

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DISCURSO

LEIDO EN LA APERTURA

DEL CURSO ACADEMICO DE 1944 a 1945

POR EL

Dr. D. José Antón y Oneca

Catedrático de Derecho Penal



Imprenta "Cervantes"
Cuesta Sancti-Spiritus, 12. - Tel. 1921
SALAMANCA
1944

LA PREVENCIÓN GENERAL Y
LA PREVENCIÓN ESPECIAL
EN LA TEORÍA DE LA PENA

R. 22577

B. S.
DISC
1944-1945

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DISCURSO

LEIDO EN LA APERTURA

DEL CURSO ACADEMICO DE 1944 a 1945

POR EL

Dr. D. José Antón Oneca

Catedrático de Derecho Penal



Imprenta "Cervantes"
Cuesta de Sancti-Spíritus, 12. - Tel. 1921
SALAMANCA
1944

EXCMO. SEÑOR.,

SEÑORAS Y SEÑORES:

De sabios eruditos salmantinos he escuchado que no se encuentran precedentes de la ceremonia inaugural de curso en nuestra remota tradición. Quizás este acorde cromático de mucetas y birretes, símbolo de unidad universitaria, sea ahora más necesario, cuando las ciencias se apartaron por los caminos de la especialización; cuando las Facultades, alojadas en distintos edificios, han perdido la ocasión de convivencia. Pero la diversidad del auditorio reunido en el Paraninfo plantea difícil problema al disertante sin agilidad suficiente para saltar los límites de su técnica; pues el discurso ha de ser colaboración del orador con sus oyentes, cuya curiosidad condiciona la elección de tema y el modo de desarrollarlo. El conflicto entre esta exigencia y mis posibilidades reducidas no puede tener solución suficiente; ineludible precepto reglamentario me ha obligado a buscarla concertada: por mi parte he escogido en la disciplina profesada un tema que pueda interesar a alguien más que a los penalistas; de la vuestra espero resignación y benevolencia.

Tengo la pretensión de ver en la Justicia punitiva aspectos de interés general. Concepción Arenal en la dedicatoria de su opúsculo «A todos», decía: «Voy a dirigirte algunas palabras... sobre la cuestión de disminuir las probabilidades de que te roben o asesinen. Me parece que el asunto vale la pena de que te ocu-

pes de él; tu no debes ser de la misma opinión a juzgar por la indiferencia con que lo miras». Se equivocaba la popular escritora, porque no es cierta esa indiferencia, ni únicamente el egoísmo atrae la atención de las gentes sobre la actualidad criminal y penológica. El delito es violación escandalosa de la seguridad general por la que nos preocupamos con público celo, y la extensión e intensidad con que actúa el poder de castigar, atributo de la soberanía del Estado, refuerzo o carcoma de su prestigio, garantía y límite de libertades, se relaciona con problemas fundamentales de candente interés.

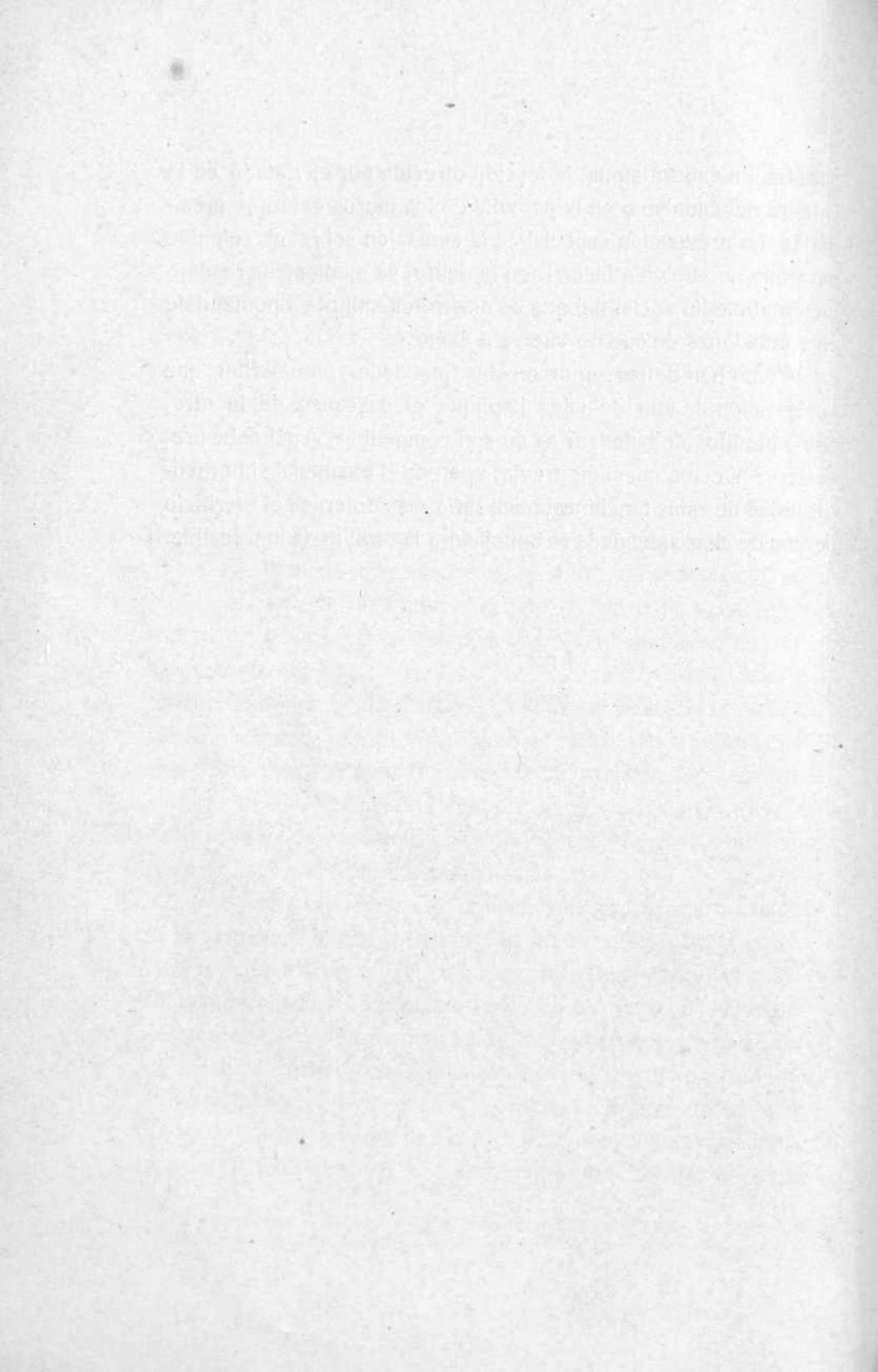
Que el Estado se atribuya el derecho de privar a sus súbditos de la vida, honor, libertad y patrimonio, es hecho impresionante que desde tiempos antiguos preocupó a los pensadores. ¿Cómo se justifica este temible poder? ¿Para qué sirve la pena? Pero, realmente, ¿es tan eficaz como se cree?. Ha habido épocas de rotunda confianza en su virtud y con lógica simplista, al verla fracasada en la repetición diaria del delito, se buscaba el remedio en la multiplicación de los rigores. Otras, extraordinariamente excépticas, hasta el punto de acoger como consoladoras profecías los programas utópicos orientados a su desaparición (1). Mas en estas oscilaciones pendulares ¿dónde está el punto medio que permita pacífica y durable estabilización?

No sería oportuno en este momento hacer una teoría completa de la pena. Solo voy a tratar de un problema concreto que apasiona a los criminalistas contemporáneos y acerca del cual ha de tomar posiciones forzosamente quien se ocupe de renovar la legislación penal. Se reconoce hoy corrientemente que la pena se ordena a fines y que estos son varios, agrupables en dos: Prevención general y prevención especial. La prevención general es la advertencia a todos para que se abstengan de delinquir; el ejemplo para que, no el delincuente sino los demás, escar-

(1) «Caminamos hacia la abolición de la pena», escribía en 1899, y no era opinión aislada en aquel tiempo, Martínez Ruiz, Azorín. (*La Sociología criminal*, pág. 205).

mienten en cabeza ajena; la lección ofrecida por el Estado en la cátedra del cadalso o en la pantalla de los muros externos presidiales. La prevención especial es la actuación sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en el delito, ya mediante la readaptación al medio social del que se mostró enemigo, ya poniéndole en condiciones de que no vuelva a dañar.

¿Cómo han de perseguirse estas finalidades para evitar que la elevación de una de ellas implique el descenso de la otra, como platillos de balanza? Si no son compatibles ¿cuál debe prevalecer? Y como cuestión previa, aparece el examen de la practicabilidad de estas funciones, pues sería más doloroso el sacrificio de una de ellas si en nada se beneficiara la otra, meta inaccesible.



ANTIGÜEDAD DEL PREVENTIVISMO

Que la pena no es solo represión del delito pasado sino prevención de delitos futuros, ha sido reconocido en forma más o menos sistemática por antiguos autores. No vamos a hacer la historia del preventivismo, pero sí es conveniente recordar a algunos de los pensadores más significados e influyentes en la historia de las ideas penales, pues el apasionamiento de los contemporáneos ha acostumbrado a cercenar sectores importantes de sus opiniones para poder ilustrar con sus nombres los árboles genealógicos de las escuelas. Este recuerdo nos servirá de antidoto contra el unilateralismo de que éstas han adolecido (1).

Siendo entre los griegos misión del Estado y de las leyes la educación de los ciudadanos para conseguir la felicidad, identificada con la virtud, era lógico que vieran en la pena un instrumento de pedagogía colectiva y aun de reforma del mismo penado. En este camino abre marcha Platón, o quizás Protágoras, cuya doctrina es transmitida en un diálogo platónico.

La teoría platónica se desarrolla en los siguientes diálogos: *Protágoras*, *Gorgias*, *República* y *Leyes*. De interés para nuestro estudio es el problema, tan oscuro, de la cronología, y el de la distinción entre las opiniones del autor y las meramente referidas

(1) Saldaña reivindicó para la tradición española la doctrina de los fines de la pena modernamente formulada por Liszt. (*Modernas concepciones penales en España. Teoría pragmática del Derecho penal*. Ed. Calpe, Madrid, 1923, pág. 68). También el P. Montes ha estudiado el preventivismo en los escritores españoles de los siglos XVI al XVIII. (*Precursores de la ciencia penal en España*. Madrid, Suárez, 1911, págs. 662 y sigs). Mas la exploración puede llevarse más allá en el espacio y en el tiempo.

de Sócrates o de los sofistas. Sin competencia para resolver estos enigmas, acepto de modernos autores como cronológica la ordenación expresada (1), que permite suponer la probable evolución del pensamiento platónico desde la concepción más simple del Protágoras a la más completa del Gorgias, terminando por el realismo detallado y práctico de las Leyes.

En el Protágoras se nos da la fórmula después tantas veces repetida por todos los relativistas, iniciándose así una corriente del pensamiento penal; «Nadie al castigar un culpable tiene por mira ni toma por móvil el hecho mismo de la falta cometida, a menos de abandonarse como bestia feroz a una venganza desprovista de razón; pero el que cuida de castigar inteligentemente no castiga por el pasado—porque lo que está hecho, hecho está—sino en previsión del porvenir, para que el culpable y los testigos de su punición no sientan intención de recaer» (2). Aquí aparece terminantemente rechazada la retribución y compaginadas la prevención especial y la ejemplaridad en alusión bien sumaria. ¿Es esta la opinión de Protágoras? En todo caso, por lo que se repite en el final del Gorgias y en las Leyes, Platón hizo suyo el preventivismo del sofista.

En el Gorgias Sócrates equipara el delincuente al enfermo, la pena a la medicina del alma. El hombre culpable es desgraciado en todo caso, pero lo es más si no sufre el castigo (3). Al que

(1) Según Brehier (*Histoire de la Philosophie*, t. 1, Alcan, 1938), el *Protágoras* pertenece al primer grupo de diálogos que preceden e siguen inmediatamente a la muerte de Sócrates. El *Gorgias* precede a la fundación de la Academia. Los libros II a V de la *República* siguen en poco a la fundación de la escuela. *Las Leyes* es obra inacabada, publicada después de la muerte de Platón, y presenta en muchos lugares el aspecto de una recolección de notas. Para Diès (*Autour de Platon.—Essais de critique et d'histoire*, II, 1927, pág. 287), en el espacio de tiempo 392-398, se escalonan los diálogos del primer período, figurando entre los últimos *Protágoras* y *Gorgias* por este orden. Para Croiset (*Platón, Oeuvres complètes*, Collection Budé, t. III, 2 parte, pág. 102) el *Gorgias* es casi contemporáneo del *Protágoras*.—Lutoslawski opina que el *Gorgias* cierra el primer período del pensamiento platónico, el estadio socrático, y representa la transición a la filosofía original. (Cit. por Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*. Turín, Bocca, 1903, pág. 214).

(2) *Protágoras*. Ed. Budé, 324, a. b.

(3) *Gorgias*, ed. Budé, 472, e. y sigs. La idea es repetida en *República*, lib. II, 380, b (t. VI de ed. cit).

está enfermo le conducimos a casa de los médicos. A los que se abandonan a la injusticia, a los jueces para que se les castigue. No es cosa agradable ponerse en manos de los médicos, ni causa placer el tratamiento que se da a los enfermos; pero es ventajoso sufrir el dolor para recobrar la salud. Así el castigo proporciona el verse libre del mayor de los males, porque obliga a volver en sí y hacerse justo, como que el castigo es la medicina del alma.

Los autores de la escuela clásica han visto en la anterior paradoja—que quizás constituye la doctrina de Sócrates, adoptada por Platón—el precedente de la teoría expiacionista. Correccionalistas y positivistas han recogido la imagen de la enfermedad, llevándola hasta las últimas consecuencias. Si el pensamiento platónico se redujera a este pasaje, podría comprenderse, en efecto, dentro de las teorías absolutas que justifican la pena en sí misma, como acto de justicia. Es también un beneficio para el reo en cuanto la felicidad es imposible sin la justicia; pero no se trata todavía de los procedimientos blandamente educadores que preconizan los penitenciarios modernos; incluso los más terribles suplicios asignados por las leyes al aspirante a la tiranía, que Platón se complace en describir para subrayar el atrevimiento de la teoría, son deseables antes que la impunidad. Por vez primera se lanza aquí la idea de una comunidad de intereses entre el que castiga y el castigado en cuanto ambos realizan un mismo principio de justicia (Hegel nos dirá siglos más tarde que el condenado es tratado conforme a su propia voluntad racional), y se abre camino a una armonía entre la represión y la prevención; pues si la sanción más cruel del derecho positivo es un bien para el que la sufre (lo cual parece extremosidad dialéctica para combatir la Retórica sofística que procuraba la impuni-

(1) Pessina, *Dello svolgimento storico della dottrina delle espiazione come fondamento del diritto penale*. *Opuscoli*, vol. I. Nápoles, 1874, págs. 9 y 10.—*Idem*, *Elementos de Derecho penal*. 3 ed. Madrid, 1919, pág. 88.

dad del culpable), es lógico plantear en el terreno del deber ser un sistema reformador que permita al reconciliado con la justicia perdurar en aquel estado de perfección; meta a la cual llega posteriormente el pensamiento platónico.

Al final del *Gorgias* se concilian la expiación con el preventivismo del Protágoras. En el mito de los infiernos se completa la doctrina: «Luego el destino de todo ser a quien se castiga, si el castigo es correctamente infligido, consistente bien en hacerse mejor y sacar provecho de la pena, o bien en servir de ejemplo a los otros, para que éstos, por medio a la pena que tienen que sufrir, se mejoren ellos mismos. Los condenados que expían su culpa y sacan provecho de su pena—proceda de los dioses o de los hombres—son aquellos cuyo mal es curable: tienen sin embargo necesidad de sufrimientos y de dolores, en la tierra y en el Hades, porque sin eso no curarían de su injusticia. En cuanto a los que han cometido los crímenes supremos y que a causa de ésto se han hecho incurables, son los que sirven de ejemplo, y si no sacan ellos mismos ningún provecho de su sufrimiento, porque son incurables, hacen aprovechar a los demás...» (1).

En los libros IX a XII de las *Leyes* tenemos un tratado de la hoy llamada parte especial del derecho penal. Al tratar de cada delito en particular y de las sanciones merecidas, se vierten consideraciones de carácter general y queda perfilado con la repetición el pensamiento platónico. Es sabido que en esta obra de ancianidad se propuso el filósofo de la Academia, en contraste con la utópica República, dar normas para una organización política viable. Así, por lo que a la función punitiva se refiere, acepta la venganza privada, la composición, la lapidación simbólica ejecutada por los magistrados sobre el cadáver del reo, la responsabilidad de animales y cosas inanimadas. Mas al lado de

1) *Gorgias*, 524, b. c.

estas formas primitivas se vuelve al tema de siempre. Las leyes tienen la bella misión de hacer que los hombres amen o por lo menos no aborrezcan la justicia. Pero si el enfermo es incurable ¿qué pena se dictará? Como para esta clase de personas la vida no es el estado más ventajoso y con su muerte proporcionan a los demás doble utilidad, puesto que para éstos es un ejemplo que los aparta de obrar mal, y se purga al mismo tiempo la República de los peores súbditos, no puede dispensarse la pena de muerte, pero fuera de este caso no debe usarse tal remedio (1).

Para el crimen de impiedad la pena general es la prisión. Habrá en la ciudad tres clases de prisiones. Una, cerca de la plaza pública, destinada a depósito general. Otra, destinada a los que delinican por falta de juicio y no por deseos y costumbres corrompidas. Permanecerán en ella los condenados cinco años, y durante este tiempo, ningún ciudadano tendrá relación con el delincuente, fuera de los magistrados, que se reunirán por la noche e irán a conversar con él para instruirle y procurar el bien de su alma. Cuando haya pasado el tiempo por el que ha sido condenado, si se ha hecho más prudente e instruido, entrará en relación con los ciudadanos virtuosos, y si no se enmienda y de nuevo es culpable del mismo crimen, será condenado a muerte.

La tercera prisión, situada en medio del país, en un paraje desierto y lo más inculto que pueda ser, se llamaría prisión de suplicio, y a ella serían destinados los que, semejantes a bestias feroces, no solo no reconozcan la existencia de los dioses sino que seduzcan a los demás; prohibiéndose a las personas libres la comunicación con ellos en todo tiempo.

En este hallazgo de la prisión de aislamiento—luego preconizada por los partidarios del régimen celular—y en sus dos destinos, correccional o inocuidador, según la clase del delincuente (encarnación del principio que hoy llamamos de individualiza-

(1) Libro IX.



ción de la pena), vemos el sentido moderno de la filosofía platónica, avanzada de la teoría preventivo-especial (1).

También la doctrina de Aristóteles ha sido invocada por unos y otros en la controversia de las escuelas. Aristóteles rechaza el talión defendido por los pitagóricos, demostrando con impecable lógica la imposibilidad de su realización cuando la distinta condición del criminal y de la víctima impida causar al primero mal idéntico al sufrido por el agredido, y señalando además, a estos efectos, la diferencia que hay de lo que voluntariamente se hace a lo que se hace contra voluntad (2). La justicia ha de ser no conforme a igualdad sino a proporción. Esta no es solamente a la gravedad objetiva del delito. Es mérito de Aristóteles haber iniciado la teoría de la responsabilidad moral (3), mediante el análisis de los actos forzados y voluntarios (4). Y a través de la culpabilidad se hace, como en los modernos, la valoración de la personalidad, distinguiendo del habitual al que cayó en el agravio «ocasionalmente», por flaqueza de ánimo. «No por cualquier cosa que uno hurte es ladrón aunque haya hurtado» (5). La pena proporcionada al delito y englobada en la misma justicia correctiva o rectificadora que rige las relaciones contractuales, con amplia percepción del principio de culpabilidad: he aquí las bases de la doctrina clásica del derecho penal.

Mas la pena es también medicina (6), y sirve a fines preventivos, según un texto luego citado o imitado durante siglos por teólogos y jurisconsultos: No basta exhortar e incitar a las costumbres generosas al que de suyo aficionado a lo bueno, hácele

(1) El mismo pensamiento individualizador se repite con referencia al autor de robo de cosas sagradas y a las penas de exilio, corporales e infamantes, corrientes en la antigüedad. Estos castigos podrán quizás corregirle y hacerle mejor, porque ninguna pena tiene por fin el mal del que la sufre, sino que su efecto es hacerle mejor o menos malo. Si al incurable se le impone la muerte, ésta es también el menor mal que puede sufrir.

(2) *Ética a Nicomacho*, lib. V, cap. V. Ed. Simón Abril, publicada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1918, págs. 209, 210.

(3) Levi. Ob. cit., pág. 188.

(4) *Ética a Nic.*, lib. III, cap. I. Ed. cit., págs. 96, 221 y siguientes.

(5) *Ética a Nic.*, lib. V., cap. VI. Ed. cit., págs. 216 y siguientes.

(6) *Rhetorica*, I, XV, *Opera*. ed. Didot, t. I, 342, 30.

perseverar en la virtud. Pero el vulgo no es apto para ser regido sino por temor, ni apartarse de lo malo sino por el castigo, porque buscan sus propios deleites y las cosas de donde les pueden proceder y huyen de las contrarias pesadumbres... (1). Los más de los hombres más obedecen por fuerza que por razón, y más por castigos que por honestidad. Por esto les parece a algunos que los que hacen leyes deben convidar y exhortar a la virtud por causa de la misma honestidad, como cosa a la cual los buenos señaladamente obedecerán por lo que tienen de costumbre; pero a los que fueren desobedientes y no bien inclinados se les pongan penas y castigos, y a los que del todo fueren incurables los echen de la tierra. Porque el que bueno fuere y viviere conforme a la honestidad dejará regirse por razón, pero el malo y amigo de vivir a su apetito como bestia, sea castigado con la pena. Y por esto dicen que conviene que se pongan tales penas, que sean de todo contrarias a los deleites a que ellos son aficionados (2). Pues suelen delinquir los que piensan que pueden esquivar la pena o que el lucro obtenido por el delito es mayor que la pena señalada (3). Como en Platón hay una gradación de los fines especiales: las penas se imponen a los no bien inclinados y desobedientes, y a los del todo incurables se les echa de la tierra; pero por delante va la función exhortadora y conminatoria que a los malos se dirige. Es el principio de la intimidación, cuya sencillez y evidencia es su mayor peligro, pues invita a descansar como en meta ya lograda sin seguir el camino de la investigación hacia otros efectos, que no son el temor, en el alma colectiva, por los cuales es mucho más complejo el problema de la finalidad penal.

Muestra Lönning cómo las ideas que han luchado entre sí al calor de las controversias modernas de escuela, viven pacífica-

(1) *Ética a Nic.* lib. X, cap. X. Ed. cit., 465, 6.

(2) *Ética a Nic.*, lib. X, cap. X. Ed. cit., 469-10.

(3) *Rhetorica*, I, cap. XII. *Opera*. Ed. Didot, t. I, 338-5.

mente en el amplio espíritu aristotélico (1). Desde el punto de vista de su doctrina unitaria, conciliación de la retribución y la defensa social, considera Hippel desafortunada la oposición que se ha querido ver desde Kant y Feuerbach en Alemania y se lamenta del inútil trabajo e infructífera lucha que se hubiera podido evitar construyendo sobre la sólida base aristotélica (2).

En realidad también la platónica reúne principios de las que contemporáneamente se han llamado teorías absolutas y relativas, aunque el acento recae sobre la prevención especial, en contraste con el pensamiento dominante hasta tiempos muy recientes. La pena es en aquella expiación purificadora, utilizada como medio para la enmienda cuando sea posible, para la eliminación y la ejemplaridad cuando no lo sea. Esta queda relegada a función supletoria. Mas obsérvese que la incurabilidad, condición necesaria para abrir paso a la eliminación y ejemplaridad, no se deduce solamente de la reincidencia, que demuestra ya el fracaso de la pena correccional, ni de tendencias advertidas en la personalidad del reo que aconsejen renunciar por inútil a las tentativas de reforma. Platón nos habla de crímenes supremos que permiten desde luego declarar la incorregibilidad, y por este portillo abierto a la ficción, se deslizarán las necesidades ejemplaristas, siempre vitales y nunca resignadas a la situación de reserva.

En Aristóteles, además de la proporción adecuada a la justicia correctiva, base a la vez del derecho penal y del civil, se subrayan la advertencia y el temor; precedente de las más rudas y antiguas concepciones empíricas de la intimidación, y también de las más modernas teorías de la *controspinta criminosa* (Romagnosi), de la coacción psicológica (Feuerbach), o de las que contemporáneamente se esfuerzan por rehabilitar la prevención general.

(1) Löning, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*. Jena, 1903, pág. 337 y sigs.

(2) Hippel, *Deutsches Strafrecht*, I, pág. 465.

El pensamiento griego, que desde Anaxágoras hasta Aristóteles ha lanzado tempranamente los gérmenes de todas las ideas sobre el Estado y la Sociedad (1), contiene también los de todas las doctrinas más recientes sobre los fines de la pena. Las dos tendencias han inspirado a los autores posteriores, y especialmente a los dos filósofos que más influyeron en el pensamiento penal español de los siglos xvi al xviii: Séneca y Santo Tomás.

Séneca reproduce la tesis del Protágoras en la fórmula que después se ha hecho popular: «*Nam ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*» (2). Análogamente a los filósofos griegos fija los fines útiles de la pena: o la enmienda de aquel a quien se castiga, o la mejoría de los otros por el escarmiento suyo, o que, con la extirpación de los malvados, puedan vivir los otros más seguros (3).

