos lúcidos, no sacaba de ello conclusión alguna en orden a la normatividad aplicable ³³.

No obstante esto, el Tribunal Supremo en 5 de Marzo de 1947 dictó una interesantísima sentencia, que ha merecido muy diversos comentarios. En ella viene a afirmar que en el Código Civil no se recoge regulación alguna de la idiocia u oligofrenia y que por tanto son de aplicación las normas referentes a la tutela en conjunto. Acusa al legislador del Código Civil de desconocer la diferencia existente entre demencia e imbecilidad. Parece asimilar la tutela del subnormal a los supuestos de suplemento de capacidad recogidos en artículos del Código Civil tales como 59, 317, 324, 1352, 1361, ejemplificativamente. Vuelve sobre el argumento de que los estados de demencia e imbecilidad son médicamente distintos, afirmando que en el último se incluyen una serie de situaciones individuales diversas, lo que era desconocido por los científicos de la época en que se elaboró el Código ³⁴.

El comentario más importante que conocemos sobre esta sentencia es un artículo de Federico de Castro ³⁵. En él hace una serie de consideraciones referentes a la tutela, que en este momento no nos interesan de modo directo. Hemos de considerar únicamente sus argumentos con referencia al género de incapacidad del imbécil, a la subsunción del mismo en el artículo 213 del Código Civil. Como puede, no obstante, apreciarse, los problemas referentes a la tutela y al género de incapacidad van totalmente ligados, de suerte que ordinariamente es el género de tutela el que da la medida de la incapacidad del sujeto sometido a la misma.

33) T. S. 11 Octubre 1929.

34) Puede verse la sentencia en Aranzadi, 1947, 343, así como en el artículo citado de De Castro, nota 10, en el que se transcribe la sentencia en su integridad.

35) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Incapacitación del imbécil*, en "Anuario de Derecho civil", 1948, I, págs. 291-302.

De Castro niega la omisión de la figura de la tutela del imbecil. Dice que el Código la regula como tutela del demente, cita a García Goyena cuando dice que por loco se entiende al furioso, por demente al imbecil o desmemoriado. Alude también a que los tipos de incapacitación intermedia tanto francés como italiano eran muy anteriores a la promulgación de nuestro Código, por lo que bien pudieron figurar en él. Observa además que de los tales tipos de gradación de la tutela citados en derecho comparado, no ha de deducirse en modo alguno que incluyan al imbecil, sino más bien al hombre débil de espíritu, que tiene alterada la facultad de querer.

Dice también que la pretendida analogía entre el suplemento de capacidad y la incapacidad del imbecil no existe en modo alguno. En un caso se trata de comunidad de intereses, en el otro de suplencia de una voluntad viciada. La posible analogía habría de establecerse entre la tutela del sordomudo y la del imbecil. Una diferencia fundamental empero existe, ya que del sordomudo se duda de si tenga o no voluntad libre, del imbecil se niega. Para concluir, cita como apodíctico el artículo 199 del Código Civil.

De lege ferenda aduce también diversos motivos para la inclusión del imbecil en el concepto de demente, y la improcedencia, por consiguiente, de una reforma legal en el sentido de crear una nueva figura de tutela del subnormal, susceptible de gradaciones e independiente de la tutela del demente. Aludiremos a ellas en el estudio de la tutela del subnormal.

La postura de De Castro es muy interesante y excepcionalmente bien expuesta y documentada, como es costumbre en dicho autor. Son muy interesantes las conclusiones a las que llega, así como las precisiones sobre la distinción entre la capacidad del subnormal y la del sordomudo, así como la distinción entre éstas y los supuestos de suplemento de capacidad. Únicamente cabría decir, como ya lo apunta la sentencia, que el artículo 199 del Código Civil no es tan concluyente como lo cree el autor, ya que la afirmación hecha en él de que el objeto de la tutela es la guarda... de los que son incapaces de gobernarse por sí mismos, no autoriza a una interpretación extensiva, pues en el siguiente artículo se hace una enumeración exhaustiva de

los sujetos a tutela. Así el artículo 199 vendría a suplir una definición legal de la tutela, pero no tendría otro alcance.

De todas formas, la sentencia merece criticarse. Es cierto, que, como dice Castán, responde a criterios conformes con la equidad, pero no lo es menos que la inseguridad jurídica que puede producir no se ve compensada con estas ventajas y que tampoco ha de esperarse gran daño de quien está amparado por la tutela. Castán aduce³⁶ testimonios de la doctrina alemana, concretamente de Ennecerus, que reconocen la capacidad de obrar del débil mental, en oposición a la incapacidad del enfermo mental. Aquí no obstante sí cabría una crítica médica, dada la dificultad de generalización en casos en los que aún ahora hay dudas en cuanto a su delimitación.

Por otra parte, habría que cuestionarse sobre si toda debilidad mental no implica, por sí misma, una enfermedad mental. La opinión merece que se le formulen, pues, serios reparos.

Castán cita también la opinión de Pérez y Alguer, quienes dicen que la imbecilidad viene equiparada en el Código a la demencia como lo demuestra la conjunción disyuntiva "o", del artículo 32. Si éste fuese el único argumento para defender la equiparación de ambas situaciones no cabe duda de que sería muy débil, pues no cabe desconocer que gramaticalmente la conjunción "o" puede desempeñar el oficio de conjunción copulativa, y nos sentimos inclinados a pensar que este oficio es el que cumple en la frase del artículo 32.

En suma, parece que nuestro primer cuerpo privado contempla en su artículo 32 dos supuestos específicos y distintos de restricciones de la capacidad jurídica, la demencia o (y) la imbecilidad, y que da a ambas un tratamiento similar. Es problemático que la sentencia de 5 de Marzo de 1947 haya supuesto un cambio sustancial en el tratamiento jurídico del subnormal, ya que tratándose de una sentencia aislada no constituye doctrina legal. Es más de notar la posible influencia del espíritu de dicha sentencia, de buscar un tratamiento desigual para los desiguales, lo que, llevado hasta el extremo, puede ser peligroso por razones elementales de seguridad jurídica e incluso, de

36) J. CASTAN TOBEÑAS; *Derecho civil español, común y foral*, t. 1. vol. 2, Instituto editorial Reus, Madrid, 1963. pág. 229 ss.

los intereses del sujeto enfermo mental. Hemos de concluir que, al menos de momento, no cabe hablar en nuestro ordenamiento de ninguna especialidad procesal o material en la incapacidad del subnormal.

b) *La tutela del subnormal.*

Es el problema fundamental en relación con la configuración jurídica del imbécil. Se trata de un problema muy debatido y tratado, siendo prácticamente el único que merece la plena atención de los autores que estudian al subnormal en cuanto que sujeto del Derecho. Evidentemente, si queremos que la voluntad viciada del subnormal sea suplida adecuadamente, el medio más idóneo para ello consiste en asignarle un tutor, que, más cercano a la esfera en que se desenvuelve el subnormal, podrá con mayor facilidad adoptar las decisiones que éste no pudiese tomar. Como ya hemos visto esta figura es conocida ya en Roma y en las Partidas. Tampoco merece mayor atención la exposición de la tutela del demente, que se encuentra en cualquier manual de Derecho Civil, y sí el estudio de las peculiaridades diferenciadoras de la tutela específica del subnormal.