La preferencia por el fin correccional es continuamente señalada. Igual que Platón, nos habla Séneca del crimen «como enfermedad del alma», pues «propio de un mal médico es desahuciar por no tener que curar». Y agota las imágenes correccionalistas, comparando los culpables con enfermos, con lanzas que se enderezan con el fuego (4); con extraviados por ignorancia del sendero, a quienes vale más conducir por el camino recto (5); con árboles torcidos, a quienes los buenos labradores aplican arriños, o con otros que podan, abonan o abren el cielo para que no les ahogue la sombra ajena (6). Una gradación de remedios es especificada desde la advertencia secreta al destierro y la cárcel antes de llegar a la muerte, reservada para el caso en

(1) Wilamowitz, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer*. Berlín, 1910, pág. 127.

(2) *De Ira*, lib. I, XIX. Véase también: lib. II, XXXI.

(3) *De Clementia*, lib. I, XXII.

(4) *De Ira*, lib. I, VI.

(5) *De Ira*, lib. I, XIV.

(6) *De Clementia*, lib. II, VII.

que el alma es incurable y eslabona delitos con delitos. Aun ésta misma es—como en Platón—, «el único bien que quedaba para el delincuente» (1).

El estoicismo trae el principio de la clemencia utilitariamente administrada. Así se comprende la eficacia correccional de la pena menor «porque uno vigila más su conducta si le queda algo que perder»; «nadie respeta su dignidad si ya la ha perdido» (2); si el arrepentimiento promete esperar la enmienda se concederá una impunidad, «que no ha de perjudicar ni a quien la recibe ni a quien la otorga; (3); y, oteando instituciones de nuestros días, como la condena condicional y el perdón judicial (4), compara la justicia del príncipe con la de los padres que reprenden y castigan con blandura antes que desheredar al hijo a la primera ofensa (5), pues «los delincuentes pueden volver a la inocencia», aunque «no conviene perdonar en todo caso a ojos ciegos» (6). Si es difícil hallar la medida exacta de la justicia, «todo lo que rebasa de lo justo ha de inclinarse al lado de la humanidad» (7). Todavía no estamos, sin embargo, ante la misericordia cristiana. El sabio es clemente, pero no perdona (8). La clemencia es simplemente la moderación del espíritu en el poder de castigar, o la lenidad del superior para con el inferior en el señalamiento de las penas (9); contraria a la crueldad, pero no a la severidad (10).

No se olvida la ejemplaridad, pero este fin queda subordinado, como en Platón, a la necesidad de eliminar al incorregible, pues entonces es la única manera que tiene de dejar de ser malo (11). Mas la intimidación tiene límites pragmáticos: «En efec-

(1) *De Ira*, lib. I, XVI.

(2) *De Clementia*, lib. I, XXII.

(3) *De Ira*, lib. I, XIX.

(4) Saldaña, *Adiciones al Liszt, Tratado de Derecho penal*, trad. española, t. I, pág. 136.

(5) *De Clementia*, I, XIV.

(6) *Id.* I, II.

(7) *Id.* I, II.

(8) *Id.* II, VII.

(9) *De Clementia*, lib. II, III.

(10) *Id.* II, IV.

(11) *De Ira*, I, XV.

to, un temor moderado cohibe los espíritus, más un temor continuo y violento que presenta a la imaginación los peligros extremos, hostiga la audacia de los abatidos y les acucia a toda suerte de experiencias» (1). Entre los muchos desastres de la crueldad este es el peor; a saber, que hay que perseverar en ella y le está vedado el regreso a mejores sentimientos» (2).

Por Santo Tomás son distinguidas claramente las dos caras, represiva y preventiva, de la pena. Esta, en efecto, puede ser considerada de dos modos: primero, según se debe al pecado, puesto que en la pena se repara la igualdad de la justicia, en cuanto el que pecando siguió demasiado su voluntad, sufre algo contrario a la misma; segundo, en cuanto es medicina no sólo curativa del pecado pasado sino también preservativa del pecado futuro (3).

En el primer aspecto, el pecado quebranta el orden de la justicia divina, al cual no se vuelve sino por cierta compensación de la pena, lo cual también se observa en las injurias hechas a los hombres, que por la compensación de la pena queda reintegrada la igualdad de la justicia (4); siendo aquella tanto en el juicio divino como en el humano proporcionada al pecado (5). Pues de las cosas naturales se deriva a las humanas, que lo que actúa contra algún orden sea deprimido por aquel orden, ya que toda entidad física o moral tiende a su propia conservación y defensa (6). Así se justifica la pena como reintegración del orden jurídico perturbado, fórmula después repetida hasta la saciedad por la escuela clásica. Pero esta reacción surge de un principio de conservación que rige el mundo físico y el moral, con lo cual

(1) *De Clementia*, I, XII.

(2) Tampoco parece haber estado ausente de la mente de Séneca la idea de la retribución, según resulta de algun pasaje: *ultima supplicia sceleribus ultimis poenat* (*De Ira*, I, VI).

(3) *Summa*, II, II, Q. CVIII, art. 4.

(4) *Summa*, I, II, Q. LXXXVIII, art. 5.

(5) *Id.*, I, II, Q. LXXXVII, art. 3.

(6) *Id.*, I, II, Q. LXXXVII, art. 1.

queda tendido el puente que une el principio de la retribución y el de la defensa.

En la fase preventiva sigue Santo Tomás el pensamiento griego. La pena impuesta por las leyes humanas es medicinal, pues es propio de éstas hacer buenos en absoluto o en algo a los que las observan. Lo mismo que en Aristóteles la coacción penal es supletoria de otros medios de educación. Ha sido necesaria la institución de leyes humanas para la paz de los hombres y el ejercicio de la virtud, y para refrenar con el miedo al castigo los vicios y la pertinacia de los malvados. A los jóvenes de buena índole natural bástaes la educación paterna; mas como hay algunos protervos e inclinados a los vicios, fué necesario que por la fuerza o el miedo se les cohibiese a fin de que dejasen a los demás tranquilos, y ellos mismos adquieran por fin el hábito de hacer voluntariamente lo que antes hacían por temor (1).

No es, sin embargo, misión de la ley penal la corrección de todos los vicios, sino sólo de los más graves, y de que es posible se abstenga la mayoría de la multitud, o sin cuya represión no podría subsistir la sociedad, y preferentemente los perjudiciales a otros como los homicidios, robos y otros semejantes (2).

La pena es también medicina para el culpable, pero no siendo este fin único, no puede admitirse que, curada la enfermedad, deje de aplicarse la medicina, pues, sanada la herida del pecado en cuanto a la voluntad, se requiere todavía la pena no sólo para la curación de otras fuerzas del alma que quedaron desordenadas, sino también para restablecer la igualdad de la justicia y para quitar el escándalo de otros de modo que se edifiquen en el castigo los que se escandalizaron por el delito (3). De esta forma es rechazada, en nombre de la retribución y de la ejemplaridad, la que hoy llamamos sentencia indeterminada.

(1) *Summa*, I, II, Q. XCV, art. 1.

(2) *Summa*, I, II, Q. XCVI, art. 2.

(3) *Summa*, I, II, Q. LXXXVII, art. 5.

A pesar de la importancia que Santo Tomás da al principio de la intimidación, no puede clasificarse su teoría entre las utilitarias. En primer término, la utilidad no es en ella fin principal, sino más bien medio para el fin moral (1). La ejemplaridad está además subordinada a la restauración de un orden de razón que no solo existe por sí objetivamente, sino que ha de ser también restablecido en el propio delincuente y en la colectividad; de donde el exceso en el castigo no sería edificante sino escandaloso (2). La teoría del Santo debe incluirse, por consiguiente, entre las que la clasificación alemana llama «de la unión», como la aristotélica, aunque significa un grado más avanzado de elaboración. El criterio tomista de aplicación de la pena es característicamente armónico y tiene una cierta semejanza con alguna de esas fórmulas de las legislaciones más recientes que unen la proporcionalidad y la individualización. No solo por la gravedad de la culpa sino también por otras causas se impone pena grave: Primero, por la cantidad del pecado; segundo, por la costumbre del pecado; tercero, por razón de la mucha concupiscencia o delectación en el pecado; cuarto, por la facilidad de cometer el pecado y de permanecer en él (3). El primer motivo es retribucionista; el segundo y el tercero son síntomas de la capacidad para delinquir, eje de la prevención especial; el cuarto, netamente ejemplarista.

Conocida es la influencia de Santo Tomás sobre los teólogos y jurisconsultos españoles de los siglos xvi al xviii (4). «Las doctrinas fundamentales de nuestros teólogos en materia de Derecho penal—dice Hinojosa—están calcadas en lo esencial sobre Santo Tomás» (5). Esto no obsta para que ofrezcan desenvolvimien-

(1) Costa, *Delitto e pena nella storia della Filosofia*. Milán, Facci, pág. 77.

(2) V. muy especialmente: Menéndez Reigada, *La teoría penalista de Santo Tomás* (separado de *Ciencia Tomista*).

(3) *Summa*, I, II, Q. 105. art. 2, ad. 9.

(4) P. Montes, *Derecho penal español*. 1 ed. Parte general, vol. I. Madrid, 1917, pág. 120.

(5) Hinojosa, *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Memoria premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1890, pág. 152.

tos interesantes a través de los cuales puede vislumbrarse el espíritu de la época en que escribieron. Ineludible es la alusión a Alfonso de Castro quien, por reunir ideas fundamentales sobre la ley penal y la pena en algunos capítulos de su obra «*De Potestate legis poenalis*», ha sido calificado de fundador de la ciencia del Derecho penal (1).

El teólogo franciscano acepta del Abab que la pena se impone *ad terrorem aliorum*, y de Decio que también *ut delictum puniatur*. A lo cual añade nuestro autor, que no solamente para esto, sino además *ut delicta evitentur et delinquens urgente poena rescipiscat et vitae conditionem commutet* (2). Y a continuación distingue los fines correspondientes a los dos momentos de la pena: amenaza y ejecución. En el primero se establece para prevenir los delitos con el temor; entonces se refiere a todos los posibles delincuentes sin distinción. En el segundo, la pena se refiere al delincuente y a los demás. A aquel para que conozca el mal que hizo, pues verdaderamente el castigo da muchas ve-

(1) Cánovas del Castillo dejó escrito que la escuela político religiosa española «echó con Alfonso de Castro los cimientos de la ciencia penal» (*Bosquejo histórico de la Casa de Austria en el Diccionario general de Política y Administración*, tomo I, Madrid, 1888, páginas 888, 9. D. Eduardo Hinojosa, en la obra citada, pág. 176, rechaza la ligerísima y peregrina tesis de Cantú: «Antes de Beccaria no se había encontrado ni se había buscado siquiera, una teoría jurídica o científica del derecho de penar; o bien solo se paraba atención en la ejemplaridad». Esto es lo que combate Hinojosa con colmada razón. Para ello desarrolla la tesis de Cánovas con estas palabras: «Por lo demás, si el haber sido el primero que en un tratado escrito *ex professo* discurrió acerca del derecho natural y de gentes (pues que el fondo de doctrina en lo que tiene de más sólido y acertado pueden reivindicarlo nuestros teólogos) se ha atribuido a Grocio la gloria de fundador de esta disciplina, con el mismo fundamento puede atribuirse a Alfonso de Castro la de fundador de la ciencia del derecho penal, título que justifica además la importancia intrínseca de la obra donde se plantean y resuelven con novedad y amplitud algunos problemas cardinales de aquella ciencia». La afirmación de Hinojosa se ha hecho después un lugar común, pero sin reservas y con modificaciones. Así se ha llegado a decir que el libro de Castro era un tratado de Derecho penal sujeto a riguroso método. Conviene recordar que «*De Potestate legis poenalis*» es obra de polémica sobre la, muy debatida entre los teólogos, obligatoriedad en conciencia de las leyes penales; con motivo de la cual se exponen doctrinas generales acerca de la ley penal y de la pena.

Sobre Alfonso de Castro véase: Eloy Bullón, *Alfonso de Castro y la ciencia penal*, Madrid 1900; Santiago Castillo Hernández, *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales*; Sánchez Gallego, *La fuerza de la ley penal*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, (Trad. española de *De Potestate*); Juan del Rosal, *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, Aldecoa, 1942; Id., *Antología de Alfonso de Castro*, en *Breviarios del pensamiento español*.

(2) *De Potestate legis poenalis*, lib. II, cap. IX. En *Opera*, t. 2, Matriti, 1773, págs. 375, 6.

ces inteligencia (Isaías), y le invita a apartarse del pecado. Los demás, en vista de ello, huyen de cometer actos semejantes: azotado el maleante, el necio se hace cuerdo (Salomón).

Como en Santo Tomás la pena es restauración del orden perturbado. «*Poenam enim proprie convenit ordinare culpam, ut vide licet corrigat ordinem, quem perverterat culpa. Nam omne peccatum est actus inordinatus, et omnis peccans contra aliquem ordinem agit, et ideo oportet, ut ad eundem ordinem per poenam redigatur, quem peccando desererat*» (1). La pena no es compensación a la víctima, sino a la injuria que se hizo al legislador (2). Esta condición retributiva o restauradora del orden es más bien cuestión de concepto, pero cuando se trata de fundamentar «que es bueno y justo fijar penas en las leyes contra los que no observan éstas y cuáles deben ser aquéllas» (3), se fija principalmente en la intimidación, partiendo del conocido texto aristotélico, reforzado por otros bíblicos y canónicos, e incluso con el ejemplo del Salvador, quien aunque «algunas veces exhortaba a la virtud con blandura y promesas, sin embargo, conocedor de que el número de necios es mucho mayor que el de los sensatos, más frecuentemente trató de llevar a las conciencias de sus oyentes el miedo a las penas, para que, al menos, así se abstuvieran de los vicios y abrazaran la virtud» (4).

En la eficacia de la conminación penal se funda para poner límites al arbitrio judicial, siguiendo también a Aristóteles, pues «en muchas ocasiones es necesario que la pena esté expresa y concretamente determinada; porque las cosas conocidas de un modo particular mueven más a los ánimos de los delincuentes que las concebidas de un modo general». Aquí tenemos un argumento favorable al «*nulla poena sine lege*», resucitado re-

(1) Lib. I, cap. III. *Opera*, t. 2, págs. 248, 9.

(2) Lib. I, cap. XVI. *Opera*, t. 2, pág. 312.

(3) Cap. VI del lib. I.

(4) Lib. I, cap. VI. *Opera*, II, 171.

cientemente cuando, por vacilar el principio de libertad en que aquel se apoyaba, se ha buscado apuntalarle con el de la conveniencia para la función admonitoria. Pero limita Castro su opinión a «muchas ocasiones». Por lo demás acepta el arbitrio judicial, con una doctrina notable acerca de las circunstancias particulares concurrentes en el delito y en el delincuente por las cuales el Juez podrá agravar, atenuar y suprimir la pena.

La pena ha de ser proporcionada, nunca demasiado atroz y cruel, ni exceder a la gravedad del delito, sino que, al contrario, debe ser menor siempre, como hace Dios al castigarnos menos de lo que merecemos (1). Mas esa moderada proporción es sacrificada en aras de la ejemplaridad: Puede el Juez con causa razonada agravar la pena aún más allá de lo que esté asignado a un delito determinado, verbigracia: cuando con motivo del crimen de uno, otros tomaron ocasión para perpetrar delitos semejantes. En estos casos es necesario exagerar la pena, porque ya son demasiados los que tienen necesidad del ejemplo, pero la exacerbación regirá para dos o tres, no para todos. La pena así agravada más allá de lo que el delito merece, no tiene sólo el carácter de castigo, ni únicamente se impone para reprimir el delito, sino también como medicina (2).

Lo mismo que en Platón, la pena, según Alfonso de Castro, es medicina para el propio delincuente, reproduciendo la imagen popularizada por Santo Tomás (3): «Cuando un médico quiere sanar y curar un cuerpo enfermo, no amputa sin más ni más aquel miembro malo porque perjudique de algún modo al organismo, a no ser que aquél esté ya tan podrido o tan deshecho que con razón se tema que su contacto ha de dañar a los demás. Porque si aquella parte infectada del cuerpo no está tan podrida que al permanecer en el organismo pueda contagiar gravemente a éste,

(1) Lib. I. cap. VI. *Opera*, 2, 271, 2.

(2) Id. id.

(3) Santo Tomás, *Summa*, II, II. Q. LXIV a. 2.

el médico se esfuerza en conservarla y curarla por otros medios menos radicales y más proporcionados a la naturaleza de la lesión. Así unas veces aplica el aceite, otras el vino, ya un unguento corrosivo y mordente, ya el cauterio. En todo lo cual, como no se vea obligado para evitar un mal mayor, siempre tiende a conservar todos los órganos» (1).

En esta seriación de fines de la pena, está de tal modo subrayada la primacía de los remedios curativos y balsámicos que algún biógrafo, por esta doctrina sobre la pena de muerte y la ya transcrita acerca de la proporcionalidad de los castigos, nos ha presentado al franciscano como precursor del Marqués de Beccaria. Pero Alfonso de Castro, predicador de Felipe II e impugnador de la herejía en Flandes y en Inglaterra, estaba demasiado en contacto con la realidad histórica para ser el censor implacable de la Justicia vigente y el precursor visionario de tiempos futuros. No se rebaja ciertamente su mérito si entre él y el Marqués milanés se señala la diferencia que puede encontrarse entre el siglo XVI y el XVIII. Castro reconoce la incurabilidad del reo por la gravedad del delito o por la frecuente reincidencia. E insiste en justificar la pena de muerte al ladrón, «dado el incremento que ha tomado el hurto, y siendo tanta la inclinación a cometer semejante delito», conceptuando aquel como incorregible, no sólo por la frecuencia del hurto, sino también por la importancia del objeto robado, «con presunción de derecho» (2). Es cierto que para dar muerte a un hombre por mero hurto exige alguna circunstancia agravante. La pena de muerte, en efecto, no debe imponerse sino por un delito muy grave y que pueda dañar muy fuertemente a la República (3). Pero Castro refuta a los teólogos que querían restringirla al homicidio, fundados en el

(1) Alfonso de Castro, *Opera*, II, pág. 272.

(2) Lib. I, cap. VI. *Opera*, II, pág. 274.

(3) *De Potestate legis poenalis*, lib. I, cap. VI. En *De Justa haereticorum punitione declarata licita y necesaria la pena capital por tres causas: Inocuidación, ejemplaridad y el bien propio del delincuente*. Lib. II, cap. XII.

Evangelio (*omnis qui occiderit gladio, gladio peribit*) e incluso a quienes la extendían a los autorizados en la ley Mosáica únicamente, y defiende que el legislador puede establecerla en todo caso en que sea justa por ley natural.

Esto por lo que se refiere a la teoría general de la pena contenida en «*De potestate legis poenalis*». En «*De Justa haereticorum punitione*», con referencia al crimen de herejía, da el primer lugar a la conversión para salvar el alma del culpable y también por el provecho que la Iglesia obtiene con la pública confesión de fe (1). Esta doctrina inspirada en San Pablo (Epístola a Tito y II a Timoteo), San Agustín y otros doctores de la Iglesia, es la corriente en los autores que escribieron sobre la Inquisición. Este tribunal—sin olvidar el fin social de ejemplaridad atendido por la solemnidad de los *autos de fe* y, entre otras, por las penas infamantes—practicó también un Derecho penal preventivo especial, en el que destacan anticipaciones de algunas instituciones modernas de esta finalidad, como la sentencia indeterminada, el perdón judicial, el régimen celular, etc. (2).

Responden las ideas de Alfonso de Castro a las dominantes en la época. Para nuestros teólogos y jurisconsultos de los siglos XVI al XVIII, la pena se imponía a la vez, *quia peccatum est et ne peccetur*; y, según el P. Montes, anteponian siempre la utilidad a los principios abstractos de justicia. Siendo frecuente combatir el desafortado arbitrio judicial de la época, se admitía, sin embargo, por necesidades de ejemplaridad. No sólo el franciscano, también Suárez autoriza al Juez para castigar especialmente con su prudente arbitrio el delito cometido en circunstancias extraordinarias que lo hiciera atroz o gravísimo, porque son éstas dignas de pena especial (3). El abogado Tomás de Castro razona que no se debe perdonar y rémitir con facilidad la pena

(1) Lib. I, cap. XVII. En *Opera*, t. II, págs. 65 y siguientes.

(2) El P. Jerónimo Montes, *El crimen de herejía*. Madrid, Samper, 1919, págs. 24 y sigs.

(3) Suárez, *De Legibus ac Deo legislatore*, lib. V, cap. XI.

por la esperanza de la enmienda, pues «difícilmente se corrigen los perversos y malos, que ni el negro atezado puede mudar color sin la piel, ni mejorar costumbres un perverso acostumbrado a tenerlas malas» (1). Luis de Molina declara que el poder público, en la imposición de las penas, no ha de mirar tanto al bien del delincuente como al bien común del Estado (2), y Domingo de Soto proclama que el Príncipe no está facultado para indultar a los malhechores ni aun en el caso en que, conservando su vida, se supiera que habían de enmendarse y salvarse y de que constara por revelación que, dándoles muerte, habían de condenarse. «Pues la pena impuesta por el poder público no se endereza a procurar la enmienda ni el bien del culpable, sino el bien público, atemorizando a los demás» (3). Al mismo Cerdan de Tallada, tan preocupado por la situación de los presos, le parece conveniente —siguiendo a Tito Livio— que las prisiones se encuentren en lugar público de la ciudad y que sean temerosas para espantar a los hombres malos y delincuentes (4).

Esta confianza en la severa ejemplaridad no es más que uno de los lados del pensamiento español de la época. Séneca encuentra eco en D. Francisco de Quevedo que defiende la enmienda del delincuente, la clemencia en el príncipe y el efecto contra-producto del terror, con vigor y osadía no superados en tiempos posteriores. «Los reyes no han de nacer, ni heredar, ni venir para destruir y perder y atormentar; su oficio es venir a fortalecer, a restaurar, a dar consuelo. Y es vituperio... que digan viene a atormentar aun a los delincuentes... Al delincuente, venga el rey a enmendarle y a reducirle; que atormentar no es blasón, sino

(1) Tomás de Castro y Aguila, *Antidoto y remedio único de daños públicos*, 1649. Cit. por P. Montes en *Precursores*, pág. 669.

(2) *De Justitia et jure*. Tractatus III, Disp. 5, n. 6.

(3) *De Justitia et jure*, lib. VI, q. 5, a. 2.

(4) *Visita de la cárcel y de los presos*, 1574. cpt. V, pág. 47. «Un autor moderno dice que la cárcel se ha de labrar con piedras toscas y negras, lo que para lo exterior o me parece mal, para atemorizar a los malos, y también la cárcel esté en el lugar más público de la ciudad». pág. 49

vituperio» (1). «Señor, el delito está fuera de la clemencia de vuestra majestad, el pecado y la insolencia; mas el pecador y el delincuente guarden sagrado en la naturaleza del príncipe. De si se acuerda (dijo Séneca) quien se apiada del miserable, todo se ha de negar a la ofensa de Dios, no al ofensor; ella ha de ser castigada y él reducido. Acabar con él no es remedio, sino ímpetu». «En los malos, en los impíos se ha de demostrar la misericordia; por los delincuentes se han de hacer finezas» (2). «Castigar la culpa no es lo mismo que destruir los delincuentes» (3). «Lo primero, Señor, es no inclinarse el rey, para juzgar los delitos, a los acusadores, sino a la tierra, que es a la fragilidad del hombre que, hecho de ella, es enfermo y débil». Con abierta censura a la legislación de la época y recordando el valor correccional que Séneca diera a la clemencia, el señor de la Torre de Juan Abad escribe: «Y si todos los pecados probados plenamente se castigasen con la pena de la ley, pocos morirían por nacer mortales, muchos por delincuentes; fueran las sentencias desolación y no remedio. Nada se comete más (dijo Séneca) que lo que más se castiga. Palabra es del Espíritu Santo: *No quieras ser justo demasiadamente*. Verdad es, Señor, que enmienda mucho el castigo; mas también es verdad que corrige mucho la clemencia, sin sangre ni horror. Y el pundonor tiene su parte de castigo en el delincuente, que con vergüenza reconoce indigno su delito del perdón que le concede la misericordia del rey».

Y el P. Lainez, abundando en las mismas ideas sobre los resultados perniciosos del terror, dice: «No sea frecuente la ejecución de los castigos». «Más fácilmente se peca en lo que mucho se castiga: robos, muertes y salteamientos, porque la severidad

(1) Quevedo, *Política de Dios y Gobierno de Cristo*, part. 2, cap. XVI. Bibliot. Rivadeneira. t. 23, pág. 76.

(2) Parte I, cap. III, pág. 14 de t. y ed. cit.

(3) Ob. y ed. cit., pág. 57.

con la repetición pierde autoridad. El miedo templado refrena, el continuo y crudo despierta venganza y como los árboles reverdecen y arrojan ramos cortados, así la crueldad aumenta los enemigos despeñándose» (1).

Estas opiniones contrastantes, a veces en un mismo autor: las unas severamente ejemplaristas; las otras favorables a la enmienda y a la clemencia, no solamente expresan tendencias humanas universales, sino que además representan dos órdenes de influencias a que estaban sometidos los autores españoles. Continuaba en vigor una legislación medieval ruda y, gracias al arbitrio judicial, se imponían las opiniones de los jurisconsultos, cuyas preferencias se orientaban hacia el Derecho romano, bien recibido por el poder público en cuanto favorecía la concepción cesarista del Estado. El Derecho penal romano, que durante los últimos tiempos de la República siguió la tendencia a la supresión práctica de la pena de muerte, a partir del segundo siglo del Imperio, aumentó sin cesar el número de delitos castigados con el castigo capital y la gravedad de los suplicios, llegando a constituir un sistema penal terriblemente enérgico. En los textos de los jurisconsultos romanos encontramos referencias a la intimidación individual y colectiva, aunque parece ser éste el principio dominante, y también a la retribución vindicativa, pero la corrección del delincuente tuvo una función casi nula (2). Mas, por otra parte, fueron nuestros autores fieles algunos a la tradición senequista, y todos eruditos en textos bíblicos y patrísticos, así como en Derecho canónico, que conocía, al lado de las penas vindicativas, las medicinales, y cuyos tribunales daban alor al arrepentimiento para no aplicar en la primera falta penas irremediabiles. De aquí que, sin discrepar de la coyuntura histórica en que se en-

(1) Fr. José Lainez, *El Daniel Cortesano, en Babilonia, Susannam y Echatanam*, 1644, cap. V.

(2) El texto de Paulo: *Poena constituitur in emendationem hominum*, que se presta a producir desorientaciones, se refiere exclusivamente a la fuerza intimidante del castigo.

contraban, expresaran también ideas de gran moderación.

Cuando la Nueva Recopilación da como razón de las leyes que, «por miedo de la pena, los malos se excusen de hacer mal» (1), se ajusta sin duda al común sentir durante un largo período histórico. Aquella proporcionalidad, que los escritores recomendaban con excepciones, no era muy observada por las leyes que conminaban con pena capital incluso delitos de poca gravedad repetidos con frecuencia; como la Pragmática de 1734 que destinaba el último suplicio a los autores de robos, aunque no fueran calificados, con tal que hubieran tenido lugar en la Corte o en las cinco leguas de su rastro y distrito. Ahora bien; análogo era el derecho punitivo europeo durante la Edad moderna y nuestro país no ha sido nunca ajeno a las corrientes generales de la Política y de la Jurisprudencia. Si en algo se singulariza nuestra Justicia criminal de aquellos tiempos es, dentro del adusto semblante que presenta en todas partes, por una menor atrocidad: así, no se adoptaron en España suplicios como el de la rueda, con que en los demás Estados de Europa se potenciaba la pena de muerte, ni hay en nuestra crónica judicial (2) página tan trágica y lúgubre como el suplicio de Damiens en Francia, que Muyard de Vouglans nos relata con todos sus espeluznantes detalles (3).

En el antiguo régimen la pena educadora apenas es conocida en la Justicia secular. La *Zuchthaus*, instituída en Amsterdam en 1595, y análogo establecimiento para mujeres fundado en 1596,

(1) Las Partidas especificaban así las dos clases de intimidación: «E dan esta pena los Juzgadores a los omes, por dos razones. La una es, porque resciban escarmiento de los yeros que fizieron. La otra es, porque todos los que lo oyeren, e vieren, tomen exemplo, e apercebimiento, para guardarse que non yerren, por miedo de las penas». L. 1, tít. XXI, p. 7.^a

(2) Cerdan de Tallada en el siglo xvi (*Verdadero Gobierno de esta Monarquía, tomado por su propio sujeto la conservación de la paz*, 1581, folio 70), ya aseguraba la moderación de la Justicia en Castilla, en comparación con la francesa. Lardizabal en el siglo xviii es de la opinión expresada en el texto, pues la muerte por el fuego y por las saetas habían dejado de aplicarse en España, mientras que la rueda y el descuartizamiento de seres vivos y el aceite hirviendo eran de aplicación en algunas naciones cultas. (*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España*, cap. V, 21 a 23).

(3) Garcón, *Le droit pénal*, Colec. Payot, París, 1922, pág. 80.

imitados ambos en otras ciudades holandesas y alemanas; las «Galeras» de mujeres en España; el Reformatorio de San Miguel creado por el Papa Clemente XI en Roma en 1703, los Toribios de Sevilla, etc., dedicados todos ellos a la reforma de gente maleante por medio del trabajo y la enseñanza religiosa, tienen la significación de valiosos precedentes, pero nunca sirvieron de modelo para constituir un sistema. Cuando se habla de corrección se entiende el escarmiento mediante el castigo aflictivo. La incapacitación para cometer nuevos delitos se consigue por la muerte y frecuentemente se ejecuta ésta de forma lo suficientemente dolorosa e impresionante para que sea principalmente un instrumento de ejemplaridad. No pueden aparecer, pues, los conflictos entre la prevención especial y la general que se presentan con carácter apremiante en nuestros días, después de un largo período de humanización de la pena.

EL PREVENTIVISMO EN LA EPOCA DE LAS LUCES

Los penalistas de la ilustración, iniciadores de tiempos nuevos, partieron del contractualismo, de donde dedujeron fácilmente que la pena había de tener una finalidad preventiva. Si el origen del derecho estaba en el contrato social, era lógica consecuencia que la terrible penalidad de las leyes vigentes no podía ser legítima, porque no era verosímil que los contratantes hubieran consentido en aquellos suplicios, sino en sólo los necesarios para la conservación social. (Razonamiento por otra parte peligroso que permitió a Fachinei llegar por el mismo camino a negar la legitimidad de las más banales privaciones). Toda pena que no sea absolutamente necesaria es tiránica, escribió Montesquieu. Castigar el delito pasado no es necesario, pero sí evitarlo en el porvenir. La pena, medio vil en sí misma—dice Bentham—que repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva al primer rango de los servicios públicos cuando se la considera, no como un acto de cólera o de venganza contra un culpable o un infortunado que cede a inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la salvación común» (1). «Es mejor evitar los delitos que castigarlos», proclamaba Beccaria (2). La pena pasó a ser uno de los varios medios que pueden emplearse con tal fin y en

(1) *Théorie des peines et des récompenses*, lib. I, cap. III, pág. 10. *Oeuvres*, ed. Dumont, t. I, Bruselas, 1840, pág. 10.

(2) *Tratado de los delitos y de las penas*, parágrafo XLI. Trad. española, Madrid, 1820, pág. 127.

las obras de los reformadores se dedica atención a los remedios no penales que intentan atajar al delito en sus causas. Mérito de las doctrinas iluministas fué, pues, poner en primer plano el problema de la prevención (1).

Esa prevención a la que sirve la pena es la general. Es cierto que encontramos en Beccaria: «El fin de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros semejantes» (2). Pero nada explícito y suficiente se nos dice sobre los medios para impedir que el reo cause nuevos daños. Al hablarnos en seguida de «aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo», se piensa en la ejemplaridad con limitaciones nacidas del respeto a la persona del delincuente. Más adelante se pregunta el filósofo milanés «¿cuál es el fin político de las penas?», y se contesta: «El terror de los demás hombres». En la prevención general, empleando ya este nombre, ve Bentham el fin principal y la razón justificativa de las penas (3). Y tal afición tiene a la ejemplaridad que añora por su carácter espectacular los *autos de fe*, proyectando un ceremonial minucioso para la ejecución impresionante de la pena de muerte, pues la realidad de la pena no es necesaria más que para sostener la apariencia (4), y si fuera posible mantener la ilusión, todos los castigos se realizarían en efígie. El derecho de defensa a que Romagnosi (5) reduce el derecho penal, la *controspinta* operada por la pena, en oposición al impulso criminoso, es también prevención general. Como igualmente la coacción psicológica con que la pe-

(1) Maggiore, *Principii di diritto penale*, I, p. 433.

(2) Ob. cit. parágrafo XII.

(3) *Théorie des peines et des récompenses*, lib. I, cap. III, *Oeuvres*, I, pág. 10.

(4) *Traité de législation civile et pénale*, part. 3.^a, cap. VI, *Oeuvres*, t. I, pgs. 161, 2.

(5) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, 1791. V. Boretini, *La teoria della difesa indiritta*, Milan, 1915.

na en Feuerbach se opone a los motivos sensibles que mueven la facultad apetitiva del hombre (1).

Produce extrañeza que los hombres de la ilustración, críticos implacables de la legislación del antiguo régimen, reconociesen a la penalidad el mismo fin que aquélla. Pues, evidentemente, el derecho de las monarquías absolutas no se proponía «atormentar y afligir a un ser sensible» (2), sino en cuanto esta crueldad fuera conveniente para aterrorizar a las gentes y evitar nuevos crímenes. Solo que aquella Justicia draconiana no economizaba los rigores, era singularmente dispendiosa—como dirá Bentham—, había sobrepasado con creces la medida de la necesidad, y los reformadores se aprestaron a corregir el abuso. Es más, se encargaron de demostrar—y ésta es una de sus más agudas críticas—que el exceso de crueldad es tan enemigo de la prevención general, rectamente entendida, como la misma impunidad. Prometían, en cambio, la mayor eficacia con la dulcificación y con un más seguro funcionamiento de la máquina justiciera, sustituyendo el terror del castigo problemático por el temor de la pena moderada pero cierta. Es frecuente que, para combatir un sistema, en lugar de proponer desde luego los principios opuestos, se acuda a los mismos del sistema combatido para demostrar el error y el perjuicio con que se habían obtenido las consecuencias. De este modo las gentes se encuentran trasladadas a un mundo nuevo de ideas sin desmontar los viejos principios a que estaban habituados y la propaganda es mucho más eficaz.

Los dos elementos moderadores de que se valieron los reformistas fueron: la legalidad de los delitos y de las penas frente al desmedido arbitrio judicial; la proporcionalidad entre los castigos y las infracciones en oposición a la crueldad innecesaria. Al proclamar la segunda, dieron una medida a la prevención general en la retribución. Cree Drost, por el contrario, que el pensa-

(1) Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801.

(2) Beccaria, *ob. cit.* § XII.

miento retribucionista era generalmente desechado por los reformadores (1); hablaban sí de la proporcionalidad, pero ésta es principio común a la retribución y a la prevención general, con posibilidad de matices diversos, que Drost se esfuerza por señalar (2). Mas, si Beccaria apenas desarrolla la idea de proporcionalidad, en otros reformadores adquiere reflejos talionales, forma la más plástica y ruda de la retribución. Así Montesquieu declara triunfante la libertad cuando las leyes sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de los delitos, porque entonces cesa todo arbitrio y la pena no se deriva de la voluntad o del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la cosa; Lardizábal desarrolla largamente el principio de Montesquieu, y Bentham ingeniosamente llega a crear los más pintorescos castigos en la busca de simbólicos taliones (3). Ahora bien; la retribución es para ellos una medida de la pena, un medio para la prevención general; nunca la justificación absoluta de aquélla. En lo cual están más cercanos a los neoclásicos de ahora que a los antiguos maestros de la escuela clásica, sucesores inmediatos de los hombres de la ilustración.

Más sorprendente es que autores como Beccaria, invadidos por una preocupación humanitaria, no atendieran al fin correccional. En Bentham mismo (4), que trata largamente del problema penitenciario, especialmente en su *Panóptico*, queda el fin de reforma relegado a segundo término a beneficio de la ejemplari-

(1) Drost, *Das Ermessen des Strafrichters*, Berlín, 1930, pág. 91.

(2) Cabe una proporcionalidad intimidante que diga relación a la frecuencia del hecho o a la intensidad de los motivos que impulsan al delito para contrarrestarlos sin mirar a la culpabilidad; pero la proporcionalidad talional de que trataron varios de los reformadores es francamente retribucionista.

(3) Así por ej.: al incendiario, se le quemaría con una lámpara; al autor de inundaciones, se le ahogará aun cuando luego se le volviera a la vida; al envenenador, habría que propinarle un veneno, aunque se le evitaran los efectos mortales con un antídoto; al monedero falso, se le grabaría en la frente o mejillas la moneda falsificada. *Théorie des peines et des récompenses*, *Oeuvres*, II, pág. 21.

(4) Bentham emplea ya los términos prevención general y prevención particular, y dentro de la última distingue: la incapacitación, la reforma y la intimidación, que son los tres fines que hoy se señalan corrientemente. *Théorie des peines et des récompenses* lib. 1, capítulo III, ed. cit. pág. 10.

dad. Se explica aquella omisión por la función esencialmente crítica y negativa del momento histórico, en que la tarea a realizar fué principalmente destructiva. Por el mismo tiempo Howard y las sociedades benéficas nacidas al calor de su obra fecunda inician la reforma de las prisiones; pero este movimiento penitenciario se desarrolla durante un siglo independientemente, sin tener en la legislación penal las bases suficientes, procurando la mejora del preso dentro de los límites estrechos que a la ejecución de la pena dejaban los códigos.

Un jurisconsulto español, D. Manuel de Lardizábal y Orive, tiene una visión más completa del problema y sabe preocuparse por la prevención especial. Cuando se le llama el Beccaria español ha de entenderse que tanto o más que de Beccaria tuvo de español. Con propósito ciertamente análogo, le sigue en más pasajes de lo que pudiera deducirse de la parquedad de las citas y de la contradicción a algunas de las ideas de «*Dei delitti e delle pene*»; pero había grandes diferencias impuestas por el oficio, la nacionalidad y el temperamento de ambos escritores. Beccaria era un pequeño filósofo de la ilustración, con primordiales preocupaciones políticas, ansioso de radicales reformas; sin más conocimiento de la Justicia criminal práctica que el proporcionado por su amigo Alejandro Verri (1); exaltado, elocuente y «dichoso de inspirar aquella dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad», o sea, de triunfar en los salones saturados de filantropía. Lardizábal, historiador, del Consejo de S. M. y su Alcalde del Crimen, redacta su obra después de extractar puntual y circunstancialmente las leyes criminales por orden superior, esto es a consecuencia de una misión oficial, y con una base histórica y práctica que al otro le faltó. De aquí la crítica moderada de la legislación vigente para la cual no faltan elogios, el sentido realista de sus propuestas, y, sobre todo, el tono llano y grave, bien

(1) Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, I, Roma, 1925, pág. 49.

distinto de la retórica afectada del milanés. Así la doctrina de Lardizábal es más circunstanciada y feliz, compaginando la base utilitaria de los pensadores de la ilustración con el fondo ético español para dar singular relieve a la parte penológica y al fin correccional.

La seguridad de los ciudadanos y la salud de la República es el primero y general fin de las penas, según Lardizábal. «Además de este fin general, hay otros particulares subordinados a él, aunque igualmente necesarios, y sin los cuales no podría verificarse el general». El primer lugar en la enumeración de los fines particulares lo ocupa «la corrección del delincuente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad». Y subraya después: «La enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas». Y con una dedicación al tema penitenciario que falta en Beccaria, se lamenta de que los «condenados a presidios y arsenales vuelvan siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos». Después de la observación, el remedio: trata Lardizábal de las casas de corrección, «sin las cuales nunca se podrá proporcionar las penas de modo que produzcan el saludable efecto de la enmienda en los que aun sean capaces de ella». No constituye el fin correccional un monopolio. Los otros fines particulares son: «el escarmiento y ejemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo; la seguridad de las personas y de los bienes de los ciudadanos; el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social y a los particulares» (1).

Las ideas de la ilustración provocan reformas o proyectos en la legislación del despotismo ilustrado. Leopoldo de Toscana,

(1) Lardizábal, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para procurar su reforma*. Madrid, 1916. Ed. de la Biblioteca criminológica y penitenciaria; páginas 86 y 87. V. también, páginas 181 y siguientes.

José II de Austria, Federico II de Prusia, Catalina de Rusia, quedan unidos por la fama a la abolición de la pena de muerte, ó del tormento, o a planes generales de humanización. Carlos III, de acuerdo con aquella singularidad de nuestra tendencia doctrinal, se significa por la institución de la Casa de Corrección de San Fernando de Jarama, (1) que tan buena impresión causó a Howard, y, entre otras, por la memorable Pragmática de 12 de Marzo de 1771 que contiene todo un sistema de individualización. Se clasifican los delitos, aunque en realidad quienes se clasifican son los delincuentes, en dos clases; Una, de los no calificados, que no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexión, arrebatos de sangre u otro vicio pasajero (o sea, los que hoy se llaman ocasionales); otra, de aquellos delitos feos y denigrativos que suponen por su naturaleza un envilecimiento o bajeza de ánimo, con total abandono del pundonor de sus autores. A los primeros se les destina a los presidios de África por tiempo que no puede exceder de 10 años, donde sean tratados sin opresión ni nota vilipendiosa. Los segundos deben ser destinados a los arsenales y aplicados a duros trabajos, si bien «para evitar el total aburrimiento y desesperación de los que se viesan sujetos a su interminable sufrimiento, no pueden los Tribunales destinar a reclusión perpetua ni por más tiempo de 10 años». Mas como este escarmiento es insuficiente para el incorregible, se prevé la medida de seguridad bajo el régimen de sentencia indeterminada, como diríamos en el tecnicismo moderno, que implica la «cláusula de retención»: «sino que a los más agravados y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algún grave inconveniente se les puede añadir la calidad, que no salgan sin licencia; y, según fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales», el Tribunal superior puede después proveer su soltura.

1) Salillas, *Evolución penitenciaria en España*, Madrid, 1919, t. I.

La corriente individualizadora es continuada en España por la Ordenanza de los presidios arsenales (1804), por el Presidio de Cádiz bajo la dirección del coronel Abadía; por la «rebaja de penas a los que se arrepientan o enmienden» del código de 1822; por la discutidísima Ordenanza general de Presidios de 1834; por la obra maravillosa de Montesinos en Valencia. El código de 1848, rotundamente retribucionista, corta las iniciativas españolas y abre una paréntesis en que la prevención especial está ausente de nuestra legislación casi por completo, hasta el siglo presente en que nos volvió elaborada de fuera la primera materia brotada en nuestro suelo (1).

(1) Sobre el origen español de los sistemas progresivos V. Salillas, *Evolución penitenciaria*, t. I, *passim*.

LA CONTROVERSIAS DE LAS TEORIAS PENALES

Independizada la ciencia del Derecho penal, adquiere en el siglo XIX considerable desarrollo en compensación del tardío nacimiento. La elaboración de una técnica propia significa notorio progreso; pero la teoría general de la pena, de antiguo cultivada por los filósofos, sufre frecuentes desorientaciones. Se discute su fundamento con prolijidad y vehemencia no igualadas, mas se pierde la visión de conjunto y preponderan doctrinas unilaterales a espaldas de la realidad social siempre compleja. Que los problemas de principio sólo con principios pueden resolverse es axioma de la época, creyente en las posibilidades creadoras ilimitadas del legislador. Y es curioso observar como, al ser llevadas a la práctica, estas concepciones apriorísticas son muchas veces violentadas para aceptar sin confesarlo la lección del hecho histórico, o al combinarse con las tendencias anteriormente dominantes, producen efectos muy distintos a los esperados por los ideólogos.

De abolengo claramente racionalista son las teorías absolutas que encuentran la justificación de la pena en la compensación al delito cometido, desligándola de toda relación a fines; o, reduciendo la persecución de éstos a tarea accesoría, ajena a su esencia, tomada en cuenta en el período de ejecución dentro de los límites previamente señalados con arreglo al principio de sanción.

Sin entrar en el examen de la responsabilidad moral, blanco preferido de sus críticos y tabla de salvación de lo que hoy perdura de la doctrina clásica, debemos aludir en este rápido bosquejo al argumento antipreventivista kantiano. Es contrario a la dignidad del hombre ser utilizado como medio para ningún fin, y no hay máxima más perniciosa que la justificante del sacrificio de un hombre para salvación de la Humanidad, porque cuando la Justicia se pierde la Humanidad nada tiene que hacer sobre la tierra (1). Esta oposición entre individuo y sociedad, en que se funda el anatema, responde a una concepción ya superada, porque si el individuo es miembro de la colectividad, y por ello la pena es un mal para ésta, también la colectividad a su vez existe en el individuo, cuyo egoísmo más bajo es sacrificado por medio de la pena justa a sus mejores calidades de solidaridad con los demás. Es experiencia diaria que el hombre sirve a los demás, y al hacerlo así se sirve a sí mismo. La consecuencia en cambio es acertada, pues la pena injusta, sacrificio a utilitarismos inmorales y antisociales, aunque se cubran con la capa de beneficio a la generalidad, es, por contraria a la Justicia, destructora de la Humanidad.

No fué el influjo de la teoría absoluta tan dañoso a la defensa social como más tarde se ha pretendido. La pena retributiva, consecuencia segura del delito y proporcionada al mismo, tiene eficacia evidente de prevención general, y contiene a esta dentro de los límites necesarios para no chocar con las concepciones éticas populares, conflicto que significa, como más adelante se verá, una influencia desmoralizadora y, por consiguiente, el propio fracaso de la prevención general. Por eso en la época más reciente de la controversia de las escuelas, los clásicos pudieron defender conjuntamente la retribución y la prevención general frente a los excesos del preventivismo especial.

(1) Kant, *Metaphysische Anfangsgründe*, part. II, sec I, § 49.

Las críticas adversarias de mayor éxito fueron sin duda las referentes al abandono de la prevención especial. También en ésto habría algo que rectificar. Saleilles (1) ha demostrado cómo la escuela clásica, al proporcionar la pena no sólo al daño sino también al elemento subjetivo del delito, fué individualizadora en algún modo, sobre todo por medio de las circunstancias atenuantes, que permiten a través del juicio de culpabilidad hacer una valoración de la personalidad del reo. Dorado Montero (2) pretendió también que las circunstancias agravantes en nuestro código eran índices de peligrosidad. Pero el portillo abierto así a la prevención especial era bien estrecho. Las cifras de la estadística, al señalar el aumento de la reincidencia, significaron el fracaso del retribucionismo puro. Proporcionadas las penas exclusivamente a los delitos, camparon por sus respetos una muchedumbre de habituales que hacían su oficio de la repetición de infracciones de escasa gravedad. También los datos estadísticos se encargaron de demostrar la progresiva precocidad en el delito, resultado de causas sociales de un lado, por otro de la influencia corruptora de las prisiones sobre los menores, a quienes de conformidad con los principios estrictamente retribucionista, porque su responsabilidad era de igual especie que la de los adultos, pero menor en cantidad, se les imponía la misma pena que a éstos disminuía en duración.

En el mismo defecto incurrieron las varias teorías de la prevención especial surgidas en el siglo xix en Alemania, especialmente la de la «mejora» o enmienda de Röder (3). Partiendo de un concepto apriorístico del derecho como «suma de condiciones para el cumplimiento del destino de la vida humana que ha

(1) Saleilles, *La Individualización de la pena*, trad. esp. Madrid. Reus, 1914, págs. 11⁵ y siguientes.

(2) Dorado, *Código penal*, en Enciclopedia Seix.

(3) Se acostumbra a llamar a la de Röder escuela correccional. Como hoy se distingue entre la corrección externa o adaptación del condenado a la vida social, y las aspiraciones röderianas a la reforma interna o «enmienda» moral, sería preferible este último término para designar la *Besserungstheorie*.

de procurar la libre voluntad» (1), se declaraba con magnífica ingenuidad que la mera legalidad externa de las acciones realizadas con intención antijurídica no es más que justicia a medias, incapaz de satisfacer ni al derecho ni a la sociedad. Para el enderezamiento de la disposición de voluntad torcida, se considera al delincuente como menor, necesitado de una segunda educación, y la pena adquiere carácter de tutela (2). A pesar de protestar de que la pena de «mejora» se dirige al hombre real, vivo y efectivo, y no al hombre general y en abstracto (3), lo cierto es que se olvidó Röder de preguntar a la experiencia si todos los delincuentes o al menos un número considerable de ellos son enmendables, como también si en las posibilidades de la Administración pública entraba el emplear los costosos y delicados procedimientos necesarios para tal fin; e igualmente quedaba en la sombra el problema de si la segunda educación es compatible con la ejemplaridad, o, si en caso contrario, se puede prescindir de ésta.

En la segunda mitad del siglo pasado tuvo amplia difusión en España el correccionalismo, hasta el punto de hablarse de una escuela española (4), y sus huellas todavía perduran en la opinión. Había en nuestro país una predisposición—«la sustancia primaria del movimiento estaba en España»— (5); pero los autores españoles, de conformidad con la tradición armónica ya estudiada, fundieron aquella doctrina en un eclecticismo de buen sentido, como alguien ha dicho. La más destacada figura, Concepción Arenal, siempre más brillante en el pensamiento práctico que en el especulativo, tiene sin embargo su teoría sobre los fines de la pena. Persiguiendo la enmienda, cree que la pena es

(1) Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, 2 ed. Madrid, 1871, pág. 24.

(2) Ob. cit. pág. 216.

(3) Ob. cit., pág. 227.

(4) Dorado Montero, *De Criminología y Penología*, Madrid, 1906, pág. 140.

(5) Como dice Azorín sobre la recepción en España del sistema filosófico al que Röder era adepto. *El paisaje de España visto por los españoles*, Renacimiento. pág. 160.

expiación porque no hay enmienda sin dolor. La expiación como medio para la enmienda parece ser el núcleo de la fórmula. Pero aparecen otros fines colaterales: la pena es medio de reducir al malo a la impotencia de hacer mal; la pena es también intimidación para aquellos a quien la moralidad no detiene, pues dadas las cosas como están, sin el temor de la pena, los delitos contra la propiedad principalmente se multiplicarían en términos de hacer imposible la vida económica (1).

Hay un correccionalismo práctico: el de los filántropos, que se dedicaron a la protección del preso y a la propaganda por la reforma de las prisiones. De ellos se podía esperar más realista conocimiento como de personas en contacto constante, a través de las asociaciones de patronato, con la agria vida penitenciaria; pero no fueron menos ilusos que los puros röderianos. Nacido este movimiento al ejemplo de las místicas asociaciones cuákeras de Filadelfia, esperaban el arrepentimiento espontáneo de los condenados por medio del sistema celular—preconizado también por Röder—, que se puso de moda en el siglo xix. La idea de que la resocialización del hombre que se hubiese mostrado antisocial había de lograrse suprimiendo en él hasta el hábito de la sociabilidad por largos años de aislamiento absoluto, muestra los extremos a que puede llegar el pensamiento utópico. Y es curioso que para generalizar el sistema no sólo se prescindía de las diferencias individuales (muchos penitenciaristas pro-

(1) C. Arenal, *Estudios penitenciarios*, I, Madrid, Suárez, págs. 276 y siguientes. Añade que la pena es afirmación categórica de la justicia, y un medio de educación del penado, «porque desde el momento en que la ley dispone de él y le sujeta a un régimen, este régimen debe ser bueno, y todo buen régimen tiene necesariamente una tendencia moralizadora, y por lo tanto, educadora». Pudiera deducirse de aquí que la educación era objeto secundario; pero encontramos afirmaciones tan categóricamente röderianas como éstas: «Dada la naturaleza del hombre y la esencia de la pena, ésta ha de ser necesariamente correccional». (*Estudios*, vol. I, part. 3.^a, cap. II); y en *Cartas a los delincuentes*: «Yo considero una prisión como un hospital, solamente que en vez del cuerpo tenéis enferma el alma». Por esto Rovira Carretero sostiene que no puede ser encasillada en escuela alguna (*Doña Concepción Arenal*, Discurso en la Universidad de Santiago, 1926). Renonozcamos que no era el fuerte de la insigne ferrolana sistematizar sus ideas sobre cuestiones de fundamento. Sin embargo, la inspiración y el sentido de su obra penitenciaria—en libros, propagandas y actividades de patronato—, fueron correccionalistas. Lo característico de los autores españoles ha sido dar preferencia y no exclusivismo al fin correccional.

ponían la pena única), sino también de las del clima y costumbres. Porque todavía el aislamiento era relativamente soportable en los pueblos norteros, acostumbrados por el clima al encierro en sus hogares, pero era dislate llevarlo en nombre del humanitarismo a países meridionales donde las gentes estaban acostumbradas a vivir al aire libre y en constante relación (1).