Como hemos visto anteriormente, en el Código ningún precepto contempla *expressis verbis* la figura de la tutela del subnormal. Un comentarista que pudiéramos reputar de clásico, Sánchez Román ³⁷, dice al respecto que existe en el Código una imprecisión en la utilización de las palabras "Loco o demente", ya que parece que demente se refiere al imbécil, del cual se afirma que tiene intervalos lúcidos, lo que por otra parte se niega en el Código Penal de 1870. Hoy la opinión de que en ninguna enfermedad mental es posible la existencia de intervalos lúcidos parece ser dominante, es decir, que esta postura estaría ya superada. La crítica de la impropiedad de los términos quizás pueda no obstante mantenerse, pues podría haberse empleado una fórmula más general.

Como puede apreciarse el autor no problematiza sobre la inclusión del imbécil en los artículos 200 y 213 del Código Ci-

37) F. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, tomo 2, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911.

vil. Por el contrario, la da por supuesta. Ello es una prueba más de la unanimidad de la doctrina, sobre la que hablábamos.

Continúa diciendo que el criterio para la subsunción en los antedichos artículos es que el enfermo mental sea incapaz para la administración de sus bienes. Ello implica, por consiguiente, que será tutelado en su persona y en sus bienes, aunque no haya demostrado su incapacidad para gobernar su persona. El criterio es muy valioso, porque, aparte de su simplicidad y practicidad, está inducido directamente de un artículo del Código Civil que contempla estos supuestos, el 199. Por supuesto, ello en cuanto a la tutela, no a las restantes posibles incapacidades.

Afirma rotundamente que el Código no concede posibilidades de gradación en la tutela del incapaz por enfermedad mental, no concediéndola en la declaración de incapacidad. Deduce de ello que no es posible en ningún caso esta gradación, sin realizar sobre ello ningún juicio de valor expreso, aunque parece aprobarlo.

Hoy a estas conclusiones, que parecen muy acertadas con la contemplación de nuestro derecho histórico y del Código Civil, se hace gran cantidad de observaciones, en particular *de lege ferenda*.

La primera observación es la de la posibilidad de gradación en la tutela del demente en general, unida a la posibilidad de que en los casos de deficiencia mental se conceda únicamente la tutela de los bienes, y no de la persona. *De lege data* el problema se centra sobre si es posible la afirmación de que el Código no regula expresamente la situación del subnormal, problema que hemos tratado en el apartado anterior con cierta extensión. Baste aquí constatar que los argumentos de De Castro, a los que no hemos encontrado contestaciones en la bibliografía manejada, parecen apodícticos.

Cuestión distinta se plantea en la consideración del problema *de lege ferenda*. Ordinariamente los autores, en particular los que tratan del subnormal en la esfera jurídica, comienzan por la afirmación de que el Código Civil consagra un sistema ineficaz, que ha de ser objeto de una pronta reforma legislativa. Ello no sólo los tratadistas españoles, sino los extranjeros refiriéndose a los sistemas imperantes en sus respectivos países.

Hemos encontrado fundamentalmente dos tendencias que creemos profundamente distintas, la minoría prolongada y la gradación de la tutela³⁸.

El concepto de gradación de la tutela es bien sencillo. Consiste en la posibilidad, ateniéndose a lo que hubiese sido declarado en la declaración de incapacidad, de determinar judicialmente en cada caso concreto las incapacidades que hubiesen de ser impuestas al subnormal y normar convenientemente la tutela, ajustándola a la realización de los actos jurídicos que no puede realizar el incapacitado. Voces muy autorizadas defienden este sistema, en nuestra Patria se declara decidido partidario del mismo Federico Sáinz de Robles y el propio Castán Tobeñas lo acoge como un evidente progreso. Los argumentos más utilizados son el que así se ajusta mejor la tutela a la equidad, que la promoción jurídica del subnormal es muy de desear, que la atribución de responsabilidades al subnormal es asimismo deseable y que de dicho modo la situación del mismo con respecto a la sociedad es de integración más plena.

¿Qué decir de todo ello? En primer lugar hacer una constatación. No es misión del Derecho la curación del subnormal, ello corresponde a la ciencia médica. El derecho ha de buscar únicamente que el subnormal sea tratado con justicia. Ha de abstenerse, pues, de la formulación de juicios de valor sobre un fenómeno que le viene dado y que en principio es extraño a él. Y la tutela que ejerza sobre el subnormal estará únicamente determinada y orientada a la suplencia de una voluntad viciada o inexistente, por lo que sobran, a nuestro entender, las consideraciones de si la atribución de responsabilidades al sub-

38) Sería muy larga una exposición del pensamiento de cada autor recogido. Para mejor información, cfr. E. KIRSCHEN, *Minoría prolongada*, pág. 12 ss.; G. M. VERBURGH, *Provisiones legales óptimas y mínimas requeridas para los deficientes mentales*, pág. 23 ss.; F. SAINZ DE ROBLES, *Comentario al Symposium Internacional de Estocolmo*, pág. 48 ss.; todos en *Aspectos legales de la deficiencia mental*, Publicaciones del Patronato San Miguel, núm. 6, San Sebastián, 1967. También F. SAINZ DE ROBLES, *Perspectivas para una orientación de la tutela*, Publicaciones del Patronato San Miguel, núm. 8, San Sebastián, 1969, pág. 44 ss., J. EGUIA, *Conclusiones del Symposium Internacional de Estocolmo*, "Documentación social", año VII, Abril-Septiembre 1968, pág. 66.

normal ha de mejorar en algún sentido su estado mental. Ello ha de ser el psiquiatra quien lo determine, y el Derecho, en su momento y si preciso fuera, deberá ordenar al tutor que, a efectos de conseguir una curación de la deficiencia mental se adopten las conductas que ordene seguir el médico y se consienta al subnormal la participación en las decisiones sobre sus negocios, su estado personal, etc. Pero no parece necesario ni conveniente que, a efectos de curar a un subnormal, se proceda a declarar su capacidad en diversos asuntos. Nada impide que sea el propio subnormal quien tome las decisiones cuando para ello esté psíquicamente capacitado, pero ello no implica que, existiendo como existe una certeza de debilidad mental, el Derecho haya de dejar de someter al subnormal a la vigilancia estricta de otra persona que pueda obrar en su representación. Y debe desterrarse la imagen de la tutela que la presenta como odiosa, siendo un medio jurídico ideal para el control de los actos de cualquier incapaz. Esto no quiere decir que no haya de vigilarse el comportamiento del tutor y su actuación con la cura y las atenciones médicas del subnormal. Pero de ello a decir que el Derecho ha de atribuir responsabilidades al subnormal a efectos de su curación media un abismo.