Sin embargo, es frecuente que los mayores errores produzcan consecuencias prácticas aprovechables. La ilusión puesta en la celda, incubadora de presuntos remordimientos, impuso considerables mejoras en la arquitectura penitenciaria, luego aprovechadas para otros sistemas más acertados, y la ejecución severa y temible por el aislamiento—de una gran eficacia intimidante, ya que no educativa—, compensó la brusca reducción de las penas que en los códigos había procurado el pietismo iluminista.

Parecía que el positivismo, al rendir culto idolátrico al hecho, había de examinar la responsabilidad y la pena en toda su concreta realidad, sin olvidar los fines a que ésta ha servido históricamente, tomando en cuenta las concepciones populares como fenómeno social. Más no ocurrió así. Nacida la escuela positiva italiana de una irrupción de las ciencias naturales sobre las sociales, construyó su teoría conforme a ciertos apriorismos naturalistas que le impidieron la contemplación total del problema.

La obsesión naturalista obligó a suponer la actividad humana sujeta a la ley natural de la causalidad, cayendo así toda distinción entre responsables e irresponsables y con ella el concepto ético de sanción. Que la creencia en la responsabilidad moral y el sentimiento de sanción son fuerzas sociales insustituibles cuya falta hace derrumbarse todo el edificio de la moral colectiva, pasó inadvertido a los sociólogos. La pena, se decía, sirve al fin de la defensa social. Nada impedía que en esta amplia fórmula

(1) Concepción Arenal también se singularizó entre los correccionalistas por rechazar el régimen celular. V. *Estudios Penitenciarios*, t. II.

se hubieran comprendido, como en la «salud de la República» de nuestro Lardizábal, los varios objetivos de la penalidad; pero el prejuicio antropológico había declarado que no hay delitos sino delincuentes, y por consiguiente, sólo se podía actuar sobre éstos. La verdad es que hay delincuentes de quienes defenderse; pero hay también delitos que además de su valor sintomático tienen el propio de perturbaciones de la tranquilidad pública y lesiones de la moral social.

Del naturalismo salen dos direcciones extremistas, cuyo contraste no suele señalarse suficientemente. De la teoría de la evolución proceden las leyes de lucha implacable por la existencia y de selección natural. Concebida la sociedad como organismo biológico, era obligado ver en los delincuentes gérmenes patógenos a destruir, enemigos internos que aniquilar en guerra sin cuartel. En Garófalo la pena es selección natural, y es sustituido el criterio tradicional de proporción entre delito y pena por el de idoneidad del delincuente a la vida social. Manifestándose éste inadaptado, la colectividad reacciona expulsándole: la represión será, pues, principalmente segregatoria: eliminación absoluta por medio de la muerte, o relativa (manicomio criminal, deportación, relegación perpetua o por tiempo indeterminado, colonia agrícola y destierro). La pena de muerte queda rehabilitada en lugar de la reclusión perpetua, pues «no se ve cuál sea la utilidad de conservar en vida seres que no deben ya formar parte de la sociedad, no se comprende el fin de la conservación de esta vida puramente animal, no se explica por qué los ciudadanos, y por consiguiente, las familias mismas de las víctimas, deban pagar un aumento de impuestos para dar alojamiento y nutrición a enemigos eternos de la sociedad» (1). Chesterton en crítica al evolucionismo dice estas palabras: «que tú y el tigre seáis uno, es motivo para que te enternezcas a la vista de un tigre; o para que

(1) Garófalo, *Criminología*, trad. esp. España Moderna, pág. 486.

te hagas tan cruel como el tigre. Más fácil es imitar al tigre que obligarle a que te imite a tí». (*Ortodoxia*).

No todos los positivistas vieron en el criminal al tigre. Una buena porción de los criminales eran para la Antropología criminal degenerados y anormales. Todos ellos tenían su conducta determinada por multitud de factores que les colocaban en igual situación para el problema de la responsabilidad que el enfermo mental. Si este es el punto de vista predominante, la pena desaparecerá con la responsabilidad y será reemplazada por un procedimiento de cura, o por el internamiento en un asilo de incurables. El Derecho punitivo será sustituido por el Derecho protector de los criminales, según D. Pedro Dorado Montero (1).

La verdad es que a tan utópicas conclusiones, resultado de un razonamiento que lleva los principios a las últimas consecuencias, pocos llegaron. Como es sabido la controversia entre las escuelas terminó en una resultante, representada primero por las que se llamaron tercera escuela y direcciones varias intermedias; más tarde por los mismos clásicos y positivistas que rectificaron sus primeras posiciones, sin perjuicio de considerar el vocablo «ecléctico» con que unos a otros se motejaban como la mayor injuria que se podía proferir contra su pureza científica.

Conforme a esta resultante, desde fines del siglo XIX se realiza un movimiento de reforma de la legislación penal, cuyo carácter más acusado es rectificar y completar el derecho penal clásico, remediando aquella despreocupación por la prevención especial que ahora pasa a un primer plano. Para evitar que el culpable cometa nuevos delitos, lo primero es que el tratamiento se adapte a las condiciones individuales del sujeto, por lo que la nueva legislación, modificando la rigidez del sistema de aplicación de penas de los códigos de la Revolución, ensancha consi-

(1) Dorado, *¿La pena propiamente dicha es compatible con los datos de la Antropología y Sociología criminal?* Ponencia al Congreso de Antropología criminal de Amsterdam. Publicada en *Derecho Protector de los criminales*, t. 2. *Bases para un nuevo derecho penal*. Manuales Soler; y otras varias obras del mismo autor.

derablemente el arbitrio judicial. Ciertas categorías de delincuentes requieren medidas especiales: para los que delinquieron por vez primera, la condena condicional y el perdón judicial procurarán la corrección espontánea; para los menores delincuentes, los Tribunales protectores de la infancia; a ciertas categorías de delincuentes peligrosos están destinadas las medidas de seguridad complementarias o sustitutivas de las penas. Si uno de los fines más importante de la pena es la corrección del penado, el problema penitenciario ocupa un lugar de primera fila, y deja de estar subordinado a una legislación penal poco amiga de la prevención especial. Fracasado el régimen celular, se propaga la general confianza en los sistemas progresivos que, según la buena conducta del penado, van atenuando la estrechez de la reclusión hasta llegar a los períodos de vacaciones, de trabajo como obreros libres durante el día, compaginado con la reclusión nocturna, y, finalmente, de libertad condicional. Como el molde de una condena de duración fija impide la total adaptación del régimen a fines educadores, se vuelven los ojos a la sentencia indeterminada que practican ampliamente los americanos, mientras Europa no acepta la nueva institución más que para las medidas de seguridad.

En nuestro país, la ley de condena condicional (1908); la de libertad condicional (1914); los nuevos Tribunales para niños, objeto de atención de los legisladores desde la primera ley de 1918; las medidas de seguridad primeramente decretadas por el código de 1928 y después por la ley de vagos y maleantes de 1933; los varios decretos penitenciarios que desde principios de siglo vienen estableciendo, aunque con escasa realización práctica, el sistema progresivo; y, últimamente, la incorporación de la Redención de penas por el trabajo al código penal por reciente ley de bases, obedecen a ese movimiento universal de individualización de la pena para conseguir una prevención especial más eficaz.

En recientes publicaciones germánicas se ha reprochado a la dirección moderna haber contribuido a debilitar la represión y al consiguiente aumento de la criminalidad. Los continuos progresos de la prevención especial habrían arruinado la función ejemplar de la pena. El Derecho penal moderno habría incurrido en el mismo fracaso, a causa de su condescendencia con el criminal, que el Derecho penal clásico. La causa sería que la escuela sociológica, de la que ha salido todo ese movimiento, está en aparente contradicción solamente con la clásica, de la que es continuadora, habiendo crecido las dos bajo el signo de la filosofía iluminista y de los regímenes políticos que a su calor surgieron (1). En una palabra, bajo esas tentativas para conseguir una defensa social más eficaz contra los delincuentes peligrosos, no habría sino la máscara del individualismo tendiendo a una dulcificación de las sanciones en beneficio de los derechos del hombre delincuente.

Es evidente la influencia de las ideas filosóficas dominantes en cada época histórica sobre todos los elementos del campo de la cultura y, por consiguiente, sobre los dominios jurídicos de que son base. Pero si la filosofía de la ilustración trajo el individualismo penal, bajo la forma de una escrupulosa regulación legalista que garantizase los derechos del reo y del delincuente frente a la arbitrariedad judicial, y de una dulcificación de las sanciones fundada en el respeto a la persona humana, es lo cierto que el positivismo con su concepción de la sociedad como organismo ha traído más bien la absorción del individuo por la comunidad. La escuela sociológica tuvo precisamente sus mayores éxitos en la crítica del legalismo y del pietismo clásicos; frente a la bandera de la disminución de las penas que un día levantara Beccaria, alzó Ferri la nueva de la disminución de los delitos (2), insistiendo en la reafirmación enérgica y continua de las su-

(1) Dauhmann und Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrechts?* Hamburgo.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, Utet, 5 ed. pág. 11.

premas exigencias de la vida social (1). Y si Garófalo defendió un día la pena de muerte «contra la corriente», Ferri la defendió más tarde según la corriente (cuando Italia la restableció en 1926) (2).

Se subraya la coordinación entre las concepciones políticas dominantes y la Justicia penal (3). La observación es cierta; mas por lo mismo que el siglo XIX proclamaba la neutralidad de la ciencia, fué posible que el prestigio adquirido por la nueva ciencia penal impusiera modificaciones legales en contradicción con el restante orden jurídico. Por eso se ha visto que cuando las Constituciones y leyes procesales rodeaban al individuo de toda clase de garantías contra sus jueces, en el Derecho criminal comenzaba a reinar el arbitrio judicial más amplio, las definiciones de delitos se hacían tan elásticas que implicaban verdadera indeterminación, y, bajo el nombre de medidas de seguridad, se aplicaban sanciones notoriamente desproporcionadas al delito cometido e incluso en total ausencia de aquél.

Sin embargo, es cierto que la difusión entre el vulgo del determinismo psicológico ha podido producir la debilitación del sentimiento de responsabilidad y una mayor indulgencia frente al crimen. Ya antes aludimos a teorías que, al ser propagadas, engendraban efectos insospechados por sus autores. Fué en vano que la mayor parte de los penalistas sociólogos explicasen que la ley de causalidad pesa también sobre la sociedad, igualmente determinada a defenderse. La conexión entre libertad y responsabilidad estaba demasiado arraigada en la conciencia popular para que, minada la primera, se mantuviera en pié la segunda. De aquí cierto ambiente excusante en cuanto al delito, porque se empezaban a conocer sus causas y «comprenderlo todo es perdonarlo todo», y un creciente interés a favor del criminal, a quien

(1) Ferri, *Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*. En *Studi sulla criminalità*. Torino, Utet, 1926, págs. 699-700.

(2) Ferri, *Pena di morte e difesa dello Stato* en *Scuola Positiva*, Set. 1926, pág. 39.

(3) Schaffstein, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1934.

se consideraba menos culpable que a la colectividad, en la cual la Sociología encontraba los factores determinantes del delito. Por eso, a pesar del nuevo frente de las medidas de seguridad, cabe algún reproche al naturalismo por esa crisis de la represión que en algún momento pudo señalarse con acierto, en cuanto contribuyó a formar aquel ambiente romántico en que crecieron las absoluciones del Jurado y el abuso del derecho de gracia, incluso en beneficio de delincuentes comunes profesionales.

RESTAURACION DE LA PREVENCIÓN GENERAL

El movimiento progresivo de la prevención especial tropezó con dos escollos: la libertad y la prevención general.

Una parte del mismo está constituido, como queda dicho, por la adopción de las medidas de seguridad. La apreciación de la temibilidad, que no puede ser fácilmente precisada en la ley, pues ésta por su carácter general define especies, pero no individuos; y la duración de la medida que, si ha de consistir en un tratamiento, no puede determinarse de antemano, se oponen a la estricta legalidad de los delitos y de las penas, reconocida en los códigos contemporáneos. Vehementes polémicas se alzaron en los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal, especialmente en el de Bruselas de 1910, entre el grupo francés y el germano-belga. Los alemanes—decía Garraud—preconizan la defensa de la sociedad y los franceses se preocupan ante todo de evitar la arbitrariedad (1). Mientras los primeros pretendían que la ley dejase a la apreciación del juez cuando un individuo requiere la aplicación de medidas especiales, los segundos se oponían a esta ruptura con el «*nulla poena sine lege*», en nombre de la garantías de libertad que no pueden cesar para el sujeto peligroso. El problema ha ido resolviéndose en las legislaciones en el sentido de exigir como condición inexcusable la existencia

(1) *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, vol. XVII, p. 320. V. reseña de estos Congresos en Asúa, *La Pericolosità*, Turín, Bocca, 1923, p. 41 y sigs.

previa de uno o varios hechos que revistan los caracteres de delito, en su totalidad o al menos en parte (1).

Es comprensible que los escrúpulos hayan sido menores en lo relativo a la duración de las medidas aplicables a los reponables de algún delito que a través de él han revelado peligrosidad, como habituales, vagos, alcohólicos, los cuales en varias legislaciones están ya sometidos al régimen de sentencia absolutamente indeterminada. Mas no son estos conflictos del Derecho penal con el político, sino el que dentro del primero se da entre las distintas funciones de la pena, el objeto de estas páginas.

Los avances de la prevención especial, en aquella parte en que suponían un beneficio para el reo, desvirtuaban la eficacia general de la pena al privar a ésta del carácter de castigo. La sustitución de las penas cortas de privación de libertad por la condena condicional o por las penas pecuniarias; el nuevo derecho tutelar de los menores con la tendencia a elevar la mayoría de edad penal, sustrayendo a la represión junto a los niños los jóvenes, y, sobre todo, la finalidad educativa dada a los sistemas penitenciarios con progresiva disminución en las aflicciones propias de la pena, según la buena conducta del penado, todo esto enervaba en la sanción la eficacia aleccionadora.

Lo cierto es que las esperanzas en la enmienda han sido reemplazadas en gran parte por desengaños y el escepticismo sociológico sobre la eficacia de los castigos está en período de franca curación.

A este proceso han contribuido distintas tendencias doctrinales y políticas. En la controversia de las escuelas, los autores que defendían las ideas tradicionales comenzaron por sostener la retribución contra la defensa; luego, ante el sentido parcial dado a ésta por los modernos, acabaron muchos de ellos por enarbolar la bandera de la prevención general, ya que entre la

(1) Nuestra ley de vagos y maleantes, al no exigir delito alguno para la aplicación de las medidas, es una excepción.

pena compensación del delito y la ejemplar puede existir com-penetración (1).

En el mismo positivismo, los sociólogos franceses, más li-bres del prejuicio antropológico que la escuela italiana, supieron estudiar mejor los sentimientos de la colectividad a que respon-de la sanción y los efectos de la misma como fenómeno so-cial (2). Sirva de ejemplo la refutación a Ferri por Gabriel Tarde con la ingeniosa comparación de las penas y los precios. Como el alza de éstos disminuye sensiblemente el consumo de los ar-tículos de lujo y en menor medida el de los de primera necesi-dad, igualmente hay dos zonas de criminalidad desigualmente afectadas por el aumento de rigor en las penas. La criminalidad de lujo, o, dicho de otro modo, el conjunto de delitos inspirados por el deseo de libertinaje y de bienestar, es muy sensible al fre-no de la represión; pero la criminalidad necesaria en algún mo-do, provocada por la miseria o por poderosas pasiones—el hambre, la venganza o el amor—resiste mucho mejor al aumento de las penas (3).

En las direcciones intermedias fué creciendo gradualmente la oposición al monopolio del preventivismo particular. El pues-to de honor corresponde sin duda a Alimena, quien, en la época de mayor prestigio del escepticismo sociológico, supo esgrimir con brillante facilidad los argumentos del sentido común y la ex-periencia histórica a favor de la vieja teoría de la coacción psi-cológica y del sentimiento de sanción (4). Tanta importancia les daba, que en lugar de construir la teoría de la pena sobre el su-

(1) Según Cathrein el fin de la conminación del castigo no puede ser otro que el de ase-gurar todo lo posible la observancia de la ley, o sea atemorizar a los otros para que no la in-frinjan. La imposición del castigo tiene por objeto la reparación y seguridad del orden ju-rídico culpablemente perturbado, pero en el carácter compensatorio y expiatorio propio de la imposición del castigo, está incluida por sí misma la prevención general. *Principios funda-mentales del Derecho penal*. Trad. esp. Barcelona, págs. 203 y 212.

(2) Durheim, *L'évolution morale*, París, Alcan, 1925, pág. 185.—Fauconnet, *La resposabi-lité*, París, Alcan, 1920.

(3) Tarde, *Filosofía penal*, trad. esp., t. 2, págs. 251 y sigs.

(4) Alimena, *Notas filosóficas de un criminalista*, trad. esp., *passim*.

puesto de la responsabilidad, como es corriente, hizo lo contrario y, prescindiendo de la imputabilidad basada en el libre albedrío, la fundó en la intimidabilidad, con el criterio complementario de la capacidad para hacer sentir a los coasociados la idea de sanción. Los autores que se afiliaron a la tendencia dualista, hoy dominante, de penas y medidas de seguridad, acertaron a preservar las características tradicionales de las primeras, aunque un tanto modificadas, dando en las segundas cauce independiente a las aspiraciones preventivo-especiales (1). Conforme a esta tendencia, el código italiano de 1930, no obstante ser obra de los neoclásicos, ha tenido pretensiones de obra nacional en donde estuvieran representadas las doctrinas de las dos escuelas que dieron prestigio a la ciencia penal italiana. En él se deja espacioso lugar a las medidas de seguridad de duración absolutamente indeterminadas (2), mientras en la pena se actúan principalmente los fines de intimidación de la generalidad de los ciudadanos (3); y la más enérgica protección de los bienes jurídicos atribuidos al Estado y la colectividad significa el robustecimiento de la fe en la virtualidad de las penas.

En Alemania la que se llamó escuela sociológica, joven escuela o dirección moderna, fué menos radical que su homónima italiana. Liszt opuso a la retributiva, la pena de fin o de defensa. Este fin reúne como un haz los de prevención general y especial. Pero destaca la posición dominante de la última: con arreglo a ella se forma la clasificación tripartita de penas (intimidantes, correccionales e inocuizadoras) correspondiente a tres

(1) Silvio Longhi, *Repressione e prevenzione nel diritto penale*, Milán, 1911. Idem, *Per un codice della prevenzione criminale*, Milán, 1922.

(2) Por lo cual, según algún positivista, incluso se exceden las propuestas de su escuela. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padua, Cedam, 1932.—Ferri consideró que la admisión del delincuente «por tendencia», que el proyecto llamaba «instintivo», significaba la entrada en el código del delincuente nato lombrosiano; afirmación que por cierto ha sido muy discutida.

(3) *Relación al Rey*, n. 1.

categorías de delincuentes (1). Este criterio sirve de fundamento a su programa de Política criminal (2), en buena parte realizado ya por la legislación posterior. Varias teorías unitarias, siguiendo las huellas de Merkel, que abrió camino en este sentido, procuraron unir la retribución y la defensa (von Bar, Frank, Liepmann, Hippel), y a esta fórmula armónica obedecen el proyecto de 1909 y los inmediatos, así como el de 1925 acusa ya una mayor influencia de la dirección preventivo-especial. Pero la reacción más enérgica contra aquella orientación que se llamó «sociológica», y hoy se califica de «superindividualista», es obra de la nueva tendencia del «Derecho penal autoritario»; la cual, sin embargo, debe, mi a modo de ver, mucho más al positivismo sociológico y antropológico de lo que públicamente se declara (3).

En efecto, con el nuevo régimen político, surge en el país germánico una generación de penalistas que se atribuyen la misión de acuñar una teoría penal novísima en armonía con aquél y lo más distinta posible de las anteriores. Sus doctrinas pasan a la variada legislación del último decenio, o, por el contrario, se esfuerzan por justificar las innovaciones ya introducidas.

Prescindiendo de las orientaciones metodológicas, en parte saludables en cuanto significan reacción contra el excesivo formalismo de la Dogmática jurídica, nos reduciremos a buscar un hilo conductor, a través de cambios y vacilaciones, sobre los fines de la pena; cambios que no significan en los autores reemplazo de criterios, sino necesidad de ir a la zaga de una Justicia positiva que evoluciona sin cesar en un sentido de protección más enérgica del Estado alemán.

La pena es expiación. La víctima por la boca sangrienta de

(1) Litz, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Aufsätze und Vorträge* Berlin, 1906

(2) Liszt, *Kriminalpolitische Aufgabe* en la misma obra cit.

(3) V. principalmente: *Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preussischen Justizministers*, 2 ed., Berlín, 1933; y Freisler, *Willensstrafrecht en Das kommende Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 ed., Berlín, 1935.

sus heridas pide venganza, y la justificación interna de la venganza es la expiación. Esta exigencia expiatoria es tan vieja como el pueblo alemán. No significa esto un retorno a la responsabilidad objetiva de los antiguos germanos. Si en la historia del Derecho penal hay algo progresivo es el proceso de espiritualización de la responsabilidad. Todavía quedan zonas ajenas a la culpa, como en los delitos cualificados por el resultado del código alemán de 1871. El nuevo proyecto de código, borrando estas supervivencias, aspira a ser un Derecho penal de la voluntariedad.

La pena es también y principalmente defensa. No se trata ya de la defensa social ambigua e incolora de la teoría de Liszt, sino de la conservación y seguridad de la nación, del pueblo, de la raza. El Derecho penal es un derecho de lucha contra el que amenace la existencia, la fuerza, la paz del pueblo. El alemán sabe por amarga experiencia—dice Freisler—que una lucha no se debe conducir a medias, sino que se deben aprovechar todas las posibilidades y armas para la victoria. A través de esta imagen guerrera se llega a la necesidad de aniquilar al perturbador de la paz, al portador del principio anárquico y antisocial. De aquí que la ley de 24 de Noviembre de 1933 (1) haya introducido, al lado de las medidas de seguridad admitidas en otras legislaciones, una resurrección de los castigos corporales: la castración, que se impone al que los tribunales declaren criminal peligroso contra la honestidad (párrafo 42 del código penal modificado). Y la ley de 4 de Septiembre de 1941 (2) establece la pena de muerte para el mismo criminal y para el delincuente habitual peligroso, si lo exigen la defensa del pueblo o la necesidad de justa expiación. Estamos ante un derecho preventivo-especial que toma por base «no el acto sino el autor»; pero acep-

(1) Schäfer und Dohnanyi, *Die Strafgesetzbuch der Jahre 1931 bis 1935*. Tübingen, 1936, p. 66 y sigs.

(2) Grau, Krug, Rietzsch: *Deutsches Strafrecht*, vol. 1, Berlín, 1943, p. 279 y sigs.

tado este principio no con el carácter general pretendido por Liszt, sino como complementario, al orientarlo solamente a la inocuización y eliminación de los delincuentes más peligrosos. Esta pena de defensa ha sido considerada por algunos idéntica a las medidas de seguridad. Una decisión del Tribunal Supremo la entiende, en efecto, como tal, al negar la condena a muerte de un criminal por ser susceptible de mejora y porque podía trabajar con utilidad. De donde, apunta Dahm, si hubiera sido viejo o enfermo, habría sufrido la pena capital. Este autor (1) supone equivocado el criterio de interpretación. Tenemos en tal sanción absolutamente eliminatória una categoría distinta e intermedia entre la pena expiatoria, fundada en la culpabilidad, y la medida de seguridad que se basa en la peligrosidad. La pena de defensa o de purificación nada tiene que ver con la culpabilidad, ni siquiera con aquella culpabilidad de la conducta (Mezger) o del carácter (Welzel) de que se viene hablando por los penalistas alemanes; ni se apoya en la peligrosidad, pudiendo imponerse a falta de ésta; descansa sobre otro criterio: la inferioridad (*Mindeswertigkeit*) del criminal, lo cual supone un juicio ético sobre él. El Derecho penal es en su virtud un aparato de purificación, de selección biológica; el cuerpo del pueblo se purifica de este modo mediante el aniquilamiento de sus peores enemigos internos. Es inevitable el recuerdo de la teoría de Garófalo, y de aquel aforismo de Nietzsche para quien la pena sólo mejora al que la aplica.

Por mi parte no creo que un concepto de desvaloración sobre un sujeto pueda tener carácter moral sin el marco de la culpabilidad. La razón por la que la «Schutzstrafe» es pena y no medida de seguridad es que por la gravedad de su contenido, y, no obstante ser pena impuesta al autor y no al acto, tiene una significación intimidante que lleva la prevención general a pri-

(1) Dahm, *Sühne, Schutz und Reinigung im neuen deutschen Strafrecht en Deutsches Recht*, Enero, 1944, pág. 3.

mera línea. Lo cual es compatible con que ^{no} se determine la sanción por el acto, pues la advertencia conminatoria en lugar de la forma corriente: no hagas tal acción, puede tomar esta otra: debes ser distinto que éste (1).