Hemos de exponer aquí también las consideraciones que hace al respecto Federico De Castro³⁹. Estima que *delege ferenda* el sistema de gradación de la tutela no es conveniente por diversas razones. Entre ellas aduce que tal admisión es incompatible con la regulación general de la tutela en el Código Civil. Ello sería incompatible en especial con el sistema de *numerus clausus*. No pueden, dice en expresiva frase, ser fuente del derecho los libros de frenología.

Pero no es ésta la única razón que da. Dice que la admisión de la tutela únicamente en los bienes significa desamparo del incapaz, ya que el interés económico que comenzaría a regir sería el del patrimonio, lo que equivale a decir que sería el de los futuros herederos. Otra muy poderosa razón, y nuestra opinión definitiva, es la de que con la capacidad de obrar que se le concede, el subnormal no tardaría en realizar actos que

39) F. DE CASTRO, *Incapacitación...*, cit.. cfr. nota 35.

viniesen a repercutir sobre su esfera patrimonial. Esta constatación es totalmente exacta.

Añade el profesor De Cástro que tal gradación no está autorizada por ningún sistema legislativo. Ha de tenerse en cuenta la fecha de su artículo, ya que al parecer en Suecia se admite un sistema similar al de gradación de la tutela.

El problema más interesante, a nuestro entender, es el que plantean los autores que defienden la minoría prolongada. El concepto de este sistema es también fácil de aprehender. Consiste, simplemente, en la automática continuación de la patria potestad, una vez cumplida la mayoría de edad.

Algunos autores la caracterizan como un genial sistema moderno. No obstante ya nuestro gran civilista Mucius Scaevola tiene ocasión de propugnarla y precisamente para el caso del idiota, que desde luego es el caso típico, ya que su deficiencia de ordinario es congénita. Cita este autor como único precedente en su época de derecho comparado, el artículo 293 del Código Civil de Guatemala, en el que se contiene un sistema de minoría prolongada ⁴⁰.

No hemos visto ningún tipo de crítica en sede teórica de este sistema, que parece muy acertado, en particular en casos en los que los padres puedan cumplir eficazmente su cometido. Quizá fuese oportuna una reforma legal en dicho sentido, y la institución de minoría prolongada se fijase como única en los casos en que la relativa suficiencia del subnormal lo permitiese, abriendo la posibilidad de que el sistema consagrado hasta ahora subsistiera en las hipótesis en que siendo el subnormal totalmente incapaz los padres así lo pidiesen y estuvieran incluidos en las excusas legales del cargo de tutor, situación de escasa relevancia práctica.

Se cita en la actualidad este sistema como un desideratum en casi todos los países, pero existe la convicción unánime de que a la larga empero ha de ser establecido. Que sepamos, el sistema únicamente se ha puesto en práctica en Guatemala y Suecia, deseándose en muchos otros países. Parece inminente su puesta en práctica en Bélgica ⁴¹.

40) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1893, pág. 145 ss.

41) A. EVERITT, *Derechos individuales de los deficientes mentales y*

Ha de advertirse que sería útil como complemento a la minoría prolongada, la supervisión médica de la marcha de los hijos subnormales, e incluso la obligación de los padres de realizar determinadas conductas encaminadas a lograr en lo posible su restablecimiento. Ha de recordarse, abundando en este tema, que el derecho francés reconoció al subnormal como incapacitable, pero únicamente a instancia de parte, concretamente de sus familiares, en consideración al honor e interés de las familias⁴². Se trata de una postura que hoy afortunadamente ha sido superada, al menos por el legislador, ya que no quizás por alguna familia en esta situación.

c) *El matrimonio canónico del subnormal.*

Como ya se dijo, y debido a un elemental criterio pragmático, analizaremos ahora el matrimonio canónico, de indudable mayor interés en nuestra Patria que el matrimonio civil, y de incomparablemente más rica elaboración doctrinal.

En materia de matrimonio canónico las principales normas de aplicación se encuentran en los cánones 1081 y 1082 del *Codex Iuris Canonici*, que define el consentimiento matrimonial como el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para procreación de la prole, y da como requisito del consentimiento matrimonial el que los contrayentes no ignoren que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar hijos.

El desconocimiento, según interpretación constante de la Iglesia, de algunos otros aspectos del matrimonio, aún esenciales, como el modo de procrear los hijos, es irrelevante en Derecho, ya que aunque pudiese demostrarse que se desconoció y no se hubiese querido el matrimonio de haberse conocido, ello no formó parte de la voluntad actual del contrayente en el momento de contraer.

Como puede verse, la legislación canónica es benigna en cuanto a las exigencias requeridas para una celebración válida

E. KIRSCHEN, *Minoría prolongada*, en *Aspectos legales...* cit., págs. 5 y 12, respectivamente.

42) Art. 491, C. Napoleón.

del matrimonio. Responde al principio de *sacramenta propter homines* y al natural deseo, en una cura de almas, de regular y dar forma jurídica a lo que, en otro caso, constituiría un pecado. Cabría aducir aquí también la frase de S. Pablo: "*Quia melius est nubere quam uri*"⁴³, que, aunque dicha con motivo distinto, pudiera servir también como regla de interpretación. La jurisprudencia rotal no es muy rica en este sentido, lo que hace pensar que, sobre no ser excesivos los casos acostumbrarán a ser favorables a la validez del matrimonio ya en tribunales inferiores.

Tomás de Aquino, en el que puede encontrarse un auténtico tratado sobre el matrimonio que podría ser aún hoy muy aprovechable para la enseñanza del matrimonio cristiano, y que configura también casi todos los problemas del matrimonio canónico, al tratar del consentimiento matrimonial viene a decir que se requiere un consentimiento mayor para el matrimonio que para la comisión de un pecado mortal y menor que para el otorgamiento de un contrato⁴⁴. Del problema del consentimiento se ocuparon también buen número de canonistas y moralistas medievales, entre los que podemos citar a Vitoria⁴⁵. Todos están aproximadamente en la postura tradicional.

Esta postura la mantienen, en líneas generales, todos los autores modernos, que no dan tampoco excesiva trascendencia al problema, ya que en realidad contados serán los casos de matrimonio de un subnormal, en particular porque ni ha de menospreciarse el problema ni el supuesto será siempre hipotético.

En cuanto a derecho histórico, no parecen existir precedentes que contemplen el problema, ya que en las Decretales, 24-1-IV, únicamente se contempla el supuesto del furiosus.

En estos tiempos la corriente de pensamiento evoluciona en dos sentidos; ampliar el número de idiocias que imposibilitan para el matrimonio y depender cada vez más del análisis de la

43) S. Pablo, I Cor., 7, 9.

44) SANTO TOMAS DE AQUINO, S. th., Suplemento, Qu. 43 a 2 y Qu. 45 completa.

45) F. DE VITORIA, *Relección de matrimonio*, en sus *Relectiones theologicae*, Tomo II, ed. Fr. Luis G. Alonso Getino, Madrid, 1934, página 493 ss.

cuestión de hecho⁴⁶. Nada hay que oponer, de ser la indicación de que en ningún caso el dictamen médico puede ser vinculante, exceptuada su fuerza probatoria, y en su caso la temeridad o imprudencia notoria de quien lo rechazase⁴⁷. Efectivamente, los criterios canónicos para determinar la capacidad del sujeto no son herméticos, y tiene en ellos un gran papel la apreciación personal, como no podría por menos de ser. Así pues, la declaración médica de que un determinado sujeto es clínicamente normal no empece para que le pueda ser negado el matrimonio.

Parecen no bastar los requisitos solicitados en el Codex, y comienza a decirse últimamente en las sentencias rotales que se requiere la posibilidad de entender los derechos y obligaciones del contrato matrimonial o bien se requiere "*mentis discretio quae sinat peculiarem naturam et vim contractus matrimonialis percipere*". En realidad los requisitos apenas han variado, por cuanto otro tanto podría deducirse de los cánones antes citados⁴⁸.

Así pues la cuestión queda reducida a la averiguación de si el futuro contrayente es capaz de conocer y efectivamente conoce la naturaleza del matrimonio y si es capaz de prestar y presta el oportuno consentimiento matrimonial. No cabría afirmar sin grave riesgo de imprudencia que el subnormal que no tenga el suficiente discernimiento para pecar, pueda válidamente prestar el consentimiento matrimonial.

En el ordenamiento canónico, y dada la existencia de normas de tipo general, que no juegan con criterios de tipologías,

46) Cfr. D'AVAK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze, 1952, pág. 142 ss., Pietro GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Roma 1932, ID., *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941; QUINTANA REYNES, *Las causas de nulidad del matrimonio y su tramitación*, Bosch, Barcelona, 1941, espec. página 119 ss. (Recoge fundamentalmente jurisprudencia). A. BERNARDEZ CANTON, *Curso de derecho matrimonial canónico*, 2.ª ed., Tecnos., Madrid, 1969, pág. 196 ss.; E. DELLA ROCA, *Derecho matrimonial canónico*, EDESA, Madrid, 1967, págs. 347-348; WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, vol. V, Roma, 1946, núm. 456, págs. 588-589.

47) Resoluciones de la Rota, 7 de Enero de 1918, Curia de Bois-Le-Duc, Holanda.

48) Algunas sentencias en este sentido son 15 Mayo 1941 coram Wy-nen, 16 Julio 1942, coram Camestri y 22 Mayo 1954, coram Felici.

sino con criterios abstractos en cuanto al individuo, exigiendo un determinado consentimiento, sin observar al sujeto, lo que es una indudable superación del sistema que ha de depender de la calificación; tiene escasa importancia el problema de la equiparación del loco al idiota. Y precisamente por su escasa trascendencia se resuelve pacíficamente, con la equiparación de su condición, que en realidad no existe en la norma, sino que se trata ordinariamente de una convención en la forma expositiva de los diversos autores. No hemos encontrado discrepancias de esta postura ⁴⁹.

d) *Algunos otros aspectos de la capacidad.*

Intentaremos en este apartado recoger algunos problemas que girando en la esfera civil del subnormal, no pueden merecer un apartado en una investigación tan esquemática como ha de serlo la presente. Su selección se ha operado en base a la frecuencia de su tratamiento en diferentes autores. Ha de notarse que, en general, no han sido desarrollados con exhaustividad.

Ante todo ha de hacerse constar que en relación con la asistencia patrimonial al idiota, el Código Civil conoce la institución de la mejora, que permite al padre disponer de la mitad de la legítima *lato sensu* en favor de uno de sus hijos ⁵⁰. Problema importante es si el padre podría instituir heredero universal único al idiota, no observando las prescripciones legales en relación con la legítima. Moret y Silvela en *La familia foral y la familia castellana* defienden enérgicamente esta posibilidad, defendiendo la libertad de testar y refiriéndose incluso a una posible limitación de la misma por el motivo aludido, es decir, la imposibilidad de sostenimiento de uno de los hijos por su propia cuenta. Se trata de una opinión en cierto sentido minoritaria, y que choca contra preceptos concretos expresos del Có-

49) Así en este sentido. J. CHELODI, *El derecho matrimonial*, trad. por J. A. Fernández-Arruty, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 206.

50) Manresa, en su *Comentario al Código Civil*, da, como fundamental argumento en justificación de la mejora, precisamente esta posibilidad de que un hijo minusválido pueda encontrar un apoyo especial en la herencia de sus padres.

digo Civil, bien cierto es que se expone como *de lege ferenda*. No parece aceptable la posición de este autor ni siquiera en el antedicho sentido, y el único camino sería quizás la imposición testamentaria de la carga de ayuda al hermano, en algún modo ⁵¹.

En relación asimismo con la subsistencia del subnormal hemos de examinar la posibilidad de que se obligue por un contrato de trabajo. La incapacidad para trabajar supone una restricción de la capacidad jurídica, no en razón de la conclusión del contrato, sino en razón de la misma naturaleza de la prestación, que un demente no puede realizar. Por tanto, concluido un contrato por un demente, no sólo sería nulo de pleno derecho, sino que no podría concluirse en modo alguno, ya que el requisito que falta, el objeto cierto, versa sobre una actividad humana, que, en el caso del demente, no es libre.

En Derecho laboral, empero, las causas de incapacidad para trabajar y contratar el trabajo han de interpretarse, como dicen Bayón Chacón y Pérez Botija ⁵², en sentido restrictivo, atendiendo a que en múltiples ocasiones el trabajador no tiene otro medio para subsistir. Esta interpretación restrictiva, en favor del subnormal, no podría hacerse admitiendo la equiparación del subnormal al demente, dado que el T. S. ha declarado que la demencia constituye incapacidad para concluir un contrato y para trabajar. Se impone pues una reconsideración del T. S. sobre el problema, aclarando que a tales efectos no están comprendidos en la demencia los casos de imbecilidad. La postura del T. S. es tanto más difícil de interpretar en sentido de admisión del imbecil al trabajo, en cuanto que consideramos que como el propio Tribunal ha declarado en alguna ocasión ⁵³, al respecto de la determinación de la capacidad laboral es prueba única la declaración de incapacidad del Código Civil, en la que, como veíamos, es muy problemático que se admita gradación.

51) Sobre legislación foral y comparada, así como sobre opiniones doctrinales cfr. L. MONTOJO Y BURGUERO, *La legítima de los hijos y descendientes*, s. ed., Madrid, s. a. Se trata de una obra bastante exhaustiva en su recopilación de datos.

52) *Manual de Derecho del trabajo*, Vol I, 5.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1964, pág. 327.

53) T. S., 3 Junio 1941.

De lege ferenda sería interesante la implantación en España, mediante ley, del denominado empleo protegido. Esta institución tiene su primer espaldarazo legal en el año 1955, declaración 99 de la OIT. Su interés es muy grande y es sumamente práctico para los casos de oligofrenias no muy pronunciadas, para asistir a las necesidades del subnormal, y quizás, aunque esto sea irrelevante al derecho, como instrumento de mejora en la salud mental del idiota.