La corrección, por supuesto, no se abandona, pero pasa a un lugar secundario. La Ordenanza prusiana de 7 de Junio de 1929, al reglamentar el establecimiento del sistema penitenciario progresivo, había declarado, de acuerdo con las ideas entonces dominantes, ser fin de la ejecución de las penas «la educación del preso para una vida legal y ordenada». La ley de 1934 pone en primer lugar, en el cumplimiento de las penas carcelarias, «la expiación del delito realizado» (parágrafo 48). La privación de libertad—añadía—ha de desenvolverse de modo «que sea para los presos un mal sensible, y para aquellos cuya educación interna no sea accesible, produzca obstáculos persistentes frente a la tentación de realizar acciones penadas».

No sólo han de influir los castigos sobre el penado. Freisler nos señala como tercer objetivo: el refuerzo psíquico de la disposición del pueblo sano a la lucha. Hellmuth Mayer—el tratadista alemán más notable de la nueva generación—concibe el «Derecho penal del pueblo alemán», título de su resonante obra, basado en la prevención general, y cree necesario, para desembarazar el camino de obstáculos, iniciar aquella con una crítica pulverizadora de las posibilidades de la prevención especial (2). Aquel reforzamiento de las fuerzas jurídicas del pueblo alemán, así como la muy seductora teoría de H. Mayer identificante de la prevención general con la retribución, no parecen ser el viejo criterio de la intimidación; mas en el terreno positivo vemos aparecer éste claramente. Desde la llamada «lex Lubbe»—porque se dictó con efectos retroactivos para castigar al incendiario

(1) Exner, *Sinnwandel in der neusten Entwicklung der Strafe*, en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín, 1944, pág. 35.

(2) Hellmuth Mayer, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936.

del Reichstag—, una serie numerosa de disposiciones han ido extendiendo los casos de aplicación del último suplicio «con inusitada frecuencia», al decir de Exner (1); no sólo a graves hechos delictivos sino también a los «tipos de autor» como los antes indicados. Fuerte sentido intimidante tuvieron siempre las penas infamantes. Para la nueva dirección germánica toda pena es contra el honor, pues consistiendo el delito en la infracción de un deber de fidelidad a la ley y al pueblo alemán, éste responde declarando al reo indigno de figurar, perpetua o temporalmente, en la comunidad del pueblo. Conforme a esa nota conceptual de la sanción penal, la más grave sería, según los autores del proyecto, la *Ächtung* o proscripción, que recuerda la antigua muerte civil. En estos mismos trabajos preparatorios del proyecto se recomienda la mayor dureza en general para la ejecución de las privativas de libertad. En particular para ciertos delincuentes, los tribunales podrían decretar una agravación en la misma consistente en la reducción del alimento a pan y agua, privación de luz, lecho duro, etc. Es conocida la campaña llevada por Liszt para evitar las penas cortas carcelarias a causa de sus efectos corruptores sobre los delincuentes primarios y de la escasa intimidación sobre los crónicos, proponiendo en su lugar la condena condicional y las penas pecuniarias; así como la ley de 1921 que, en realización de tales ideas, permitía a los tribunales la sustitución de aquellas por éstas. Rietzsch nos explica un procedimiento más sencillo para hacer eficaces las penas carcelarias cortas: la intimidación por medio del aislamiento, prohibiendo al preso las visitas y la correspondencia (2). Todo lo cual significa algo más que la retribución formadora de la moral social, según las ideas de Mayer, o el fortalecimiento de las disposiciones psíquicas contra el crimen: esta mayor se-

(1) Exner, artículo citado en obra cit. pág. 35.

(2) Rietzsch, *Die Strafen und Massregeln der Sicherung, Besserung und Heilung*, en *Das kommende Strafrecht*, pág. 135.

verdad significa un modo particular de intentar este último objetivo por medio del temor.

¿Cuál de los varios principios citados debe dominar sobre los demás? La imposibilidad de mantenerlos al mismo nivel es demostrada por Dahm (1). La expiación exige proporción a la culpabilidad. Por consiguiente aquellos tarados por la herencia, en quienes la Biología criminal encuentra una mayor predisposición para el delito, merecen, desde un punto de vista retribucionista, menor castigo por la falta de libertad; no así si decide el criterio de la defensa.

Las leyes alemanas de estos últimos tiempos acostumbran a expresar los fines de las instituciones penales, dando así una norma a la interpretación. No es un azar de forma, sino que está pleno de significación, el cambio operado en el orden con que aquellos se vienen expresando. En las primeras se colocaba en primer lugar la expiación, y la defensa en el segundo; en las últimas se ordenan a la inversa. Acabamos de citar la Ordenanza sobre ejecución de penas perteneciente a la primera serie. La de 22 de Julio de 1940 modifica el párrafo 48 del modo que sigue: «Por medio de la ejecución de las penas privativas de libertad el pueblo debe ser defendido, el hecho realizado expiado y la ejecución de nuevos delitos precavida». Igualmente la mutación se advierte en las normas sobre los menores: la ordenanza de 4 de Octubre de 1939 sobre criminales juveniles graves, y la de 6 de Noviembre de 1943 sobre Tribunales para menores. Y como ya hemos visto, la ley que impone la pena de muerte a los delinquentes contra la honestidad y a los habituales, sigue la misma seriación. Los comentaristas dan extraordinaria importancia a la mutación, que Freisler se encarga de atribuir al deseo del Führer para que tuviera solemne expresión el primer rango de la protección del pueblo. Unos interpretan simplemente que la expia-

(1) Dahm, artículo citado en *Deutsches Recht*, pág. 4.

ción ha perdido importancia; otros llegan a hablar del fin de la teoría de la expiación (1). Y Exner llama nuestra atención sobre el suceso, que apenas se habrá presentado en la historia del derecho, de tres cambios de sentido en el espacio de dos decenios: uno en la legislación posterior a la guerra europea, que atendió en primer lugar a la corrección; las otras dos fases, de la expiación y de la defensa, en el último decenio (2). Y apunta igualmente que el último cambio no ha sido debido a las necesidades de la guerra, pues el testimonio de Freisler relativo a los deseos del Führer, que hubo de seguir en la Introducción al proyecto de código penal, se refiere al año 1936.

¿A qué atribuirlo? A mi juicio, a través ahora de todas las complicadas justificaciones de un medio científico aventajado, hemos de ver aquí la progresión común a todos los sistemas penales inspirados principalmente en el principio utilitario de la lucha contra el ser dañoso a la sociedad y la coacción sobre los mal inclinados, sin otros elementos moderadores que actúen con pareja intensidad.

(1) Meier, *Das Ende der Sühntheorie*; en *Deutsches Strafrecht*, Set-Oct. 1943.

(2) Exner, art. citado, pág. 24.

EL CONGRESO PENAL Y PENITENCIARIO DE BERLIN

Los alemanes no perdieron la ocasión de llevar al Congreso de Berlín, celebrado en 1935, su nueva posición ante el problema penitenciario. Allí había de chocar, en dramático conflicto, con la tradicional de los anglosajones; pues Inglaterra pasa por creadora de los sistemas progresivos, que los Estados Unidos han llevado a plena realización, al adoptar en sus Reformatorios la sentencia indeterminada.

El tema a discutir era éste: «Los métodos aplicados en la ejecución de la pena con el fin de educar y enmendar a los criminales (humanización intensiva, amplios beneficios, reducción considerable de la coerción en la ejecución progresiva de la pena) ¿son aptos para provocar los efectos que se persiguen, y, en general, son estas tendencias oportunas? Se trataba, en suma, de someter a revisión la política penitenciaria que se ha desenvuelto desde hace largo tiempo, con más o menos retrasos e interrupciones según los países, para dar marcha atrás o por lo menos para contener lo que hasta este momento se había considerado como indiscutible progreso.

Podemos clasificar en tres grupos las opiniones expuestas en el Congreso.

El Ministro de Justicia alemán dijo en el discurso inaugural de la Asamblea, que ésta era la cuestión más importante del Con-

greso y, al exponer los conceptos del nuevo derecho punitivo alemán, defendió el carácter represivo de la ejecución de la pena, sin excluir que en algunos casos y para algunos individuos se la pueda dar carácter educativo. Análoga era la propuesta sobre este tema del ponente, quien se oponía a la educación penitenciaria para todos los presos, reconociéndola, sin embargo, institución utilísima limitada a un número restringido de aptos para aprovecharla; y aun esta educación penitenciaria no es necesario que sea despojada del carácter punitivo. La aplicación general, más hasta un cierto punto, del humanitarismo, de la concesión de gracias y del régimen progresivo, podía tener, según el ponente, el favorable efecto de hacer transcurrir tranquilamente el curso de la ejecución de la pena; pero no ejerce influencia alguna o ejerce muy poca sobre la educación de los detenidos.

La tesis germana quedaba bien fijada. Los intereses de la comunidad siempre en primer plano: para los intereses de la comunidad tienen gran importancia la prevención general y la especial; pero prevalece como esencia de la pena la idea de castigo. La pena educadora es solamente útil para algunas categorías de delinquentes, y, sin oposición abierta al humanitarismo, se desconfía de las dulzuras excesivas que han solido acompañar al régimen progresivo.

Frente a esta tesis, el grupo anglo-americano sostenía que la finalidad de la pena es la defensa de la sociedad mediante la readaptación de los condenados; y aprobaba los procedimientos utilizados por los sistemas progresivos sin más reservas que su aplicación racional, de manera individualizada y sin exageraciones. Hay, en efecto, criminales—decía la proposición del representante inglés Paterson—que no parecen susceptibles de educación; pero tampoco con éstos hay que perder nunca la esperanza de la enmienda.

Los italianos ofrecieron posibilidades de acuerdo que no fueron aprovechadas. Novelli proponía tomar por base los ordena-

mientos positivos del Derecho penal vigente en varios países. Casi todas las legislaciones modernas concuerdan en asentar la responsabilidad penal sobre la imputabilidad moral; de donde se deduce que la pena no puede por menos de tener en su esencia carácter de castigo. Pero las mismas leyes penales reconocen que la sociedad no puede renunciar al supremo interés de la readaptación del condenado y, por esto, reconocen también a la pena la función de enmendar al condenado. En su virtud, los italianos proponían un orden del día que constaba de dos partes. En la primera, se aceptaban los progresos ya obtenidos en las condiciones materiales y morales necesarias a la vida física y espiritual de los detenidos y a su readaptación social, mas con un límite: no se deben adoptar las concesiones que consientan al detenido una vida igual o superior a la que él podría llevar en libertad, lo que sería contrario a la austeridad de la pena. En la segunda se declaraba que para conseguir el fin utilitario concretado en la enmienda, los medios deben ser determinados sobre la base de que la pena ha de ser en todo caso un castigo.

Había aquí una fórmula para la concordia, que, sin embargo, no se produjo. Buscando otra más afortunada, se nombró un Comité formado por dos alemanes, un italiano, un inglés, un holandés y un griego. Este Comité aprobó por mayoría una solución que recordaba la propuesta italiana, pero adolente de menor precisión. Se declaraba en primer término, que los intereses de la comunidad deben ser puestos en primer plano; se añadía que la ejecución de la pena no había de quedar limitada a infligir un castigo, sino que tenía al mismo tiempo el fin de educar y enmendar al detenido, y se condicionaban los métodos dirigidos a la educación y a la enmienda por su aplicación racional, sin exageraciones y con la cautela de adaptarlos a la individualidad del sujeto.

Es en este último punto donde la propuesta del Comité tenía mayor vaguedad. En la fórmula de Novelli había un límite rela-

tivamente concreto: que la humanización de la pena no consistiera al detenido una vida igual o superior a la que pudiera llevar en libertad; mientras que en el acuerdo del Comité se empleaban frases tan poco determinadas como «aplicación racional y sin exageraciones». Los alemanes, sin embargo, apoyaron esta fórmula, lo cual equivalía a hacer concesiones.

Los anglosajones se reagruparon tras la propuesta del belga Deliernieux. En ella se colocaba en primer término los intereses de la comunidad, tanto en el Derecho penal como en la ejecución de la pena; pero, a continuación, se exigía que los métodos aplicados en esa ejecución, debían serlo del modo exigido por el estado físico y psíquico de los detenidos. No se hacía reserva alguna a favor de las ideas de castigo y ejemplaridad, mas a través de la primera declaración a favor de los intereses de la comunidad, podían vislumbrarse importantes limitaciones o condicionamientos a la prevención especial.

Puestas a votación ambas propuestas en la Sección correspondiente, fué rechazada la de Deliernieux y aprobada la del Comité por 137 votos contra 47. A requerimientos de los anglosajones se votó luego por naciones, en vez de por individuos, y el resultado fué contrario: 9 a favor del Comité y 10 con la propuesta belga. «Fué observado que el voto nominal estaba desvalorado por la presencia de un número excesivo de alemanes, y el voto por naciones por el hecho de que solo 19 de las 50 representadas en el Congreso, habían participado en la votación» (1). En vista de las soluciones dispares y de la agitación creada en su torno, el Presidente del Congreso desistió de someter el acuerdo de la Sección a la Asamblea general y quedó el tema pendiente.

He aquí, pues, el grave problema que quedó sin resolución definitiva y ha de ser acometido, no solamente por el próximo

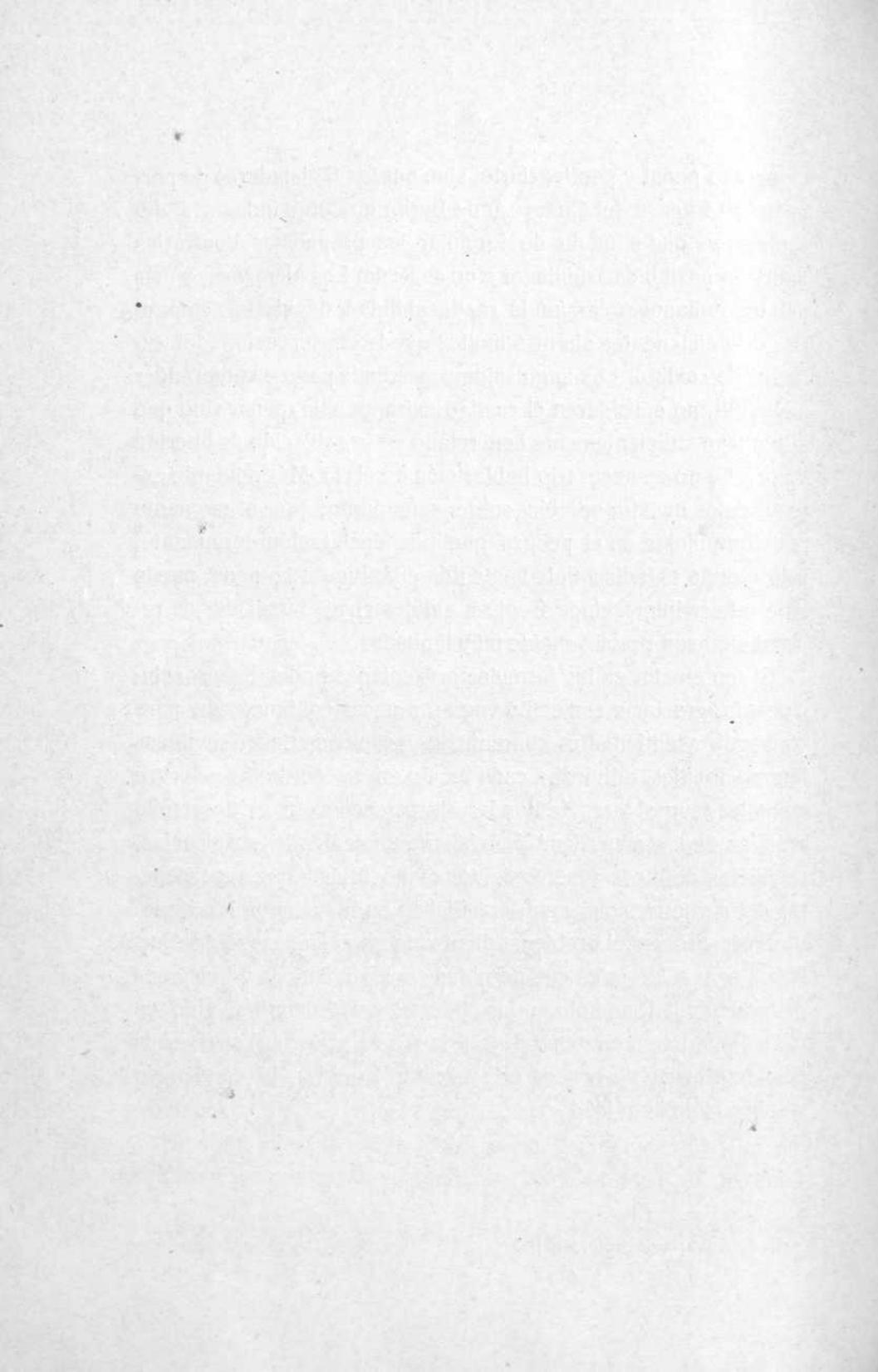
(1) Novelli, *XI Congresso internazionale penale e penitenziario en Rivista di Diritto penitenziario*, Año VI, 1935, pág. 1153.

Congreso penal y penitenciario, sino por los legisladores de porvenir. El fracaso del Congreso de Berlín no debe inducir a desánimo, ya que el modo de formular las propuestas contrarias indica la posibilidad de llegar a un acuerdo. Los alemanes, y más aun los italianos, admitían la reeducabilidad de ciertas categorías de delincuentes sin más límites que la conservación del carácter de castigo. Los anglosajones, según le parece comprender a Novelli, no consideran el castigo extraño a la pena, sino que lo piensan suficientemente concretado en la privación de libertad y por ello no es necesario hablar más de él (1). Más adelante exponremos nuestra opinión sobre este punto; por el momento conviene fijarse en el peligro que una declaración terminante, subrayando el indiscutible contenido aflictivo de la pena, puede tener al ser interpretada frente a sujetos cuyas facultades de reclamación son prácticamente muy limitadas.

Si, en efecto, en las fórmulas presentadas podía haber coincidencia, gracias a ese estilo vago y a veces equívoco que para conseguir asentimientos aparentes es propio de las Asambleas internacionales, adivinaba cada bando en su contrario reservas mentales, sugeridoras de hondas divergencias en el desarrollo práctico de los acuerdos. Y existían, alimentando suspicacias, prejuicios políticos y sentimientos de hostilidad que, en vísperas de la guerra sangrienta, se afilaban en la lucha de las ideas.

Para resolver el problema planteado en el Congreso de Berlín y llegar a fórmulas que permitan coexistir las dos funciones de la penalidad, no solo en los sistemas penitenciarios, sino en el Derecho penal en general, lo primero es examinar cual es la posible eficacia de la pena en su actuación sobre el condenado y sobre la colectividad.

(1) Novelli, artículo citado, pág. 1155.



POSIBILIDADES Y LIMITES DE LA PREVENCION ESPECIAL

Como se ha visto en las primeras páginas, desde Platón se vienen señalando dos modos de actuar sobre el delincuente: primero, la corrección para que se reintegre a la comunidad de hombres honrados; en segundo término, cuando el reo sea incorregible, la eliminación. Algunas modificaciones se imponen a esta fórmula. En la antigüedad la pena educadora apenas fué conocida; al hablar de corrección se solían referir a la intimidación causada por el castigo, a lo que en nuestro idioma acostumbramos a llamar escarmiento. Se impone, pues, dividir el fin de readaptación a la vida legal, corrección en sentido amplio, en dos: intimidación individual o escarmiento, y la «mejora»—como la llamaba Röder—, enmienda o corrección en sentido estricto. Mediante ésta se implantan o fortifican los motivos altruistas o sociales. Con el escarmiento se refuerzan los egoístas o utilitarios que pueden obligar a la regularización de la conducta (1).

El término eliminación es sustituido entre los alemanes por el de inocuización. A la muerte prefiere generalmente la sensibilidad contemporánea la reclusión por tiempo más o menos largo e indeterminado. Ciertamente se puede hablar de eliminación o segregación temporal como acostumbran los italianos. Más la inocuización comprende una serie de medidas del derecho moder-

(1) Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Aufsätze und Vorträge*, I, p. 163.

no que no entran o caben difícilmente en el concepto de eliminación: incapacidades jurídicas, libertad vigilada, prohibiciones de visitar establecimientos de bebidas, la castración readmitida por los germanos, etc.

Aunque puede hacerse una clasificación de penas por estos fines, es lo cierto que no siempre se excluyen, y lo que caracteriza a las especies de sanciones es el predominio de uno u otro. Así, por ejemplo, el escarmiento puede indudablemente ser un medio de educación. Y la pena correccional o intimidante privativa de libertad procura también la inocuización por más o menos tiempo.

Corrección. — El siglo xix, por la creencia rousseauniana en la bondad natural del hombre, esperó la reforma espontánea de los separados del ambiente corruptor, al que se achacaban todas las culpas. La quiebra del régimen celular se supuso solo del sistema, pero no de la corregibilidad, que sería realizable con tal de sustituir los procedimientos pasivos por los activos. Concepción Arenal (1) comparaba los grandes descubrimientos en el orden físico con el del mundo moral: que los delincuentes son susceptibles de enmienda. La Pedagogía correccional en incesante progreso sería capaz de modelar de nuevo las almas como si fueran de cera. Los fracasos observados se achacaron a la Administración penitenciaria como si fuera deber del Estado dedicar sus mejores medios a convertir en ciudadanos útiles los más incapaces; a aprovechar, en suma, los posos de la colectividad.

Sobre esta materia han de decir la última palabra los psicólogos y pedagogos. Por mi parte me limitaré a algunas reflexiones tomadas del común sentir, fuente constante de conocimiento para el jurista.

El arrepentimiento se logra con dificultad en el delincuente, sobre todo en los habituales. El amor propio, más ciego y tole-

(1) Concepción Arenal, *Estudios penitenciarios*, I, pág. 6.

rante con las propias faltas que el padre con las del hijo, construye argumentos justificantes de todas las conductas, no ya desde un punto de vista exclusivamente utilitario, sino moral. El hombre al margen de la ley se basa en ejemplos falsos o arbitrariamente generalizados para deducir que en el mundo reinan el fraude y las malas artes; se cae en las mallas de la ley por torpe o desgraciado; los astutos, hábiles o afortunados escapan. El rebelde al orden jurídico participa siempre de una ideología demolidora, asentada en terreno tan firme como la propia estimación.

Difícil es la enmienda moral de quien no se cree verdadero culpable. La lamentación del delincuente no versa nunca sobre el delito, sino acerca de la represión que no se ha sabido o podido evitar. A partir de la detención, el reo se considera víctima de la policía, de los jueces, de los testigos, de sus carceleros; se cree, sobre todo en los delitos de sangre, víctima de su propia víctima que merecía el delito mejor que él la pena. Cada uno de los males que integran la pena es recibido por el penado como una injusticia, y esta actitud interna de resistencia contrarresta necesariamente cualquier acción educadora que se intente. Modificar las intenciones, convertir la voluntad injusta en justa, al modo que Röder deseaba, es ardua labor pedagógica para la cual sería preciso dulcificar la ejecución penal de tal forma que cesara la pasiva resistencia y cobrase el condenado confianza en sus educadores, y dedicar a esta misión los más hábiles pedagogos. Aun así, compensar la aflicción del castigo en las penas de larga duración sería muy difícil, y en todo caso resultaría para el exterior de efectos desmoralizadores tanto regalo.

Por esta dificultad de obtener la enmienda en tratamientos de grandes masas, se ha desacreditado tanto el fin correccional. La altura de la meta ha originado fracasos, desánimo y propósito de abandono. Más razonable es rectificar ambiciones y contentarse con empresa más modesta, sobre todo cuando está tanto por realizar. Al Estado le basta con que sus súbditos discurran

por el cauce de la ley y cooperen, más o menos de su grado, a los fines colectivos. Será deseable enderezar voluntades torcidas y purificar las almas; pero cuando otra cosa no sea posible, habrá de contentarse con regularizar las conductas.

Esto se consigue por dos medios. Es el primero crear una experiencia de utilidad, persuadir al reo de que es conveniente no delinquir porque la consecuencia es un mal mayor que la satisfacción procurada con la infracción; por lo cual la pena ha de conservar, en efecto, un carácter aflictivo. Carácter que ha de ser bien administrado, pues las inútiles vejaciones conducen a la desesperación, produciendo un afán de venganza contra todo el orden social, cuya satisfacción puede ser motor más poderoso que el freno de la representación del castigo.

Es el segundo crear en el delincuente crónico hábitos de trabajo. Vea Salillas en el delincuente un nómada (1), cuya base de sustentación está dispersa por falta de regularidad laboriosa. Esta falta, aunque coopere la disposición temperamental, es por lo común producto del hábito ocioso, de la inadaptación a la disciplinada vida económica moderna, transformadora de los hombres en máquinas. E incluso en aquellos en que se reconozcan predisposiciones instintivas a satisfacer rápidamente las apetencias y dedicarse después a la holganza, tales tendencias serán casi siempre modificables con años de régimen ininterrumpido de sumisión forzada y trabajo. Si los escépticos a la prevención especial, para negar la eficacia del escarmiento, argumentan con la adaptación al castigo, no pueden negar también la adaptación a un régimen de trabajo repetido durante años, tiempo suficiente para crear costumbres nuevas.

No importa que el oficio a ejercitar en libertad sea distinto del aprendido dentro de la prisión, como tantas veces se ha lamentado, porque más interesante que la clase de ocupación es

(1) Salillas, *Hampa*, Madrid, Suárez, 1895, págs. 185 y sigs.

el hábito de emplearse en el trabajo. Siquiera sea preferible que cada cual se ejercite en su anterior profesión o aprenda la que mejor le capacite para la lucha por la vida en el medio en que ha de desenvolverse.