Se señalan, por inducción de esta declaración, una serie de derechos del subnormal en relación con el empleo protegido⁵⁴. Tienen importancia por cuanto que serán las líneas maestras que han de regular la configuración jurídica de esta institución en una posible futura ley. Son fundamentalmente los siguientes:

I.—Derecho a que se adopte el sistema de empleo protegido por los Estados. Por supuesto este derecho, como los restantes, se verá condicionado por el estado general del país, por lo que quizás fuese más exacto decir que el Estado ha de atender la situación laboral del imbecil.

II.—Derecho a que se dicte por parte del Estado una completa regulación del sistema, así como del taller protegido, que debe ser objeto de especiales privilegios; que se ocupe el Estado de financiar adecuadamente estos aspectos.

III.—Derecho al empleo y adiestramiento protegido.

IV.—Derecho a la percepción completa del salario, seguridad social y beneficios de desempleo. Se habla también del derecho a percibir, durante su permanencia en el empleo, los cuidados necesarios o que así se estimen para la consecución de su curación, y que por supuesto no haya nada en el trabajo que pueda obstar a que ésta se realice. También en este punto se dice que existe un derecho a la rehabilitación social del subnormal. Difícilmente podemos encajar este derecho en una norma positiva y creemos que se trata de un derecho natural del subnormal a no ser tratado de forma denigrante por razón de su

54) Cfr. MASOVIC, *Aspectos legales del empleo protegido para el deficiente mental*. "Documentación social", año VII, Abril-Septiembre 1968, pág. 66.

defecto en sus relaciones en la sociedad. Ello puede ser exhortado en las normas, sancionando incluso con la imposición de penas a algunas conductas contrarias.

V.—Pleno empleo del deficiente severo. Es muy problemático que esto constituya un auténtico derecho, ya que en ocasiones esto se presenta en todo caso como un ideal a realizar. Habría de sustituirse por la expresión: “Derecho a que el Estado atienda en la medida de lo posible la situación de cada subnormal, garantizándole unas condiciones mínimas de vida que no desmerezcan del género medio de vida del país en cuestión”.

VI.—Cambio de la situación jurídica “total” del subnormal al tiempo que cambia su puesto en la sociedad. También es problemático que esto constituya un auténtico derecho, no estando reconocido, por supuesto, en la legislación española. En todo caso habrá que variar la situación jurídica del subnormal cuando varíen las causas que motivaron la especial protección que les dispensa el ordenamiento, esto es, cuando varíe su discernimiento o su voluntad, pero no cuando cambie una situación que de por sí no tiene por qué tener efectos constitutivos de capacidad. Entonces podría crearse una original forma de capacidad del subnormal, la de que éste comenzase a trabajar en régimen de empleo protegido.

Con esto concluimos la exposición del régimen jurídico-privado del subnormal. Parece que se trata de un sistema relativamente perfecto y que únicamente adolece de la falta de una institución similar a la minoría prolongada. Incluso no consideramos demasiado importante la objeción de no permisión de revocar el régimen de legítimas a favor del hijo subnormal, ya que las dos terceras partes de un patrimonio alcanzan casi a los mismos fines que la totalidad del mismo.

Como características más importantes inducidas de este sistema encontramos el constante beneficio de la duda que se concede al subnormal, su protección total, en cuanto a la persona y sus bienes, y quizás cierta insuficiencia en la regulación del proceso de jurisdicción voluntaria conducente a la declaración de incapacidad, que merecería mayor atención.

3.—EL SUBNORMAL EN LA ESFERA PENAL.

Examinaremos a continuación, siquiera someramente, la protección dispensada al subnormal en la esfera jurídico-penal, en un doble sentido, el subnormal como sujeto activo del delito, no castigando el ordenamiento las conductas que no suponen una voluntad libre y el subnormal como sujeto pasivo del delito, supliendo el ordenamiento una voluntad viciada que, por lo mismo, consiente y elimina aparentemente la antijuricidad de la conducta delictiva.

a) *El subnormal como sujeto activo del delito.*

El problema de si se pueden castigar las conductas delictivas que hayan sido cometidas por seres sin voluntad o con voluntad viciada es un problema que ha sido muy controvertido en la ciencia del derecho penal. De que no ha sido aún resuelto nos da fe el hecho de que aún en el siglo XX, en Tejas concretamente, se juzgó a un elefante.

La solución en principio parece fácil, lo es menos cuando pensamos en las teorías deterministas de la voluntad, y aún cuando, no admitiendo dichas teorías, pensamos en algunos supuestos en los que claramente factores externos han impulsado con gran violencia la voluntad del hombre, supuestos en los que el Derecho penal no por ello deja de cumplir su misión sancionadora, si los motivos son irrelevantes en el ordenamiento.

Prescindiendo de otros datos y centrándonos únicamente en lo que propiamente puede conocerse bajo el nombre de ciencia del Derecho penal, la primera aproximación debemos realizarla a la Escuela clásica, que formuló la teoría jurídica del delito con toda perfección y por tanto no dejó al margen el aspecto de la idiocia. Pero la consideración de dicha Escuela sobre la idiocia es en cuanto que ésta es un factor concurrente en el delito, no en cuanto que es un estado del delincuente. Así pues, y en absoluta conformidad con su sistema, encuentran que al no suponer una total inexistencia de voluntad en el sujeto activo, no debe suponer una inimputabilidad en el mismo y por tanto el delito será penado, pero se verificará una reducción en la pena ⁵⁵.

55) F. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, vol. 2 ed. Temis, Bogotá, 1957, págs. 191-192.

La escuela positivista somete a un radical replanteamiento estas cuestiones. Niegan que la instrucción intelectual, que era uno de los argumentos manejados por los clásicos, sea un elemento de moralidad, y en análisis detallados demuestran o intentan demostrar su ineficacia. Les interesa la idiocia en cuanto que está en un hombre, en el delincuente. Continúan negando que el sentimiento religioso sea determinante del delito o de la honradez, diciendo que es extraño a la génesis del primero. Distinguen, concretamente Ferri, entre delincuentes ocasionales y delincuentes propiamente dichos, "malos de remate", traduce, con cierto gracejo el anónimo traductor de Ferri. Para éstos no queda sino la conmiseración añadida a las medidas de defensa en pro de los honrados. Su puesto es la cárcel, el aislamiento. No ha de aplicarse a los mismos los principios de un falso humanitarismo⁵⁶.

A estas teorías se añade un pasaje de Darwin, muy citado por estos autores, que se refiere a la natural eliminación de los peores, lo que entonces comienza a tomarse, no como fenómeno observado en la naturaleza, sino como norma de conducta para aplicar en las relaciones humanas⁵⁷. Se trata de un salto mortal, por otra parte muy típico del estilo positivista.

Entre estos dos principios se desarrollan los diversos sistemas de punición del subnormal hasta la aparición de las modernas corrientes penológicas, cuyo análisis omitiremos por creer que no han encontrado suficiente consagración legislativa en el sistema español que justifique su inclusión aquí.