Tampoco es aceptable la objeción de Mayer referente a la pérdida en el penado de toda iniciativa, de las posibilidades de una conducta responsable, con lo cual el trabajo forzado del presidiario prescinde del carácter formador de la responsabilidad (1). Pues la pena privativa de libertad no priva, aunque esta afirmación parezca paradójica, totalmente de libertad, ni en los trabajos forzosos desaparece totalmente la iniciativa del trabajador; mientras por otra parte también el trabajo de los hombres libres tiene mucho de forzoso. Además, no ha de olvidarse que la prisión no trata de formar clases conductoras, sino al revés, de domar redeldías, anular tendencias anárquicas e insumisiones.

Se dice que la inmensa mayoría de los hombres llegan a la edad adulta con el carácter ya formado. Ya es algo que se reconozca la corregibilidad de los jóvenes, pues cuando tanta tarea queda por emprender en materia penitenciaria, el apartamiento de los jóvenes en establecimientos de educación intensiva es un programa mínimo nada despreciable. Pero el número de los reformables en algún modo es mucho más amplio. El mismo impulso temperamental lleva al hombre por veredas distintas según los estímulos del mundo circundante. Permanece el carácter del converso que pone en el apostolado el mismo fervor que antes dedicó a la persecución, y en la ejemplar austeridad de muchos hombres maduros hay el mismo ardor de la juventud disoluta. Pertenece a la sabiduría popular que, idénticos el genio y la figura, se producen sorprendentes cambios de conducta al golpe de acontecimientos trascendentales para la vida del sujeto, que no varían el motor aunque cambien la dirección. Otras veces basta

(1) Hellmuth Mayer, ob. cit. pág. 20.

el estímulo mínimo porque lo propio del carácter es la variación en un continuo recrearse a sí mismo, como es observable en el cúmulo de picardías y heroicidades que contrastan en las vidas aventureras. Y si aquellos importantes hechos o débiles estímulos son capaces de modificar las conductas, ¿cómo no va a producir análogo efecto la representación de los males sufridos en la pena y los hábitos de trabajo y disciplina forzosamente impuestos?

Se exceptúan, sin embargo, de la corregibilidad, o es ésta muy difícil, dos categorías: un cierto número de anormales que, si no propios para el manicomio, son siempre perjudiciales para la buena marcha de un establecimiento penitenciario común, por lo que es recomendable la creación de establecimientos especiales, y el crecido número de los responsables de esas infracciones que se han convenido en llamar artificiales, o sea, de contenido inmoral escaso o nulo. Al aplicar a esos sujetos los mismos procedimientos educadores que a los pervertidos, como si fueran de la misma calaña, se les humilla y desmoraliza, bajo capa quizás de afectado humanitarismo, y se desconoce el verdadero objeto, de advertencia e intimidación, con que se les reprime. No debe perderse nunca de vista que la primera y más esencial condición de la pena es no empeorar al penado, ni en su salud y energías físicas, ni en sus cualidades morales. Esta función meramente conservadora puede constituir en determinadas circunstancias todo un programa penitenciario de incalculable valor.

Escarmiento.—La intimidación es, pues, un medio para la corrección. La generalidad de los desconfiados en la enmienda, aprecian el valor de este fin para evitar que el castigado cometa nuevos delitos (1). Pero también hay el grupo de los que no creen en la capacidad de escarmentar, por lo menos en algunas categorías de delincuentes.

(1) P. Montes; *De re poenali. ¿La pena debe ser corrección o escarmiento?*, en *La Ciudad de Dios*, Set. 1912, pág. 433.

Según H. Mayer «una solución al problema de la criminalidad no puede encontrarse en la intimidación especial. En los casos más leves existe sin duda la posibilidad de volver al camino de la ley, mediante una enérgica advertencia, a aquel que le ha abandonado por vez primera con pasos vacilantes. Sin embargo, nos enseña la experiencia de todos los tiempos que aun las penas más crueles no pueden conmover a los criminales más graves sino que los hacen más peligrosos y rudos» (1).

Es corriente alegar también la dócil adaptación de la naturaleza humana a su destino. Gracias a esa capacidad de adaptación algunos enfermos crónicos llegan a soportar con relativa facilidad una existencia penosa. En las penas largas, la perspectiva de soportar una detención perdurable es deprimente; pero la misma persona olvidará con facilidad notable esta sanción desagradable el día de su liberación (2).

Por de pronto se reconoce por Mayer la eficacia intimidante de las penas en los casos leves sobre los ocasionales. Ahora bien; es lógico que sobre esta misma clase cause mayor temor la más prolongada aflicción, o sea las largas, que se imponen en los casos graves; pues no debe olvidarse que muchos condenados a penas largas son también ocasionales—por ejemplo, los simples homicidas—. El delincuente por tendencia y el habitual no son la totalidad, ni siquiera la mayor parte del número de condenados.

El miedo al mal y su previsión hasta un cierto punto, es un fenómeno corriente en la psicología humana. Al negarle en el delincuente, o en la mayoría de ellos, se viene a resucitar la teoría lombrosiana de la completa anormalidad del criminal, hoy rechazada por consentimiento casi unánime. Si, por el contrario, se reconoce la relativa normalidad psicológica de la generalidad,

(1) Mayer, Ob. cit., pág. 19.

(2) Cornil, *Alcune considerazioni sugli effetti dell' internamento dei delinquenti*, en *Rivista di diritto penitenziario*, Año VI (1935), n. 1, pág. 81.

será necesario también afirmar la fuerza intimidante de la pena sobre los más. Incurren en un contrasentido los partidarios de la prevención general que admiten la coacción psicológica de la amenaza penal sobre la colectividad y no la de la ejecución sobre quienes la sufren. Aun siendo más imprevisores éstos, la intensidad de la advertencia, infinitamente mayor en la ejecución que en la amenaza, compensa la menor previsión de los infractores. Por otra parte, no todos los anormales son insensibles al castigo: solo lo son los enajenados carentes de memoria o de mentalidad totalmente confusa que deben ser declarados exentos de pena. El criminal crónico, a quien, no obstante su parcial anormalidad, se declara responsable, es capaz, en mayor o menor medida, de sentir la coacción de la pena y tenerla presente en la deliberación precedente a su conducta.

La facultad de adaptación de que se habla es menor de lo que parece y más externa que interna. El penado sigue la vida penitenciaria porque es un mal menor someterse que rebelarse. La sumisión forzada es compatible con la memoria de los bienes perdidos y la ilusión de recuperarlos. Los casos citados de presos que, al cumplir la condena, se niegan a salir del establecimiento, o, una vez en libertad, delinquen para ingresar de nuevo, son excepcionales; se trata de seres infrahumanos, sin energía vital alguna, incapaces totalmente para la lucha por la vida.

Asombra la candidez con que Lombroso y Ferri (1) creen al pie de la letra las manifestaciones de los delincuentes declarándose a gusto en la prisión, sin ver lo que hay en ellas de ironía, de jactancia, de a mí ¿qué? (presumiendo de insensibilidad viril), de reacción consoladora contra su propia situación miserable, y agresiva contra quienes quieren causarles un mal y se les reprocha su fracaso. Frente a esto dice C. Arenal: «...puedo asegurar que no he conocido ni sabido de ninguna reclusa ni re-

(1) Ferri, *El remordimiento en los delincuentes*, en *La Nueva Ciencia Jurídica*, I, página 130.

cluso español que no deseara y con ansia, salir de la prisión. Cuando se les pregunta cuánto tiempo les falta para extinguir su condena, suelen contestar; tantos años, tantos meses y tantos días; he visto a una moribunda pedir con instancias, como una gracia suprema, salir, *para morir en libertad*; triste servicio que pudo prestársele, porque su condena terminó un poco antes que su vida» (1).

La aflicción producida por las privaciones materiales ha de ser medida por un desnivel entre las condiciones de vida anterior en libertad y las forzosas entre los muros carcelarios. Novelli (2) encuentra el límite de humanización de la pena en evitar que el detenido haga una vida igual o superior a la que podría llevar en libertad. Pero ésto llevará o a establecer desigualdades en la aplicación y ejecución de la pena, como pretendía Lardizábal, impugnaba Beccaria y hoy sería difícilmente tolerado; o a adoptar un régimen ínfimo e insoportable para la gran mayoría, pues siempre habrá en la población presidial individuos que en libertad vivirían en la mayor penuria. Por esto el contenido aflictivo de las penas carcelarias ha de valorarse en los males morales.

Aunque también para ellos sea distinta la sensibilidad según el temperamento y condiciones de vida de los sujetos, están más cerca de la igualdad los sufrimientos procurados por los males morales. El mayor es la falta de libertad, o sea el brusco corte de grandes posibilidades. A medida que la civilización ha proporcionado más medios al hombre, le ha sido a éste posible disfrutar más ampliamente de la vida. La supresión de la mayor parte de las posibilidades ha adquirido una gravedad antes insospechada. No se arguya con el enfermo, el asilado, el edu-

(1) C. Arenal, *Psicología comparada del delincuente*, en *La Nueva Ciencia Jurídica*, I pág. 130.

(2) Novelli, *Limiti dell'umanizzazione della pena*, en *Rivista di Diritto penitenziario* 1935, p. 1205 y sigs.

cando, el soldado y el obligado a la prestación personal, para concluir que la pérdida de libertad es un fenómeno ordinario en la vida contemporánea. Es estos casos las privaciones suelen ser menores o mucho menos continuas, alternando las horas de reclusión con otras de libertad que se disfrutan compensadamente; o aparece, en la enfermedad, el mal como no impuesto e inevitable; o se trata de prestaciones que no causan depresión por el contraste con lo normal. En estas y otras muchas restricciones de la libertad que han existido siempre y ha aumentado la mayor interdependencia de la vida moderna, el sujeto se adhiere con complacencia o entusiasmo al fin perseguido, o, por lo menos, tolera las restricciones por el servicio a sí mismo o a la generalidad que las impone, y en virtud de tales fines, tiene, además de la satisfacción íntima más o menos completa, la simpatía de los coasociados. Porque otra aflicción de la pena es el desprecio social que acompaña a su imposición.

Se niega al condenado sensibilidad para este reproche. Es cierto que muchos de ellos se han creado un orden moral conforme al cual han sido injustamente perseguidos, por suponer o que su conducta no fué realmente reprobable, o que el castigo es excesivo, o que es inútil padecer por aquella mientras otros más perversos tienen influencia o poder económico que a ellos les faltaron. Todo esto no son sino reacciones compensadoras que prueban la intensidad de la herida. Y si logra superar la sensibilidad a ese desprecio social, es a fuerza de suponer injusto el castigo, con lo cual más sentirá el carácter coercitivo y doloroso de la sanción.

El apartamiento de la familia, de los hijos sometidos a miseria al faltar el jornal del padre, rara vez dejará de afligir al condenado. Repetidas veces se ha narrado la ternura de despiadados asesinos que derramaban lágrimas al hablar de sus descendientes. Muchas veces estos sentimientos existen, aunque no se perciben en el ambiente de jactancia propio del presidio, enga-

ñando a los criminalistas hasta el punto de tomar por realidad la comedia representada.

Olvidaba Ferri esta parte moral del contenido aflictivo de la pena cuando en su visita a las prisiones celulares, le parecían aquellas celdas amplias y ventiladas un insulto a las miserables viviendas de los obreros honrados. Sin perjuicio de admitir que en algún caso pueda la queja tener fundamento, recordaremos que el régimen celular a que se refería el profesor italiano es, pese a la amplitud que las celdas puedan tener, uno de los más terribles suplicios para el ser sociable que es el hombre. Cualquiera de los candidatos al suicidio o a la locura, tan frecuentes en el régimen de aislamiento absoluto, habría preferido alojarse miserrimamente con tal de disfrutar del trato humano y del aire libre.

Finalmente, cuando se habla del poder de adaptación a la vida carcelaria, se omite que la misma facultad tiene el liberto para adaptarse a la vida libre, y si en la reclusión fué menos desgraciado de lo que se supone, habituado a la libertad se representará la estancia entre muros como más intolerable de lo que realmente fué. O sea, que la adaptación desvanecerá el poder intimidante de la pena durante su ejecución, cuando las posibilidades de reincidencia son menores, pero se recobrará éste más tarde con el hábito de la vida libre, en la cual se presenta de nuevo la tentación al delito que interesa contrarrestar.

Nos hemos referido al poder aflictivo de las penas privativas de libertad, que son las discutidas. Parece unánime la opinión de que las pecuniarias afectan a todo el mundo con tal que sean realmente proporcionadas a la capacidad económica del culpable. Las restrictivas de libertad (confinamiento, destierro, extrañamiento, etc.) tienen un contenido de efecto muy variable, según la posición social y ocupación del condenado, por cuya desigualdad se aconseja la supresión.

Inocuización.—La pena de muerte y las perpetuas suprimen

definitivamente un ser peligroso. Las de larga duración mantienen inocuo al sujeto en su época de energía vital, siendo sus efectos en muchos casos idénticos a las perpetuas. Incluso las de corta duración, nada apreciadas en este sentido, tienen, sin embargo, más eficacia inocuizadora de lo que se cree, en cuanto suelen sucederse sobre un mismo delincuente profesional, que pasa la mitad o quizás la mayor parte de su vida en reclusión. En su conjunto equivalen entonces a una pena larga con intervalos de libertad. Algún indulto general, que comprendió la totalidad de las condenas correccionales, tuvo malas consecuencias para la seguridad pública, hasta que la nueva captura de los profesionales libertos permitió la reducción de los delitos contra la propiedad a su cifra normal.

También la eficacia de este fin preventivo especial ha sido discutida. Se supone que las diversas sanciones contra los habituales—penas perpetuas, medidas de seguridad de duración indeterminada—cuya aplicación queda al arbitrio judicial, encuentran escaso empleo por contrarias a la conciencia jurídica de todos los pueblos (1). La afirmación ha sido hecha sin datos suficientes que la fundamenten. Con mayor prolijidad estadística proclaman los italianos el éxito de sus medidas de seguridad (2).

Calcula Mayer que el número de delincuentes habituales es en Alemania 100.000, e imposible pagar un ejército tan considerable de reclusos. Pero indica el mismo autor el remedio: limitar el internamiento a los más peligrosos profesionales (3). Para los demás basta con el efecto intimidante de las penas agravadas.

Y no vale la pena de discutir seriamente la apreciación de los daños causados por estos criminales, que se calculan menores que los gastos ocasionados por la reclusión; ni la comparación entre la cifra de víctimas del homicidio o lesiones y las

(1) H. Mayer, ob. cit., pág. 22.

(2) Grandi; *Bonifica Umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria. Rivista di diritto penitenziario*, vol. XIII (1942) n. 2, pág. 236.

(3) H. Mayer, ob. cit., pág. 25.

de accidentes del trabajo en industrias peligrosas (1). Pues cómo reconoce el propio Mayer, lo interesante es la pérdida de autoridad y prestigio que sufre el derecho con tan repetidas violaciones, y la mengua de la tranquilidad pública que puede ser grande, aunque la amenacen pocos malhechores.

(1) H. Mayer, ob. cit., pág. 24.

POSIBILIDADES Y LIMITES DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Que la conminación penal en la ley y el ejemplo de su aplicación y ejecución, obran como freno en muchas conciencias, ha sido reconocido en todos los tiempos y no ha encontrado repulsa hasta los más recientes.

Cuando un postulado—dice Spencer—se afirma no solamente por un hombre o una sociedad, sino por numerosas sociedades que se diferencian de mil y mil modos de las creencias de otras, posee una certeza cuya fuerza supera a todas las demás (1). Podrá objetarse con las supersticiones y errores que ha arrastrado la humanidad siglos y siglos—algunos de constantes efectos catastróficos sin provecho ninguno de enseñanza—; y no sólo sobre el mundo físico, donde la falta de técnica hacía difícil e insegura la observación, sino también sobre el moral y el político. Se acostumbra a citar el caso de la esclavitud, justificada por necesaria a juicio de esclarecidas mentes de la antigüedad. También pudiera ocurrir que nos equivocáramos sobre la necesidad de las penas, y que, aun siendo útiles, pero no imprescindibles, el perfeccionamiento ético de la humanidad permitiera redimirnos de esta servidumbre superviviente en los penados, que alguna vez han sido comparados con los antiguos esclavos. El consentimiento universal no nos permite eludir el exámen de la cuestión por supérfluo.

(1) Spencer. *Los primeros principios*, c 1. § 2.

La solución definitiva no ha de ser tampoco pedida a la Estadística. Esta no puede proporcionarnos datos sobre los delitos que la amenaza penal ha conseguido evitar. Veremos a través de sus cifras las disminuciones de ciertos crímenes con el alza de la represión. Mas también los italianos nos presentaron el descenso de los homicidios a partir de la supresión de la pena de muerte en el código de 1889. Ha sido este período uno de los más pacíficos de la historia en que, a compás de la tranquilidad exterior, amenguaba la criminalidad violenta y sólo preocupaba el desarrollo de la delincuencia astuta, inherente al auge de la riqueza y complicación de la vida económica. Hay, pues, un entrecruzamiento de los factores diversos que en la causalidad del delito influyen, por el cual la Estadística no nos puede tampoco solucionar el problema.

La campaña escéptica arranca de la Sociología criminal italiana. La verdad es que si la pena es sólo uno de los factores que intervienen en un complicado proceso causal, no hay obstáculo para admitir que no todos ellos tienen la misma importancia y que la representación de la pena pudiera ser en muchas ocasiones decisiva. Pero la escuela italiana estaba embargada por el prejuicio antropológico y, aun reducido, al cabo de las polémicas y rectificación de posiciones, el alcance del delincuente nato, siempre pesó el hábito de dar primordial valoración a la natural disposición del agente.

Según Ferri se pueden distinguir en la sociedad tres estratos: primero, la clase moralmente más elevada que no delinque por la sanción de la propia conciencia, para los cuales el código penal es perfectamente inútil; segundo, la de los refractarios a todo sentimiento de honestidad porque, privados de educación y de sentido moral, y empeñados siempre en el mundo primitivo de una lucha cruel y fiera por la existencia, heredan de sus mayores y transmiten a sus descendientes una naturaleza anormal; y tercero, la clase social de los no nacidos para el delito, pero

tampocos honrados a toda prueba, vacilantes entre el vicio y la virtud, no privados de sentido moral, frecuentemente dotados de cierta cultura, para los cuales las penas pueden ser, en los límites restringidos de un motivo psicológico, verdaderamente eficaces (1).

En efecto, muchos se abstienen del crimen por motivos de conciencia o por el juicio de desvaloración social que pesa sobre el criminal. Supongamos que, abolidas las penas, estos ciudadanos ejemplares se mantuvieran puros dentro del ambiente general. Pero, como advierte Alimena, si el código se aboliese no sólo aumentarían repentinamente los delitos, sino que con el tiempo se alteraría la moralidad de los honrados (2). En las generaciones siguientes la desmoralización creciente llegaría a arrastar a todos en la más feroz lucha por la existencia. Aquel juicio de desvaloración cambiaría de signo, admirando la colectividad al más fuerte y audaz de los que hoy llamamos criminales, como, en efecto, ocurre en los grupos sociales primitivos; y los imperativos de conciencia, reflejo de la moral social dominante, caerían al mismo tiempo o poco después que ésta. La primera categoría es, pues, el resultado de una moral colectiva que no puede sostenerse sin los apoyos de la coacción.

Y aun los que a esta clase pertenecen se abstendrán por propio impulso de las infracciones más graves o deshonorantes; serán incapaces de asesinar y de robar; mas de otras infracciones que socialmente no son reprobables, se apartan por el motivo sensible del temor. Si se examina la propia conciencia—dice

(1) Ferri, *Sociología criminale*, Utet, vol. II, 1929, p. 448.

(2) Alimena, *Notas filosóficas de un criminalista*, pág. 26 «La pena como impulso jurídico—escribe Aramburu—ejerce primordialmente sobre todos los ciudadanos sugestión cagatérica, cuyo efecto inmediato es inhibir los impulsos antijurídicos y cuyo efecto remoto, a través de las generaciones, es aminorar o destruir estos impulsos en el proceso de educación ética de la humanidad, por cuya virtud se convierte el imperativo exterior y conminatorio en interior o ético, y lo que comienza haciéndose por temor, se hace después por deber y termina haciéndose por gusto, por bondad de corazón». *La actual orientación del Derecho penal y de la lucha contra el delito*. Discurso leído en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1910, pág. 36.

Hippel—todo hombre puede hacer en sí mismo la prueba de que alguna vez ocasionalmente habría realizado algún delito si el hecho no hubiere estado prohibido bajo pena. Tratándose de personas cultivadas se piensa solamente en faltas de policía, injurias, leves lesiones corporales, infracciones de caza, aduanas e impuestos. En otras clases sociales menos cultivadas—y añadiremos más necesitadas—habría que comprender otras infracciones, especialmente contra la propiedad (1).

La tercera clase o sea la integrada por los predispuesto al delito, es también sensible a la amenaza penal. Si en la producción de aquel se cruzan varios factores, no siendo nunca suficiente la predisposición personal—como viene a admitir Ferri—¿por qué no vamos a reconocer que el miedo a la pena pueda ser uno de los elementos causales de la conducta y que no todos los dotados de instintos criminales sucumben a la tentación? Conocida es la observación de Tarde: no son más previsores que los criminales los escolares y son sensibles a los castigos, ni los amantes y, sin embargo, nacen menos hijos ilegítimos donde se prohíbe investigar la paternidad (2).

En realidad Ferri no niega la eficacia de la pena sino que la limita a una sola de las tres categorías. Ahora bien; si ésta resultara la más poblada, la eficacia de prevención general no dejaría de tener gran importancia. La primera, según el mismo fundador de la Sociología criminal, es la menos numerosa. La de los delincuentes por tendencia (que la escuela italiana llamó inexactamente delincuentes natos) es, según la variedad de opiniones de los criminólogos, de un diez a un treinta y cinco por ciento. Luego la más numerosa es la zona intermedia, la de los vacilantes entre el vicio y la virtud, sensibles al motivo psicológico de la amenaza.

Los sociólogos, al calcular la eficacia de la conminación por

(1) Hippel, Ob. cit. I, págs. 513 514.

(2) Tarde, *Filosofía penal*, ed. cit. vol. II, págs. 253 a 255.

la imprevisión de los castigados, se mueven en un falso terreno. Falso, porque como ya se ha advertido varias veces, para investigar si la pena es capaz de impedir los delitos, se estudia el delincuente efectivo pero no el potencial, a los presidiarios compariados ante los antropólogos, mas no a los sujetos de tendencias criminales que circulan por el mundo sin demostrarlas, precisamente porque son contrarrestadas por la representación del castigo.

Hentig niega eficacia al castigo capital (1) porque el mundo está lleno de suicidas y de personas indiferentes o casi indiferentes al valor de la vida, como lo prueban cuantos la exponen en deportes y profesiones arriesgadas. No es lo mismo, sin embargo, la aceptación del riesgo mortal y la insensibilidad al temor del castigo capital. Esta es la muerte pero no cualesquiera especie de muerte, sino la muerte dolorosa—por la angustia de la larga tramitación y espera—e infamante. El suicida o el héroe no temen a la muerte, pero se preocupan del género de muerte, que el primero se procura rápida y el segundo gloriosa. Criminales que se suicidan o venden caras sus vidas antes de la captura, o se dan muerte a veces después de la condena y pocos días antes de la ejecución, demuestran que el temor a las angustias del procedimiento o a la vergüenza pública del cadalso, tienen poderosa fuerza intimidante, superior desde luego a la muerte misma.

Agrega Hentig que así como en la pubertad del individuo hay crisis del instinto de conservación, también las hay en las masas, durante las cuales toda la vida política, social y cultural tiene este acento psíquico de la pubertad. Lo cual será cierto; habrá verdaderamente épocas en que la pena tiene menos eficacia que otras; pero la graduabilidad de los efectos no significa que estos sean nulos o despreciables, como igualmente las reacciones de rebeldía que se producen en algunos púberes no aconsejan el

(1) Hentig, *Die Strafe*, Stuttgart, Berlín. 1932. pág. 207.

abandono de su educación, aunque se reconozca más difícil.

Más importantes que las consideraciones psicológicas son los argumentos históricos en cuanto nos llevan a comprender la complejidad del problema y las limitaciones a que ha de ajustarse la ejemplaridad.

Observaba Ferri que en el Imperio romano se promulgaron en vano leyes contra el celibato, adulterio e incesto. Nosotros podríamos alegar la multitud de disposiciones que en la Nueva Recopilación encontramos encaminadas, no menos infructuosamente, a asentar a los gitanos y prohibirles otros oficios que la labranza. Sin embargo, sería preciso conocer la aplicación que tuvieron estas disposiciones. Es cierto que las prohibiciones del duelo en Francia resultaron ineficaces bajo Luis XIII, pero Voltaire nos cuenta como Luis XIV combatió eficazmente esta costumbre en contra del ambiente social en que prosperaba. También son numerosos los ejemplos de persecuciones religiosas y políticas que quedaron sin eficacia y muchas sirvieron de estímulo. Mas en estos casos el poder público se enfrentó con mayorías o con minorías numerosas, o con otras más restringidas, pero de mayor fe y firmeza en sus convicciones que las propias de sus perseguidores, o también la misma atrocidad de los suplicios tuvo un freno en la conciencia de los que las aplicaban, por lo que las represiones fueron defectuosas e inconstantes.

No nos demuestra la experiencia histórica la ineficacia de la pena; sí sus límites. La coacción del Estado puede fracasar cuando frente a ella se alzan otras sanciones — comprendidas en este término las penas y las recompensas— divinas, morales o de opinión; cuando en amplios sectores dejan de estimarse delictivos los hechos prohibidos por el Estado y aun se consideran altamente meritorios. Las penas estatales se encuentran ordinariamente reforzadas por la desvaloración moral del hecho y de su autor que en la opinión pública se pronuncia. Si, por el contrario, ésta encuentra aquellas improcedentes o abusivas, se contrarres-

ta su fuerza impeditiva. Las leyes del Estado no son las únicas reguladoras de nuestra conducta, ni sus penas más que una parte de las sanciones que, con coacción más o menos difusa, obran sobre la colectividad. En la cual están comprendidos los mismos órganos del poder público que, por influencia de la atmósfera de opinión, en ocasiones vacilan, buscan expedientes para suavizar la aplicación de las leyes draconianas e incluso se desentienden de hechos delitivos que quedan impunes, o perdonan fácilmente el castigo impuesto.

Antes hemos visto la suerte de los sistemas penales inspirados sola o principalmente en el terror. Al ver que el castigo no puede con el crimen, más simple y cómodo que investigar y combatir sus causas, es exasperar la represión. Cuando en Francia se produjo el movimiento reformista del siglo XVIII, se había llegado a penar con la muerte el contrabando de la sal y a potenciar aquella con atroces suplicios. Esta inflación de la penalidad produce también su desvaloración. Los robos en los caminos—decía Montesquieu—eran frecuentes en algunos Estados; para contenerlos se inventó el suplicio de la rueda, que los suspendió por algún tiempo; pero después se ha robado como antes en los caminos (1). Adormecida la sensibilidad por el espectáculo de crueldad que ofreciera el cadalso, también las hazañas de los criminales eran más rudas, reflejándose la penalidad en la criminalidad como en un espejo. «Constituye un hecho comprobado por la experiencia—dice Mezger—que lo que más estimula y pone en actividad las inclinaciones criminales latentes es un sistema punitivo rudo y brutal, contrario a la conciencia de la época» (2). «Al paso que los castigos son más crueles—escribía el Marqués de Beccaria—los ánimos de los hombres que, como los fluidos, se ponen a nivel con los objetos que los rodean, se endurecen; y la fuerza siempre viva de las pasiones es causa de

(1) *De l'esprit des lois*, lib. 6, cap. 12.

(2) Mezger, *Derecho penal*, trad. esp. t. 2, pág. 376.

que al fin de cien años de castigos crueles, la rueda se tema tanto como antes la prisión» (1).

El sentimiento público, que exige proporción entre delito y pena, queda desconcertado al ver bajo la sanción capital los hechos mínimos como los máximos, y, al excederse la medida estimada justa, la Justicia pierde su prestigio. La intimidación ha de tener, pues, límites si no ha de chocar con la conciencia moral popular ante la cual la pena puede valorarse como crimen.

Si la intimidación es el objeto único de la pena, se llega a desligar el castigo de la culpabilidad. La trascendencia de la responsabilidad a los familiares de los crimenes más graves, tan frecuente hasta los tiempos contemporáneos (2), perseguía aquella finalidad. Realmente el efecto terrorífico se logra también si la sanción recae sobre el inocente. H. Mayer nos cuenta la siguiente anécdota de Wallenstein: cuando un supuesto salteador atestiguaba su inocencia, Wallenstein respondió después de decretar la ejecución: tanto más temerán los culpables (3). Y si la condena consciente de un inocente no es fenómeno corriente en los anales judiciales, lo es más la del sospechoso. Según un antiguo aforismo procesal, en los crímenes gravísimos bastan los indicios leves. La alarma producida, sobre todo si a la gravedad del hecho se une el misterio de la ejecución, acucia temores de repetición sin facilidades de defensa y hace vivísimas las exigencias de ejemplaridad. Pero ésta resulta hondamente lesionada, con el consiguiente desprestigio de la Justicia, cuando se disipa aquella atmósfera alarmista que no suele tener larga duración.

La fuerza intimidante de la pena tiene, pues, sus límites y, como los medicamentos venenosos, ha de administrarse con singular prudencia. Así como para administrar éstos el médico ha de tomar en cuenta la capacidad de resistencia del organismo

(1) Beccaria ob. y ed. cit. pág. 76.

(2) Fauconnet, *La responsabilité*, págs. 70 y sigs.

(3) H. Mayer. ob. cit., pág. 26.

enfermo, también el legislador ha de preocuparse de no extravasar la especie y cantidad de la represión tolerable por la sensibilidad pública.

La prevención general no es sólo la intimidación. Su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad. Un cierto número de preceptos morales fundamentales tienen su refuerzo en las leyes penales, cuya aplicación es explicación, con el vigor persuasivo que adquiere el ejercicio de la fuerza al servicio de la razón. Asignar al Derecho penal tal función ética no supone el peligro de absorber en la protección penal toda la moral, porque precisamente el vigor y eficacia de aquella depende de su reserva a casos graves; por lo que el interés mismo de apuntalar firmemente los principios fundamentales prohíbe que graviten sobre la pena los que no son estrictamente necesarios para la existencia del grupo social. Decía Santo Tomás que no era misión de la ley penal la corrección de todos los vicios, sino sólo de los más graves, y de que es posible se abstenga la mayoría de la multitud, o sin cuya represión no podría subsistir la sociedad (1).

Para que la pena se mantenga ejemplar es preciso que sea limitada y condicionada por las mismas normas morales que protege. De esta forma no sólo la imposición del castigo sino el modo de castigar son obra pedagógica general; de extraordinaria repercusión por la profunda emoción y alarma que causó el crimen, así como por la intervención impresionante del Estado en los bienes jurídicos más preciados del individuo. El primer límite está en el sentimiento de sanción, fuertemente arraigado en la conciencia popular. Sus consecuencias son dos: que no se puede imponer pena sin que antes se haya cometido delito, y que aquella sea proporcionada a éste. Proporción que, en una de

(1) *Summa*, I, II, Q. XCVI, art. 2.

las creaciones más delicadas de la cultura, es hoy dirigida en primer término al elemento subjetivo del delito, a la culpabilidad. Ciertamente esta proporción no es el talión, cuya impracticabilidad ya fué demostrada por Aristóteles contra los pitagóricos. La retribución fué en un tiempo: ojo por ojo y diente por diente; hoy es la compensación de los efectos morales de la infracción. La transformación ha sido análoga a la sustitución en la Economía del trueque de mercancías por el pago en dinero. La prisión es ahora, por lo general, la unidad penal compensatoria. No es ciertamente esta relación proporcional de exactitud matemática. Los fenómenos de opinión tienen por característica la elasticidad y difuminación de sus límites, sin que su influencia sea por esto menos decisiva en los dominios de la Política y del Derecho. Es fácil seleccionar algunos hechos que son reputados por las conciencias sanas de gravísimos, y oponerles otra selección de los castigos que constituyen el máximo tolerable por la sensibilidad pública. Por relación con este superior se obtienen después los demás peldaños de las dos escalas, de infracciones y de penas, dejando siempre el margen suficiente en la ley para que los juzgadores determinen la medida justa del caso concreto, pues la culpabilidad es una relación entre el delito y el sujeto, en la que entran circunstancias individuales de éste.

Para H. Mayer el efecto de la prevención general, que reduce a la fuerza formadora de la moral social, solamente se consigue mediante la pena retributiva (1). El Derecho penal retributivo aparece como la incorporación de un pathos moral, inherente al Estado, que prohíbe el crimen bajo una representación de tabú (2). Más no sólo en la retribución (sentimiento común a todas las épocas, no desvirtuable por el racionalismo finalista) (3) está el aspecto moralizador de la pena.

(1) H. Mayer, ob. cit. pág. 26.

(2) H. Mayer, ob. cit. pág. 33.

(3) Nagler, *Die Strafe*, Leipzig, 1918.

También el magisterio ético ejercido por la función punitiva impone otras moderaciones nacidas del principio de la personalidad. El interés de las sociedades modernas por el delincuente—pues preferible a la muerte del pecador es que se convierta y viva—obliga a procurar la corrección cuando sea posible y necesaria, reduciendo a los casos más excepcionales las segregaciones decretadas por supremas exigencias de la defensa social. La corrección, por lo tanto, es también un postulado de la prevención general rectamente entendida. Nada sería actualmente menos ejemplar que la vuelta a las antiguas mutilaciones o la acumulación en las privativas de libertad de tales aflicciones que volvieran a convertirse en castigos corporales, o simplemente el abandono por parte del Estado frente al preso de aquella misión docente que en diversas esferas ejerce la Administración pública cada día con mayor extensión e intensidad.

No faltan autores que, para destacar la función moral de la pena, niegan o reducen a muy segundo término la eficacia intimidante. La pena—dice Durkheim—no sirve sino muy secundariamente para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores. Su verdadera misión es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Cabe decir—añade—sin que sea paradoja, que el castigo está, sobre todo, destinado a actuar sobre las gentes honradas, pues, como sirve para curar las heridas ocasionadas a los sentimientos colectivos, no puede llenar su papel sino allí donde esos sentimientos existen y en la medida en que están vivos (1).

No se ha de sublimar tanto la misión moral del Derecho penal, purificándole de la intimidación. Ya hemos admitido la existencia de un extenso sector que se abstiene de los delitos más inmorales por la representación del castigo. También el temor tiene aquí, como en todo sistema pedagógico, eficacia educadora.

(1) Durkheim, *La división del trabajo social*, trad. esp., pág. 127; ídem, *L' évolution morale*, pág. 185.

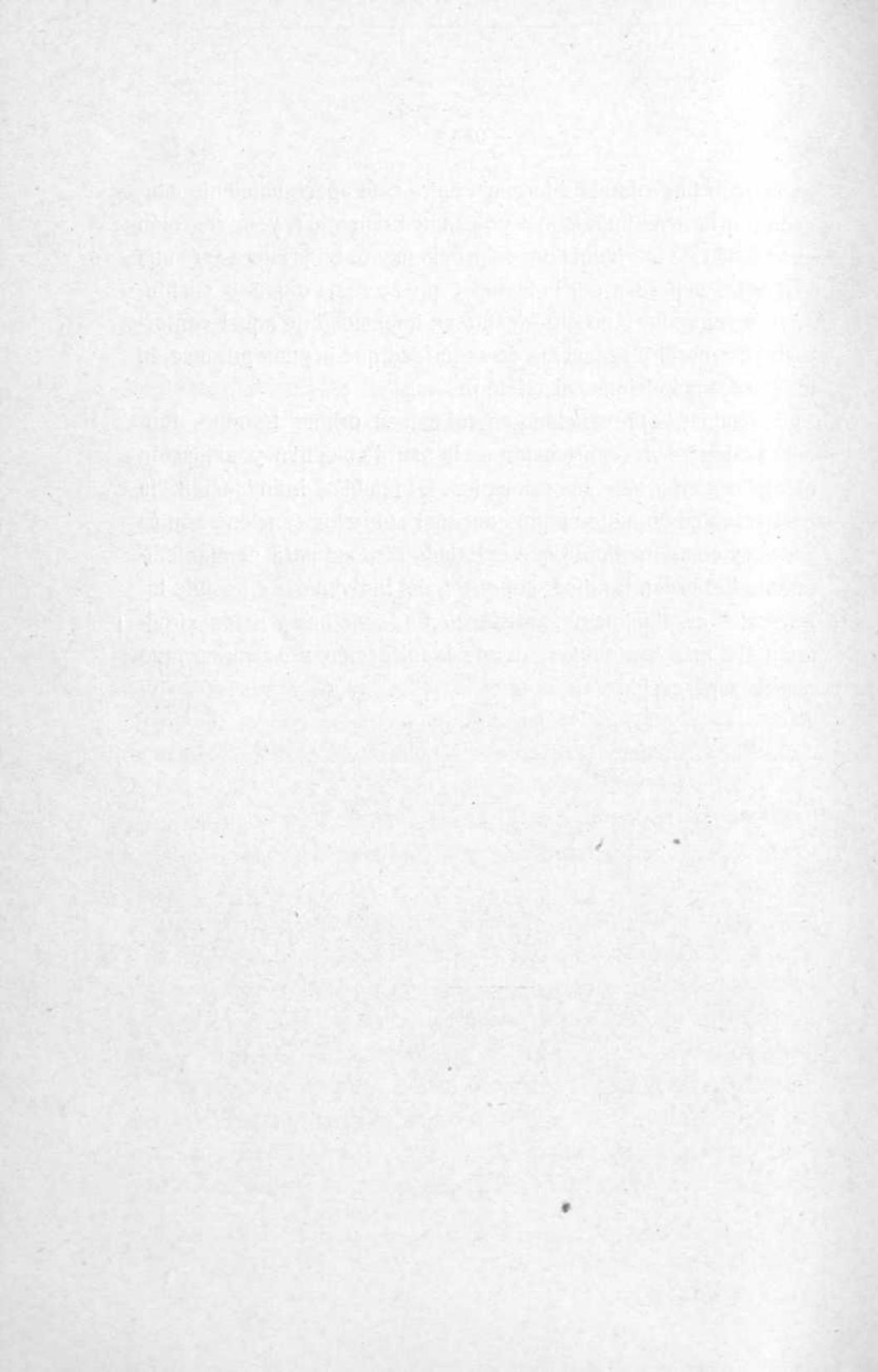
Además, el Estado, como hemos indicado, aprovecha el instrumento penal para otros fines de utilidad, castigando hechos contrarios a normas moralmente menos importantes—o quizás indiferentes—cuando las demás sanciones no serían suficientemente eficaces. Estas infracciones sólo lesionan el *mínimum ético* de modo indirecto, en cuanto el orden jurídico es imprescindible para el mantenimiento de aquellos otros postulados fundamentales. La relación entre la infracción de la ley del Estado y el fin moral que éste realiza es lo suficientemente indirecta para que en la mayoría de las conciencias la represión no aparezca coloreada, o si acaso muy debilmente, por el signo de la desvaloración moral del condenado. Y para la abstención de estos hechos, es móvil decisivo la intimidación, actuando sobre todos los sujetos, incluso en los de moral más elevada. El Derecho penal no se construye únicamente para mantener o formar la moral social—como pretende H. Mayer—aunque siempre junto a ella, recibiendo influencias de su contigüidad. Y al defender la pena de este modo el orden jurídico, coopera decisivamente a producir el sentimiento de tranquilidad con que debe desenvolverse quien discurre pacíficamente por el camino de la ley; opinión de seguridad necesaria para el desenvolvimiento normal de la vida individual y colectiva.

Este efecto general y difuso sobre la masa se hace más concreto sobre la víctima, familiares y círculos más próximos de personas que sintieron más de cerca el peligro o sufrieron más viva alarma por razón de cercanía o de análoga situación. Para Petrocelli (1) el sentimiento de venganza es un fenómeno exclusivamente humano, al cual con error se ha intentado desvalorizar desde un punto de vista ético. Si a esa satisfacción de la víctima y familiares ante el castigo ejecutado queremos darle el nombre de venganza, no hay inconveniente, siempre que se ha-

(1) Petrocelli, *La funzione della pena*, *Rivista di diritto penitenziario*, vol. VI, n. 6, páginas 1322 y sigs.

ga constar la profunda diferencia entre este apaciguamiento causado por la pena impersonal y justamente medida, y la reacción sin medida de la víctima por su propia mano. La primera será una venganza depurada por la justicia, que sirve de dique y sustituye a la segunda, y no difiere sino en intensidad de aquel confortamiento moral y sensación de seguridad que la pena produce en las gentes más lejanas al crimen.

En suma; la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral colectiva y actuación ejemplar conforme a sus principios. Es también intimidación, la cual actúa como instrumento educador sobre las conciencias más rudas, y como medio de que el Estado dispone para el mantenimiento del orden jurídico, del que todo individuo es posible infractor. Y es, finalmente, satisfacción a la víctima y a los círculos a ella más inmediatos, donde la infracción a la norma tuvo mayor repercusión.



ARMONIA ENTRE AMBAS PREVENCIONES

Ambas prevenciones son inconciliables cuando se toma la especial como reeducación con procedimientos blandos que hicieran la pena amena y atractiva (lo cual pocas veces se habrá realizado si es que se ha realizado alguna) o la general se identifica con el terror. Desechadas ambas tendencias, es fácil la armonía en la mayor parte de los problemas concretos.

La prevención especial se logra por la readaptación del delincuente a la vida social o por la eliminación. No hace falta ponderar que ésta, sea perpetua o por largo tiempo, ha de servir de aleccionador ejemplo a la multitud. En materia de readaptación nos habremos de contentar con producir hábitos de trabajo y de disciplina, y con la representación intimidante causada por la privación de libertad bajo un régimen austero, pero siempre humano. La intimidación es, pues, el principal medio para la corrección y, a la vez, para la prevención general. Es más, aquellas limitaciones que poníamos al escarmiento, al considerar que el régimen demasiado duro produce ardientes deseos de venganza y ariscos propósitos de rebeldía, son requeridos también por la prevención general, concebida como obra pedagógica y reafirmación de la moral social. Penas carcelarias especialmente aflictivas, torturas y suplicios a la antigua usanza, producirían

en la actualidad más desmoralización que la misma impunidad.

Partiendo de la prevención general se llega al mismo punto de encuentro. Suele defenderse su prioridad por la supremacía de los intereses sociales sobre los individuales, y se está en lo cierto, pero aquellos no exigen el aniquilamiento de éstos. La creencia en el individuo como algo opuesto y en estado de guerra con la colectividad, aunque sea para proclamar el triunfo de ésta, está llena de resabios individualistas. El individuo solo existe en la colectividad (con Robinson vence en la soledad la sociedad que lo había educado) y la colectividad no solo existe para el hombre sino en el hombre mismo. Del mismo modo que el delincuente se ha rebelado contra la parte más elevada y noble de su propio ser, el grupo social, al destruir punitivamente valores humanos—vida, honor, libertad—realiza en doloroso sacrificio una automutilación. No se niega el derecho y el deber de ello, pero se trata en suma de un conflicto de intereses sociales resuelto a favor del más importante.

Algunos de los casos citados de oposición inconciliable, lo son en realidad entre dos modos de comprender la prevención general, y, a través de la prevención especial, se ha llegado a soluciones consentidas y hasta recomendables con vistas a la primera.

Típico es lo ocurrido con la libertad condicional. Se estableció como premio a la buena conducta y para probar la corrección de penado, finalidades requirentes de una otorgación parsimoniosa. Se ha concedido, sin embargo, de un modo mecánico a todos los penados, con lo cual la institución ha quedado reducida a un corte de las condenas largas, impuestas en virtud de códigos viejos, que necesitan rectificación por no responder a las convicciones jurídicas del momento. La prevención general no ha sido sacrificada, como pretende Antolisei (1).

(1) Antolisei, *Problemi penali odierni*, Milán, 1940, pág. 183.

Como aniquilamiento de la prevención especial en aras de la ejemplaridad se citan aquellas situaciones en que, superando cualquier otra preocupación, predomina en el Estado la necesidad de defenderse o hace falta combatir formas delictivas de carácter epidémico (1). Mas ¿es aquí el fin de la enmienda solamente el quebrantado? El conflicto aparece también entre efectos transitorios y otros más perdurables de la prevención general. Urgencias del momento aconsejan sobrepasar la proporción de la pena con el delito, como se acude al remedio heroico o a la intervención quirúrgica que evita el peligro inmediato, pero compromete la salud o la integridad corporal del paciente en el porvenir.

Mas no solamente en situaciones excepcionales; en circunstancias normales prevalece también la prevención general. Hay casos en que existe la mayor probabilidad de que el culpable no vuelva a delinquir y, sin embargo, se castiga. Tales son los delitos a cuya producción contribuye un poderoso estímulo exterior, que pasa fugazmente por la órbita de vida del sujeto, móvil que seguramente no se volverá a repetir, y a los cuales no es aplicable la condena condicional por la gravedad objetiva del hecho (homicidio por celos o por justo dolor, falsedades por altruismo, lesiones en estado de embriaguez no habitual). La pena no tiene valor como medio preventivo especial porque no es de esperar la repetición del hecho, mas sí lo tiene desde un punto de vista general, ya que la contemplación de la impunidad animaría a la imitación. Es cierto que algunas veces se ha llegado a la absolución, y esto no solamente en aquellas falsas y abusivas negaciones de culpabilidad por el Jurado, sino también en la jurisprudencia de los Tribunales de derecho que, en contadísimos casos, evitan la condena mediante ficticias negativas de dolo o arbitrarios encuadramientos en las eximentes. En estos proce-

(1) Antolisei, *Problemi penali odierni*, Milán, 1940, pág. 183.

sos tan excepcionales la valoración moral de los motivos hace tan calificado el caso que la condena engendraría mayor escándalo que la absolución. Por consiguiente, no se absuelve solamente por la nula peligrosidad del sujeto, sino a causa de una valoración de la conducta conforme a las ideas dominantes en la opinión.

La pena se ordena, pues, en primer término a la prevención general. Esta es un elemento conceptual, la nota específica que diferencia la pena de diversas privaciones de bienes jurídicos impuestas por el Estado con fines de policía, beneficencia, seguridad y otras prestaciones ordenadas a diversos servicios públicos. Es, además, la función constante: en el pasado vemos que la sanción criminal ha realizado siempre la ejemplaridad más o menos imperfectamente, mientras la de la enmienda es una conquista tardía de la civilización; en el presente, si hay penas dirigidas principalmente a cada uno de los fines de prevención especial, todas ellas, sin embargo, tienen como elemento inseparable la lección ofrecida a la colectividad.

Un corto número de infracciones producen una perturbación social de tal importancia que hacen preciso la más enérgica reprobación, para que se recobre la que Carrara llamaba opinión de seguridad. No hay entonces otra forma de prevención especial que la eliminación. Para conseguir ésta se emplean, además de la de muerte, las penas de larga duración, que no tienen finalidad correccional, pues ningún tratamiento educador requiere tan largo tiempo. Apuntemos, como ineludible extremo de un programa moderno de política criminal, la reducción de las condenas largas a casos gravísimos. El abuso del derecho de gracia ha tenido en parte por origen esta repugnancia hacia castigos que absorben toda la época de energía vital del condenado, y se han beneficiado de estas tendencias al perdón los autores de aquellos crímenes que exigen la más enérgica y perdurable reprobación.

La mayoría de las figuras delictivas definidas en el código penal tienen un contenido inmoral y acusan una cierta perversidad en sus autores; mas la alarma producida es de índole transitoria. Nada tiene que oponer entonces la prevención general a la pena correccional, ni a los sistemas progresivos discutidos en el Congreso de Berlín, pues, como queda dicho, la principal fuerza intimidante reside en la misma privación de libertad.

Las infracciones de escaso contenido inmoral, realizadas por sujetos que en su gran mayoría poco tienen que corregir, se reprimen también en nombre de la prevención general y tampoco requieren tratamiento especialmente educador. Una pena carcelaria de régimen especial, a cumplir en los mismos locales destinados a prisión preventiva; la condena condicional, e incluso el perdón judicial acompañado de reprensión; las penas pecuniaras, son las sanciones propias para un fin de advertencia y escarmiento.

El problema más difícil de coordinación entre ambas prevenciones es seguramente el de aplicación de la pena. Quienes se pronuncian por un sistema preventivo especial solicitan la mayor extensión del arbitrio judicial y la sentencia indeterminada. Porque, en efecto, si solo nos proponemos evitar que el sancionado delinca de nuevo, si la pena es tratamiento, es perfectamente lógico que el diagnóstico se haga mediante el estudio del sujeto, que el plan prescrito sea rectificable y que la duración se determine *a posteriori*, al modo de la curación del enfermo.

La prevalencia de la prevención general impone, por el contrario, que la amenaza legal contenga la especie y la cantidad de la pena. Se acostumbra a decir que la ejemplaridad requiere únicamente la fijación de un mínimo, mientras la determinación en la ley de un máximo deriva del principio de libertad. Creo, por el contrario, que aquella, tal como la concebimos, exige también la indicación del máximo, pues solo así podemos tener en la ley una tabla de valoraciones de los bienes jurídicos según el

interés que el Estado tiene en su protección, y solo de esta manera se garantiza la proporcionalidad.

Pero ésta no solo permite, sino que aconseja, la suficiente distancia entre los límites para que se puedan tener en cuenta en la sentencia todas las circunstancias, imprevisibles en la norma general, del caso individual. Proporcionar la pena es individualizarla; siempre que el término individualización no sea tomado, como es usual, en el sentido de adaptación a la peligrosidad del delincuente, sino a todos los elementos objetivos y subjetivos del caso individual. Las doctrinas modernas de la culpabilidad, que valoran los motivos de la conducta y que comprenden en aquella el juicio sobre el carácter y la personalidad, hacen en el criterio clásico de la proporcionalidad un hueco suficiente, capaz para injertar en aquel la individualización. Tampoco en nombre de la prevención general debe de rechazarse la posibilidad de bajar del mínimo de la amenaza legal cuando se presenten circunstancias atenuantes calificadas, o aun se acuda a medidas de mayor indulgencia, con tal que de estas facultades se haga un uso excepcional; pues todo el mundo calcula previsoramente su conducta por las consecuencias que normalmente puede producirse y no por las que aparecen problemáticas y extraordinarias.

Temas son éstos cuyo desenvolvimiento exigiría mayor espacio y que solo citamos por vía de ejemplo, para demostrar cómo dentro de fórmulas armónicas pueden resolverse, y lo están siendo ya por las legislaciones, los conflictos entre la prevención general y la prevención especial.

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

La pena se dirige en primer término a la prevención general; la medida de seguridad a la especial. Una y otra son consecuencias jurídicas del delito, según la terminología corriente, que distingue la medida de seguridad, aplicable al que ha cometido un hecho delictivo, de la medida de policía destinada al peligroso todavía no delincuente (1). La pena ha de ser proporcionada al delito en la variedad de sus elementos objetivos y subjetivos, como resultado de sus características primordiales de retribución y ejemplaridad. La medida de seguridad debe de ser determinada por la peligrosidad del sujeto, puesto que se ordena a evitar que éste vuelva a delinquir, siendo la aflicción y ejemplaridad efectos secundarios que sobrevienen accidentalmente en la persecución de la prevención individual.