Las tipificaciones más interesantes que hemos encontrado en los diversos sistemas legislativos son: el artículo 34, 1 del Código penal argentino, que reza: "El que no haya podido, en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración morbosa de las mismas, o por su estado de inconsciencia, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones", y el artículo 51 de la Ley penal alemana de 24 de Noviembre de 1933, que dice: "No existe acción punible cuando

56) E. FERRI, *Estudios de Antropología criminal*, La España moderna, Madrid, s. a.

57) CHARLES DARWIN, *L'origine dell'uomo e la scelta in rapporto col sesso*, trad. Michele Lessona, Unione tipografico-editrice Torino, 1882.

el agente, en el momento del acto, a causa de la perturbación de la conciencia, de morbosidad del espíritu o de debilidad del mismo, es incapaz de comprender lo ilícito de su acto o de proceder en consecuencia". Como puede comprobarse, en estas caracterizaciones no cabe una total inclusión del idiota que aquí estudiamos, sino únicamente una inclusión parcial que conllevaría una disminución de la pena. Lo mismo ocurre en el artículo 10 del Código federal suizo: "Quien por causa de enfermedad mental, idiotez o grave trastorno del conocimiento en el tiempo de la comisión del delito no fue capaz de comprender lo injusto de sus actos, no es punible".

En Derecho español hemos visto como en las Partidas se viene a equiparar el desmemoriado (mente captus) al furiosus. El Código de 1870 adoptó una fórmula muy simple: "No delinquen el imbecil y el loco, a no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón". Como se ve, recoge la antigua teoría de la distinción del imbecil y el loco por la posibilidad de intervalos lúcidos en éste. Esta formulación tuvo gran duración en cuanto a vigencia en el tiempo y por otra al hecho de que volvió a entrar en vigor en la II República, momento de intensa elaboración jurídico-penal⁵⁸.

El Código de 1928 adoptó una fórmula más confusa. Dice que "es irresponsable el que en el momento de ejecutar el acto u omisión punible se hallare en estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico, que prive necesariamente y por completo a su conciencia de la aptitud para comprender la injusticia de sus actos o a su voluntad para obrar de acuerdo con ella, siempre que no se hubiere colocado en ese estado voluntariamente". La fórmula es completa y motivó serias dudas.

Durante cierto tiempo la jurisprudencia no admitió la existente incompleta respecto de los supuestos de imbecilidad, y para su reconocimiento hubieron de ser precisas muchas razones evidentes de justicia. Es muy interesante ver como va articulándose dicha institución paulatinamente. Así durante algún tiempo no se admite en absoluto⁵⁹, luego comienza a introdu-

58) Cfr. E. CUELLO CALON, *Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1956, página 389, citando jurisprudencia.

59) T. S. 19 Diciembre 1881, 3 Octubre 1884, 17 Noviembre 1886, 6 Febrero 1891.

cirse paulatinamente quizás ante los alegatos que reclaman la eximente completa.

Así, más adelante⁶⁰, dice el Tribunal Supremo: "La mera deficiencia o anomalía mental que haga funcionar imperfectamente las facultades intelectuales podrá constituir un motivo de atenuación si coincide con alguna de las modalidades señaladas al efecto, pero no exime de culpa mientras no se afirme que el procesado, en el acto de delinquir, se hallaba afecto de imbecilidad o locura, debiendo entonces constituir atenuante". Y en otra sentencia: "No resultando probada la total insuficiencia de las facultades intelectuales del acusado, procede el reconocimiento de la atenuante". Claro que en esta misma sentencia se dice que no son compatibles la menor edad y el trastorno mental unidos. Por supuesto, los casos que entonces se estimaban como de atenuante quizás hoy constituyesen supuestos de eximente total, pero el principio comenzaba a ser aceptado. Por supuesto, ésto se acompañaba de diversos estudios sobre el problema desde el punto de vista criminológico, en los que no nos detendremos⁶¹.

Hoy el problema se regula en el actual Código punitivo en el artículo 8, 1., eximiendo de responsabilidad criminal al enajenado. La fórmula es evidentemente omnicompreensiva. Se complementa en el artículo 9, 1, en el que se admite la eximente incompleta referida a los supuestos del artículo 8. La Jurisprudencia ha entendido que cabe considerar la eximente incompleta y así lo ha hecho⁶².

En cuanto a la teoría general de la enajenación, el Tribunal Supremo se reenvía por completo a la psiquiatría⁶³, y sólo en ocasiones se refiere, y para fijar más que el concepto genérico de enajenación el concepto específico que da a la eximente el ca-

60) T. S. 20 Abril y 22 Noviembre 1911 respectivamente.

61) A. SALILLAS, *Los locos delincuentes*, "Revista general de legislación y jurisprudencia". 1899, pág. 117 ss. Cfr. los Estudios del XI Curso Internacional de la Sociedad de Criminología: *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-62.

62) T. S. 2 Abril 1947, 8 Abril 1949. Estrictamente sobre subnormales. 8 Marzo 1958.

63) T. S. 1 Marzo 1950, 11 Noviembre 1958.

rácter de tal, a la ausencia total de las capacidades volitivas o intelectivas⁶⁴.

La doctrina científica caracteriza al subnormal de maneras muy diversas. Así, Quintano⁶⁵, siguiendo a Brinbaum, en *Die Psychopatischen Verbrecher*, Leipzig, 1926, dice que el subnormal es somáticamente normal, mientras que Cuello Calón⁶⁶ dice que la oligofrenia proviene de la personalidad anormal del agente. La opinión más aceptable parece, prescindiendo de precisiones médicas, que se trata de un estado distinto de la locura, en el que lo ordinariamente más relevante no es la alteración, sino la disminución de sus facultades, siendo a este fenómeno al que se deberá atender al determinar su responsabilidad. Afortunadamente parece desterrado para siempre de la doctrina el aforismo o mejor, el axioma de Ferri: "El hombre es responsable por el solo hecho de vivir en sociedad".

Para concluir, anotemos que no es la eximente incompleta la única posibilidad que se reconoce al subnormal sujeto activo de un delito. Efectivamente, y partiendo de que el Derecho penal exige la existencia de la intención o al menos infracción de un deber de cuidado, es decir, negligencia, al detenernos en el dolo, caracterizándolo, fácilmente se hace resaltar que es requisito del mismo la conciencia de la antijuricidad de la acción por parte de quien la ejecuta. Esta conciencia de la antijuricidad de la misma se adquiere mediante el conocimiento de la Ley, por lo que en principio no es posible alegar el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta, dado el artículo 2 del Código Civil. Ahora bien, dada la peculiar contextura del Derecho penal, en él no rige en otros sectores del ordenamiento. Y esto ha sido recogido por el Tribunal Supremo en diferentes ocasiones⁶⁷, reconociendo la escasa cultura del individuo, por lo cual no se estimó racional condenarle por un delito que, en cierto sentido, comprendía una serie de factores determinantes del supuesto de hecho que se encontraban fuera de la esfera de

64) T. S. 19 Enero 1960, 22 Enero 1964.

65) A. QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código penal*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1966, pág. 74 ss.

66) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, cit., pág. 454,

67) T. S. 18 Marzo 1931, 21 Mayo 1965.

conocimientos que formaban el cuadro general de desenvolvimiento de la vida del procesado. Si bien en dichos casos el Tribunal Supremo se refiere a delitos monetarios, no parece existir óbice alguno para que se haga partícipes de este beneficio a los delitos en general cometidos por los subnormales, en cuyo caso el principio es al menos de idéntica aplicación.

Así pues, prácticamente toda la doctrina cree que la subnormalidad constituye eximente incompleta (que posibilita al juez rebajar la pena en dos grados, y dentro del grado resultante imponer la mínima pena) y que únicamente es punible el subnormal en cuanto que conoció y consintió en la antijuricidad de su acto, con conocimiento de los efectos resultantes y libertad de su voluntad. Se considera asimismo, y esto lo repiten Quintano Ripollés, Cuello Calón, etc., que debe internarse al subnormal no castigado, con el mismo régimen que al loco, pero que ha de ser objeto de especial cuidado y frecuentes revisiones por parte de los médicos, de forma que, habiendo mejorado, no le sea más gravosa la estancia en el establecimiento que la pena.

Ni que decir tiene que para la determinación de si existe enajenación mental, subnormalidad, etc., no es precisa la declaración previa de incapacidad, sino la constancia de la subnormalidad.

b) *El subnormal como sujeto pasivo del delito.*

Si bien es cierto que el Derecho penal debe atender a la situación del subnormal en cuanto que realizador de una conducta típica, no lo es menos que ha de tutelar una voluntad incapaz de tutelarse por sí sola y que por tanto pueda dar lugar a diversos tipos de conductas que aprovechen la situación de indefensión del subnormal para obtener determinados beneficios.

Esta tutela puede hacerse en general o para determinados delitos. En las leyes españolas no parece que se adopte ninguno de los dos sistemas *expressis verbis*, con excepción del artículo 1 de la ley de Azcárate sobre la usura. No obstante se contienen en ellas el suficiente número de elementos como para que en su aplicación práctica los tribunales hayan podido sancionar dichas conductas al menos en la mayoría de los casos.

En el ordenamiento punitivo español se encuentran al menos dos preceptos generales que pueden interpretarse como directamente incidentes en los supuestos de delitos cometidos contra los subnormales; las agravantes 1.^a y 8.^a del artículo 10 del Código penal. No obstante en los tratados ordinarios doctrinales e incluso en la jurisprudencia, no se ha intentado apenas este camino. Únicamente en 26 de Febrero de 1910 se habla de la natural indefensión de la víctima, lo que da lugar a que el Tribunal aprecie la alevosía.

Más amplias son las observaciones que se pueden hacer sobre algunos delitos concretos. Aquí la protección es distinta, no se contempla una conducta típica delictiva, que se agrava, sino que se contempla una acción que, ordinariamente no comprendida en un tipo penal, se convierte en delictiva porque y sólo porque el sujeto pasivo tiene sus facultades mentales disminuidas.

Fundamentalmente los bienes que puedan dañarse en un subnormal son el estado físico, la honestidad y la propiedad, al menos en cuanto que quizás en algún caso el consentimiento, en estas acciones, destipifica conductas delictivas.

En la actualidad en los delitos que hacen referencia al estado físico, es decir, en los delitos contra las personas, ni cabe consentimiento, a partir de la nueva redacción del artículo 428 del Código Penal. No obstante, este principio no se observa de forma estricta, como lo pueden demostrar deportes como el boxeo. Podría plantearse el problema de que en uno de estos deportes se utilizase a un subnormal a efectos de lucro. Puesto que ningún precepto regiría en contra, y dado que la teoría jurídico-penal de la acción así parece indicarlo, todo hace pensar que los promotores de dicho aprovechamiento que conocieron la situación de subnormalidad, habrían de ser condenados como reos del delito de homicidio o lesiones que se pudiesen producir, tipificándose en su caso de acuerdo con el artículo 565 del Código Penal o con la atenuante de preterintencionalidad del artículo 10, 4 del susodicho cuerpo legislativo.

En relación con la tutela de la honestidad, el Derecho penal incluye el supuesto de subnormalidad, según la opinión más autorizada, en los supuestos de no prestación del consentimiento. El más importante delito que contempla el supuesto de no

prestación del consentimiento es un delito que no tutela específicamente la honestidad sino más bien la libertad sexual. Ello ha motivado el problema de si el supuesto de subnormalidad ha de entenderse incluido en los recogidos en los artículos 429, que regula los supuestos de violación. Aparentemente no hay dificultad para la admisión antedicha, pues se mencionan los supuestos en que la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa. En contra se ha razonado que si el precepto se refiere a la libertad sexual no sanciona conductas que, en principio, no atentan contra la misma. Fácilmente puede responderse que el Derecho supone la no aquiescencia de la mujer a tal acto, como lo prueba que castigue a todo aquel que lo realice en casos de privación de razón o sentido. Así pues, la aceptación no se presupone, hay que probarla. No ha de olvidarse que el precepto tutela también la honestidad y que, tanto en el orden natural como en la realidad concreta española, con tan fuerte sedimento de cristianismo, se tiene claramente por no lícito el yacimiento extramatrimonial, por lo que lo natural sería, por parte de la mujer, negarse.

La aplicación de estas ideas por el Tribunal Supremo es ciertamente rigurosa. Así en 24 de Junio de 1935 dice que la idiotéz es bastante eficiente si priva de la capacidad para conocer la trascendencia del acto. Dice también, no obstante, en 4 de Marzo de 1935 y en 3 de Enero de 1949 que el simple retraso mental no es equiparable a la ausencia de razón total. Lo equipara sin embargo en un supuesto curioso, la suplantación del marido en el lecho conyugal, en Sentencia de 15 de Junio de 1957.

Quintano Ripollés critica⁶⁸ esta postura del Supremo, en relación con la equiparación del supuesto 2.º del artículo 429 a situaciones patológicas de disminución.

Cuello Calón⁶⁹ sustenta una opinión intermedia, diciendo que la jurisprudencia del Supremo no ha sido tan conforme. Aduce algún testimonio, así T. S. 19 Noviembre 1930 en relación con 27 Septiembre 1951.

68) A. QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios...*, cit., pág. 785 ss.

69) E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II. Bosch Barcelona, 1957, página 549.

En relación con los bienes también hay diversos problemas jurídico-penales. En particular son interesantes los problemas relativos a la estafa y la usura.

En derecho comparado, así como en derecho español, se requiere, para la tipificación como estafa de una conducta, la existencia de un artificio y que dicho artificio sea suficiente objetivamente para producir el engaño que causa la desposesión patrimonial. El problema se plantea, pues, sobre si puede entenderse comprendida en el artículo 529, 1 del Código Penal una conducta que se haya valido de un engaño, lo haya sido de hecho, dadas las peculiares características de la persona engañada.

Quintano Ripollés dice que si bien durante mucho tiempo se exigió que el medio fuese idóneo objetivamente, hoy se ha dado un viraje hacia el criterio subjetivo, como lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en 9 de Septiembre de 1954 y 4 de Marzo de 1955 ⁷⁰.

Un interesantísimo artículo de Ferrer Sama, en el que analiza estos supuestos de estafa al menor o subnormal ⁷¹, defiende la postura de que en los casos extremos pueda hablarse de hurto, lo que parece del todo correcto, ya que se verifica una auténtica *contraeactatio*, y que no existe la voluntad del dueño, requisito que precisamente es exigido para hurto por el artículo 514 del Código Penal.

Trata el autor de una institución peculiar en derecho italiano, la circunvención de menores o incapaces, similar a la estafa y que se diferencia de la misma porque no es preciso en ella la existencia de un engaño. Al menor o incapaz se le tutela prescindiendo de que haya sido inducido o no a error, ya que esta inducción es irrelevante por serlo la voluntad, viciada o no por el error, pero viciada antes por la incapacidad. Este supuesto se recoge en el artículo 643 del Código penal italiano y no requiere previa declaración de incapacidad. Por supuesto se requiere dolo específico de prevalimiento.

70) A. QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, II, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1964, pág. 597 ss.

71) A. FERRER SAMA, *Circunvención de menores*, en "Revista de Derecho español y americano", 1957, VIII, pág. 3 ss.

En nuestro derecho ve el autor un supuesto similar en el artículo 544, en el capítulo VI del título XIII, libro 2 del Código penal, referido a la usura. Aunque el supuesto fuese, como lo es, muy aprovechable *de lege ferenda*, en la actualidad parece que no hay ningún camino para incluir en él al subnormal, como hace notar Landrove Díaz⁷². Las razones para ello las da recogiendo la opinión de Groizard de que el subnormal está lo suficientemente tutelado con los preceptos de la ley civil. De todas formas parece que hubiera sido más correcta una formulación algo más omnicompreensiva, de la que, en todo caso, no se iba a seguir daño alguno. Tal hace el derecho alemán, en los párrafos 301 y 302 de la ley penal de 1933.

4.—CONCLUSIONES.

Las principales conclusiones que hemos deducido de nuestro examen de la configuración y estatuto jurídico del subnormal, pueden resumirse brevemente así:

1.—La categoría del subnormal no es recogida como autónoma en el ordenamiento, habiendo de subsumirse en la figura de imbecilidad.

2.—A su vez, esta categoría se ve equiparada, a buen número de efectos legales, a la de demencia. Frente a esta afirmación existe una sentencia del Tribunal Supremo que lo niega expresamente, empero toda la doctrina que ha estudiado el problema, afirma la susodicha inclusión, aduciendo argumentos de mayor fuerza.

3.—La incapacitación de que en su día sea objeto el subnormal ha de ser plena o absoluta, es decir, referida a su persona y bienes, no admitiendo el Código Civil supuestos intermedios.

4.—Del mismo modo, tampoco caben gradaciones en la tutela del subnormal, que depende de modo directo de esta declaración.

5.—Poderosas razones de equidad y seguridad jurídica hacen desaconsejable el establecimiento de sistema distinto por ulteriores normas.

72) G. LANDROVE DIAZ, *El delito de usura*. Bosch, Barcelona, 1968, página 116.

6.—Por el contrario, parece oportuno propugnar *de lege ferenda* el sistema denominado de “minoría prolongada”. Es un sistema del todo conforme con la justicia y la equidad y contribuye a un refuerzo de la posición de la familia, principio que ha de inspirar siempre nuestro derecho en base a la gloriosa tradición en que se basa.

7.—El subnormal puede contraer matrimonio canónico en cuanto que sea capaz de prestar el consentimiento definido en el c. 1081 con el discernimiento requerido en el c. 1082, 1.

8.—Para la aplicación práctica de estas normas, en general ha de bastar la buena conciencia del párroco, que en caso de duda ha de preguntarse si considera que el sujeto en cuestión podría cometer un pecado grave.

9.—De la comparación de los ordenamientos civil y canónico resulta claro que el sistema de regulación canónico, basado en criterios modales, resulta más perfecto que el civil, basado en sistemas de categorías herméticas.

10.—No se puede predicar la capacidad laboral del subnormal después de la declaración de incapacidad, aunque *de lege ferenda* sería oportuno se instaurase un sistema de empleo protegido.

11.—Es problemática la posibilidad de atribuir al subnormal todo el caudal hereditario, prescindiendo de las normas sobre legítimas.

12.—El subnormal sólo es imputable jurídico-penalmente cuando en el momento de la comisión del delito podía conocer y querer las consecuencias de su acto que constituyesen precisamente el delito y tener conciencia de su antijuridicidad.

13.—Ordinariamente el subnormal no se beneficiará de la eximente completa del artículo 8, 1 del Código Penal. Con más frecuencia se verá subsumido en la eximente incompleta correspondiente. En tal caso no cabe internamiento en establecimientos destinados a su rehabilitación, por el principio *non bis in idem*.

14.—En los casos en que no quepa la eximente incompleta cabe también el aducir el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho, o incluso de sus consecuencias naturales.

15.—El subnormal es sujeto de una especial protección del Derecho penal en relación con las conductas delictivas que con él se cometen. Esta protección se verifica de dos formas, agravando conductas ya delictivas de por sí o convirtiendo en delictivas conductas que no lo serían de no mediar la peculiar condición del sujeto pasivo.

16.—En cuanto a la agravación de conductas será tanta cuanto haya sido conocido y querido el grado de indefensión natural del sujeto pasivo, y cuando mayor sea éste realmente.

17.—En el terreno de la honestidad, el Derecho penal hace irrelevante el consentimiento de la mujer idiota en el coito, de suerte que la conducta queda tipificada como violación. En los casos de subnormalidad pura y simple, el Supremo requiere la existencia de un cierto prevalimiento de la posición del sujeto pasivo, para la tipificación del coito como delictivo.

18.—El subnormal privado por completo de su voluntad se ve tutelado por el propio concepto legal de hurto, de suerte que toda desposesión que se le haga constituye dicho delito, al requerir el Código a los efectos de inclusión en el tipo, únicamente la falta de una voluntad en el dueño.

19.—El criterio para la determinación de si ha existido estafa ha de ser un criterio que aprecie si el artificio utilizado es racionalmente suficiente para producir el efecto que realmente produjo, habida cuenta de la situación y circunstancias de todo tipo del sujeto pasivo. En suma, ha de ser un criterio subjetivo. Esta tendencia es jurisprudencialmente moderna, ya que el criterio objetivo fue defendido durante mucho tiempo por la doctrina y jurisprudencia.

20.—No existe en nuestro derecho la circunvención de incapaces, al no poderse subsumir éstos en el artículo 544 del Código Penal. Sería deseable, *de lege ferenda*, la implantación de una norma en este sentido.