Conocido es el origen de esta dualidad. Mientras discutan

(1) Me refiero al concepto corriente en la doctrina y en las legislaciones. Ya se indicó que la ley española de 4 de Agosto de 1933 es excepcional, pues dispone unas mismas medidas, que llama de seguridad, para los sujetos peligrosos delincuentes y para los que no han cometido infracción criminal alguna; por lo cual ha sido muy comentada y discutida en el mundo de la ciencia penal. Confundidas la peligrosidad social y la criminal, una misma medida, el internamiento en un establecimiento de custodia por un periodo de duración indeterminada de uno a cinco años, es aplicable a los delincuentes habituales y a los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, pero todavía no se han alzado contra el orden jurídico. De esta equiparación resulta, junto a la excesiva severidad para los simplemente inclinados, la insuficiente defensa frente a los multirreincidentes incorregibles. Otras varias objeciones podrían hacerse sobre la imprecisión de las figuras de estado peligroso y la consiguiente falta de garantías; acerca de la inclusión entre las categorías de estado peligroso de verdaderas figuras de delito, así como, entre las medidas de seguridad, de sanciones pecuniarias que son verdaderas penas y no tratamientos educadores o inocuidadores, etc., etc.

las escuelas enconadamente si la pena había de ser retribución o defensa, prevención social o individual, las legislaciones, a partir del proyecto suízo de 1893, debido a Stoos, introdujeron nuevas sanciones fundadas en la peligrosidad, al lado de las antiguas conservadoras de su tradicional sentido (más o menos modificado en cuanto también empezó a admitirse la peligrosidad, como criterio para la aplicación de la pena, al mismo tiempo que la gravedad del delito). El Derecho penal sufrió una crisis de crecimiento (1), que para algunos haría necesario incluso el cambio de nombre, sustituyendo el adjetivo penal por criminal, puesto que sigue regulando las consecuencias del crimen, pero éstas no son ya solo las penas.

Sobre la distinción o identidad de penas y medidas de seguridad se ha acumulado una enorme bibliografía. Resumir la más importante exigiría prolongar desmesuradamente este trabajo: inoportuno el exceso, procede, sin embargo, tomar posición sobre punto tan importante para comprender las funciones de la pena mediante el parangón con las propias de su hermana la medida. En ese maremagnum de opiniones vamos a señalar las más interesantes y representativas.

A) La escuela positiva ha pretendido transformar la pena retributiva y ejemplar en medida de prevención individual; o sea absorber la pena en la medida de seguridad. Aunque Ferri tuvo primeramente por indiferente la cuestión de nombre, pudiendo el término pena significar ahora la defensa social como en un tiempo expresó compensación pecuniaria y luego castigo, cambió de parecer en su proyecto de 1921, donde solo se habla de sanciones (2). También el código ruso sustituye los términos pena y medida aseguradora por el de medidas de defensa social, y algún código americano, al unir en una misma rúbrica «De las

(1) Longui, *Per un codice de la prevenzione criminale*. Milán, 1922, pág. 14.

(2) *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, Milán, 1921, págs. 70 y siguientes. El término sanción es adoptado también por el código mejicano de 1929 y por el código de defensa social cubano de 1936.

penas y las medidas de seguridad», sin aclarar las que pertenecen a uno u otro concepto, mantiene también la confusión (1).

Se ha reprochado a los positivistas que la novedad es más nominal que otra cosa; y, en efecto, ellos mismos se han encargado de atenuar el primitivo radicalismo de su tesis. Grispigni, el más ilustre de los representantes modernos de la escuela, reconoce que la pena y la medida de seguridad se diferencian como dos formas de una misma institución, o sea como en las legislaciones clásicas se distinguen dentro del género pena sus diversas especies (2); y, en definitiva, viene a admitir que «temporalmente o en vía transitoria» subsistan la pena para los imputables y las medidas de seguridad para los inimputables, si bien fundada aquella sobre la peligrosidad para determinar su forma y duración. Ya hemos tratado de los efectos desmoralizadores que derivan de dar el mismo significado a la responsabilidad del sano de mente y a la peligrosidad del enajenado, confuisionismo que fué el blanco preferido de los más entre los numerosos críticos del proyecto Ferri de 1921. También quedan atrás los inconvenientes de la sentencia indeterminada como regla general para todas las penas.

Los idealistas actualistas, discípulos de Gentile, han llegado por distintos caminos a la misma identificación que los positivistas: Fundados éstos en el determinismo y en la consiguiente negación de la responsabilidad moral, aspiraban a convertir toda pena en medida de seguridad. Partiendo de la identificación de los conceptos contrarios de libertad y necesidad, sobre la cual construyen su doctrina de la «responsabilidad universal», los idealistas han concluido que la medida de seguridad, incluso la aplicable a las irresponsables, es siempre una pena (3).

(1) Código mejicano de 1931, art. 24.

(2) Grispigni, *Corso di diritto penale*, pág. 121.

(3) V: Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, Roma, 1925; Maggiore, *Lo unità delle scuole di diritto penale*, Palermo, 1918; Costa, *Delitto e pena nella storia de la Filosofia*, Milán.

B) Las opiniones más difundidas aceptan la dualidad, aunque con gran variedad de matices (1). Para los neoclásicos, la separación es radical: La pena es consecuencia del delito y de la responsabilidad, la medida de seguridad es consecuencia de la peligrosidad, a cuyo examen da ocasión el delito cometido. La pena tiene por fundamento la justicia; la medida desempeña una función utilitaria de eliminación, de curación, de readaptación. La pena tiene carácter necesariamente aflictivo, la medida no. La pena mira a la defensa social mediante la prevención general y la especial; la medida se propone la prevención especial únicamente. La primera se aplica por tiempo determinado; la segunda, siendo correlativa al valor sintomático del delito, tiene su duración absoluta o relativamente indeterminada. En el aspecto formal, aquella es por su naturaleza providencia jurisdiccional; la aplicación de ésta es encomendada a los órganos jurisdiccionales por razones de conexión, de economía funcional, de mayor garantía para la libertad de los ciudadanos, pero su naturaleza es en realidad administrativa (2). Estos criterios, según se dice por los neoclásicos, han sido aceptados por el código italiano de 1930, donde hay un título dedicado a las medidas *administrativas* de seguridad; mas otros comentaristas han opinado que la realidad no ha respondido a estos propósitos declarados en los trabajos preparatorios, como lo prueba el artículo 133, según el cual el juez ha de tener presente, para el ejercicio de su poder discrecional en la aplicación de la pena, no solamente la gravedad del delito, sino también la capacidad de delinquir del culpable (3), o sea la peligrosidad.

(1) V. expuestas varias series de opiniones en Valsecchi, *Pene e provvedimenti di sicurezza*, Scuola Positiva, 1920; Pierre Chambon, *Les mesures de sureté*, Paris 1925; Exner, *Die Theorie des Sicherungsmitteln*, Berlín, 1911; De Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, en *Rivista di diritto penitenziario*, año, IV, n. 6; etc. etc.

(2) Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, en *Rivista di diritto penitenziario*, 1936, n. 6. Otro matiz dentro de la teoría neoclásica puede verse en Vanini, *La pena come conseguenza giuridica del reato e i provvedimenti di polizia preventiva*, Siena, 1913, pág. 89 y sigs.

(3) Antolisei, *ob. cit.* pág. 175.

Prescindiré, por razón de brevedad, de examinar esta relación de diferencias, algunas de las cuales son incompatibles con la doctrina anteriormente sentada sobre las funciones de la pena. Pero he de destacar la refutación que la práctica ha dado a esas tentativas de establecer entre las dos instituciones una frontera tajante. La medida sólo excluye a la pena en los irresponsables. En los responsables, se acumula a la misma, complementándola. Puesto que el sujeto es moralmente responsable y además peligroso, deberá cumplir la pena correspondiente y, al extinguirla, pasar al establecimiento especialmente destinado a los necesitados de reeducación, de cura, de inocuización. Se supone que en ellos hay dos personalidades: la del responsable moralmente y la del peligroso. Lo cierto es que la persona es una y una la sanción sufrida a causa del mismo delito, aunque pase de uno a otro edificio cuando la condena penal queda extinguida. No deja de ser este expediente una de tantas puerilidades a que acuden los teóricos, desconociendo la realidad para salvar la doctrina. Ni en el sujeto sobre el cual opera, ni en la colectividad que la aprecia y valora, hay aquí otra cosa que una sola sanción, llamémosla pena o medida, con diversos accidentes en su cumplimiento.

Las consecuencias no pueden ser más funestas. El semienfermo mental, el alcohólico y el toxicómano, son casos patológicos que ven aplazado el comienzo del tratamiento, y cuya anormalidad impedirá, en multitud de ocasiones, la adaptación a la disciplina del establecimiento penitenciario común donde primero han de expiar sus culpas. En cuanto al multirreincidente incorregible, será en el establecimiento común un elemento de contagio y perversión para los primarios y ocasionales.

También se ha establecido que la medida de seguridad se aplique antes que la pena (1). El código suizo así lo dispone pa-

(1) Vannini, ob. cit. (pág. 91), lo propone para los semienfermos mentales.

ra los sujetos de responsabilidad disminuída (art. 14), y para los vagos o disolutos (art. 43). En estos casos, se suspende la ejecución de la pena para dejar lugar al internamiento de seguridad, y, al cesar éste, el juez decide si la pena ha de cumplirse en todo o en parte. La reclusión de los bebedores habituales en un asilo a este fin destinado se pospone a la ejecución de la pena, pero cuando el estado del condenado lo justifique, el juez podrá disponer la anteposición. Tal solución tampoco satisface. No evita que en realidad el sujeto sufra una condena por partida doble, ni la natural repugnancia a mantener el cumplimiento de una pena cuando el delito quedó lejano y se reconoce desaparecida la peligrosidad del reo. La facultad que el código suizo da al juez para que, una vez que haya cesado la medida de seguridad, pueda decretar la disminución de la pena pronunciada (arts. 17, 43, n.º 4, 44, n.º 3) e incluso la liberación definitiva, después de un período de libertad condicional como prueba (art. 43, n.º 5, atr. 44, n.º 5), implica falta de confianza en el sistema, que en multitud de casos vendrá a resolverse en otro: la sustitución de la pena por la medida.

Otros autores partidarios de la dualidad no ven tan definidas las fronteras como los neoclásicos. La pena y la medida son providencias jurisdiccionales, entrando la segunda con plena justificación en el Derecho criminal (Longhi). No se puede decir tan categóricamente que la segunda se ordene exclusivamente a la prevención especial, ni que en la pena, por deberse a la justicia, esté ausente la utilidad, pues, en suma, la diferencia estaría en atender en primera línea a la una o a la otra prevención (Exner); o sea, en una cuestión de prevalencia (De Marsico), y habría mutuas interferencias, por lo cual se trata de círculos secantes y no tangentes (Liszt). Cuando se concluye la relatividad de los confines, hay posibilidad de sustituir la pena por la medida, como establecen los antiguos proyectos alemanes y el nuevo código suizo al tratar de los habituales, cuyo internamiento sustituye a

la pena pronunciada (art. 42); y ya hemos visto cómo en otras categorías de estado peligroso, la facultad del juez para reducir la pena o prescindir de ella, cuando cesa la medida aseguradora previamente ejecutada, equivale prácticamente a una sustitución.

Hacerlo así implica reconocer un cierto carácter penal a la medida de seguridad. Dando un paso más se llega a la fusión de ambas sanciones, ya incorporando el resultado a la zona propia de la pena, ya creando una especie mixta.

C) En efecto, se registra en algunos de los autores más recientes la tendencia a comprender dentro de la esfera de la pena una parte de las hoy llamadas medidas de seguridad, mientras las restantes serían providencias de policía, que, por su naturaleza exclusivamente administrativa, quedarían fuera del Derecho penal propiamente dicho.

Hellmuth Mayer, estudiando las medidas de seguridad introducidas por la ley alemana de 24 de Noviembre de 1933, deduce que la custodia de seguridad para habituales peligrosos, la vigilancia de autoridad, la castración y la inhabilitación para el ejercicio profesional, son penas finalistas que entran en el concepto general de penas; mientras las demás—no sólo el internamiento de enfermos en una casa de salud, sino también el de los ébrios y el de los vagos—, no difieren de otras medidas adaptadas por el Derecho civil o el administrativo en aplicación de un derecho personal (1).

A la primera parte hay que oponer la dificultad de encajar sanciones fundadas en la peligrosidad y de duración absolutamente indeterminada, a cumplir además de la pena, en el concepto de la misma, que ya sabemos funda Mayer en la prevención general, identificando ésta con la retribución. Frente a la segunda han de subrayarse las líneas en que el mismo autor reconoce innegable que en el pueblo se dá una exigencia de retri-

(1) Mayer, ob. cit. págs. 130 y siguientes.

bución, incluso cuando es absuelto por enfermedad mental el reo no totalmente privado de razón, necesidad de retribución que se calma si el tribunal ordena la medida oportuna (1).

También Antolisei propone que las medidas de seguridad de-
tentivas, dispuestas por el código italiano con carácter comple-
mentario para los peligrosos imputables, y las penas que han de
cumplir previamente, se fusionen en una pena readaptadora, ba-
jo el régimen de sentencia indeterminada, con un *mínimum* equi-
valente a la duración que había de corresponder por la pena. Ha-
bría, pues, dos clases de penas: ésta que, adoptando una vieja
terminología, llama correccional, y otra admonitoria o intimidan-
te que conservaría la fijeza y demás características de la pena
tradicional. Esta se aplicaría en el vasto campo del Derecho pe-
nal en el que la idea de resocialización del delincuente no puede
encontrar aplicación, por el motivo fundamental que los autores
del delito no tienen necesidad ni de enmienda ni menos de cura-
ción. En tal campo entrarían las infracciones mínimas contra las
cuales el Estado reacciona con penas administrativas (disciplina-
rias, fiscales, de policía, etc.) y las innumerables contravencio-
nes. En el terreno de los delitos verdaderos y propios, la ame-
naza e inflicción del castigo jurídico es el único medio oportuno
sobre todo en tres grupos: delitos que representan casi un riesgo
inherente a ciertas profesiones y actividades peligrosas (entre
éstos se encuentran especialmente los delitos culposos); los de-
litos que no contrastan con los sentimientos generales o kontras-
tan en medida mínima, como, por ejemplo, el duelo, la injuria; y
los delitos políticos (2).

La doctrina de Antolisei, fundada en muy certera crítica del
sistema dualista admitido en el código italiano, es quizás dema-
siado simplista, porque en el actual dominio de la pena castigo

(1) Mayer, ob. cit. pág. 142

(2) Antolisei, *Natura e trasformazione della pena en Problemi penali odierni*, Milán, 1940, págs. 161 y sigs. La tesis sostenida en este notabilísimo libro, había sido iniciada en *Pene e misure di sicurezza, Revista italiana di Diritto penale*. XI (1933), I, págs. 129 y sigs.

no es la intimidación individual el único fin de prevención especial perseguido. ¿Qué pena se ha de imponer a los reos de infracciones que evidentemente contrastan con los sentimientos morales de la generalidad (hurtos, estafas, alzamientos de bienes, lesiones, delitos contra la honestidad, etc., la mayoría en suma de los que se ofrecen en la práctica criminal) sin que sean los sujetos habituales, profesionales, delincuentes por tendencia, ebrios habituales o semi-imputables? No creo que pueda decirse de ellos que no tengan necesidad de corrección, y en la relación de casos de aplicabilidad de la sanción admonitoria de duración fija, expuesta por Antolisei, no figuran. Luego parece que es una pena correccional la aplicable, y si ésta había de tener una duración indeterminada en el máximo, tropezaríamos con un serio quebranto del concepto tradicional de la pena, y, consiguientemente, de las garantías penales, y con una dificultad de realización práctica en la mayor parte de los países, que no tienen personal ni establecimientos adecuados para desarrollar con probabilidades de éxito reforma tan trascendental. También echamos de menos la mención de otra categoría de penas correspondientes a delitos muy graves que demandan enérgica ejemplaridad y que, desde el punto de vista preventivo especial, solo pueden tener significación eliminadora (no solo la de muerte y las perpetuas, sino también las de larga duración).

Por lo que se refiere a los delincuentes peligrosos, a quienes en el código penal italiano se destinan yuxtapuestas las penas y las medidas de seguridad, reconocemos con Antolisei que estas últimas, en cuanto implican la privación de libertad por largo tiempo, tienen un cierto carácter aflictivo o penal y es oportuna la unificación, mas por lo mismo que el delito cometido puede ser de escasa gravedad y la reclusión en función a la peligrosidad muy prolongada, parece necesario que se marque alguna diferencia entre este tratamiento y el de las sanciones con el carácter exclusivo de castigo intimidante.



Es de advertir además que la mayor preocupación del criminalista actual respecto a los peligrosos está constituida precisamente por los habituales incorregibles, hasta el punto de que una parte de las legislaciones modernas limitan a ellos la aplicación de las medidas de seguridad contra los habituales, imponiendo en caso de posible corregibilidad una pena ordinaria agravada (así el código español de 1928 y la ley alemana de 24 de Noviembre de 1933). A estos incorregibles no es oportuno aplicarles una pena correccional sino una medida—aunque tenga carácter penal en cierto modo—eliminadora; por lo que el mismo Antolisei tiene que admitir para tales casos otras providencias de seguridad (relegación en islas, colonias, etc.). Con lo cual resulta fracasado el propósito unificador y, en la misma tesis del penalista italiano, resulta expresamente admitida la dualidad y latente la «tercera vía».

D) Finalmente, cabe admitir, entre la pena y la medida, una zona intermedia de sanciones de carácter mixto.

Según el párrafo 20, a., del código alemán, modificado por la ley del 24 de Noviembre de 1933, la habitualidad peligrosa da lugar en primer término a una agravación de la pena que, al decir de algunos autores, viene a romper el sistema dualista, por no fundarse la agravación en la mayor culpabilidad, lo cual está repetidamente reconocido por la Jurisprudencia, y ser distinta de la custodia de seguridad que, con carácter complementario, la misma ley ha introducido en el parágrafo 42, e. (1).

Esta parece ser también la significación del arresto para jóvenes, creado en Alemania por la ordenanza de 4 de Octubre de 1940. Tal arresto, que puede imponerse en lugar de las penas ordinarias de prisión o arresto, a los mayores de catorce y menores de dieciocho años, tendrá la duración de un mes a lo más, o de una semana o de un fin de semana a lo menos. Según la

(1) Mezger, *Deutsches Strafrecht (Grundriss)*, Berlín, 1941, pág. 172.—Welzel, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinem Grundzügen*, Berlín, 1940, pág. 122.

ordenanza complementaria de 28 de Noviembre de 1940 se impondrá el arresto a los jóvenes cuando el juez no crea indicada la imposición de una pena y, sin embargo, deba llevarse a la conciencia de aquellos vivamente que su conducta ha sido contraria a la comunidad. El párrafo segundo advierte que el arresto para jóvenes no es una pena, especialmente en lo que se refiere a las consecuencias para la reincidencia y el Registro de penados. Además del arresto, que tiene un sentido represivo e intimidante, pero carece de las consecuencias propias de las penas, pueden emplearse medidas educadoras (1). O sea que, al menos en el concepto de los legisladores, no es pena ni medida, sino una especie intermedia.

A mi modo de ver, la solución podría estar en generalizar «la tercera vía», en crear un tercer término. Entre la pena retributiva y orientada principalmente a la prevención general, reservada a los moralmente responsables, y la medida de prevención individual para los irresponsables, quedaría la zona cubierta por las sanciones destinadas a aquellos imputables en quienes se ha descubierto una peligrosidad grave, desproporcionada con la levedad del delito, y que no sería eficazmente combatida con una pena a éste proporcionada. Para estos delincuentes se crearía la tercera especie de sanción, llamada pena de seguridad o medida de seguridad penal. En la categoría se comprenderían los semiimputables, los alcohólicos y toxicómanos, los vagos y los habituales y quizás también los jóvenes. La duración mínima de la reclusión sería, como en la propuesta de Antolisei (2), la de la pena correspondiente al delito, por lo menos, y en el caso en que la cuantía de ésta fuera demasiado escasa para intentar un tra-

(1) Sobre esta novedad ha surgido un enjambre de estudios. V. Lange, *Strafe und Erziehung im Jugendstrafrecht*-Sieverts, *Zur kriminalpolitischen Wirkung des Jugendarrestes*; ambos publicados en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín, 1944.

(2) Esta solución tiene en España remoto abolengo. Recuérdese la pragmática de Carlos III estableciendo la cláusula de retención, que perduró largamente en nuestra práctica penitenciaria. V. pág. 39.

tamiento o para los fines de seguridad, sería preciso instituir un **mínimum legal** en función a la peligrosidad. Los establecimientos donde se cumpliera se llamarían penales y tendrían el régimen de disciplina propio de esta naturaleza, mas con las atenuaciones convenientes al tratamiento; la dirección de los mismos había de ser técnica y especializada en el tratamiento médico o educador que el sujeto requiera. No es ocasión de entrar en detalles de ejecución, pero sí debe quedar sentado que el contenido aflictivo e intimidante de la pena no debe ser obstáculo a la eficacia del tratamiento adecuado a la peligrosidad; como, igualmente, que éste no puede tener toda la benevolencia y regalo que en las instituciones meramente hospitalarias; si bien el contenido aflictivo estará constituido principalmente por la privación de libertad durante un período de tiempo que puede ser largo y por la conceptualización penal de la sanción y del establecimiento. Con un humanitarismo sentimental nos inclinaríamos a sustituir para algunos de estos individuos y especialmente para los **semienfermos**, la pena por la medida de seguridad de carácter tutelar, sin sobrenombres de ninguna especie; pero no se olvide que, con infracción de humanos sentimientos y abandono de finalidades preventivas, tales sujetos pueblan hoy los presidios ordinarios, en virtud de unas exigencias retributivas y ejemplaristas, cuya realidad no se puede desconocer. Porque esta pena de seguridad o medida de seguridad penal, no persigue principalmente la ejemplaridad como la pena ordinaria, ni es simple providencia aseguradora frente a la peligrosidad del irresponsable, sino ambas cosas. En ella se dan equilibradas las dos prevenciones. Desde el momento que se diferencian penas y medidas aseguradoras por la prevalencia de la social o de la individual, es perfectamente lógico admitir la tercera clase que sirva por igual a ambas finalidades.

El tercer término en la clasificación de las sanciones, las medidas de seguridad no penales, son las aplicables a los peligro-

sos no imputables: enfermos mentales y sordomudos. También son medidas de seguridad o, como dicen los alemanes, de mejora, las providencias tutelares para los menores. Sin embargo, por prevalecer en las últimas el sentido protector, el interés del propio menor, es posible darles autonomía y tratarles independientemente como muy próximas a las medidas administrativas de beneficencia.

Si por un lado declaramos una zona intermedia entre la pena y la medida de seguridad, con lo cual estas dos instituciones quedan mejor diferenciadas, por otro reconocemos que cualesquiera que sean estas diferencias, no dejan de existir caracteres comunes, que permiten reunirlos, juntamente con la especie mixta, en un género común: la sanción criminal (1). Una y otras son consecuencias jurídicas del delito, jurisdiccionalmente aplicadas; una y otra realizan las dos funciones de prevención general y de prevención especial, si bien con claro y terminante predominio de uno de estos dos fines, sin aquella compensación característica de las penas de seguridad.

Que la pena sirve siempre en mayor o menor medida no solamente a la prevención general sino también a la especial, es verdad unánimemente reconocida y ya hemos dicho bastante sobre este punto. Que la medida de seguridad, en el concepto restringido en que es aquí comprendida, también satisface las exigencias de la comunidad y ejemplariza en algún modo, aunque mucho menos, claro está, que las penas, es menos visible; pero tampoco tendrá dudas a este respecto quien haya tenido ocasión de medir los efectos en la opinión general de las resoluciones judiciales. El crimen grave del inimputable produce en la colectividad tanta o más alarma que el del hombre normal, pues esta intranquilidad suele ser proporcionada a la gravedad objetiva de la infracción y a las posibilidades de que se repita. Si bien en

(1) Grispiigni, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, 1920.

las sociedades cultas la idea de responsabilidad va inseparablemente unida al principio de culpabilidad, es lo cierto que la opinión de gentes no letradas—y aun la dominante en ciertos sectores de juristas—no marcha al ritmo de los progresos de la Psiquiatría, que ha extendido considerablemente el concepto de enfermo mental. Para el vulgo sólo está loco quien ofrece una incoherencia tal en las ideas que presente violento contraste con el hombre normal, y no admite que sujetos razonadores, como los paranoicos, deban ser declarados irresponsables. Esta opinión general influye sobre los jueces, los cuales se resisten a absolver a quienes son capaces de hacer sentir a los coasociados—para emplear los términos de Alimena—la idea de sanción. La consecuencia es que con demasiada frecuencia se encuentran en los establecimientos penitenciarios anormales, que perturban la buena marcha de los mismos, sin que tampoco se pueda acudir a su curación.

Por ello la ley belga de defensa social de 1930 y el código italiano de la misma fecha, fijan un *mínimum* de duración a las medidas de seguridad aplicables a los inimputables, proporcionado a la gravedad del hecho realizado (1). Quizás la legitimidad de esta solución sea transitoria hasta que se vulgaricen las tendencias amplificadoras del concepto de enfermo mental, pero hoy sería útil para salvar una situación difícil en la práctica judicial. Es cierto que en el artículo 8, n.º 1, de nuestro código

(1) El artículo 222 del código italiano dispone que en caso de absolución por enfermedad psíquica, o bien por intoxicación alcohólica crónica o producida por sustancias estupefacientes, o por sordomudismo, se ordenará siempre la reclusión del imputado en un manicomio judicial por un tiempo no inferior a dos años; salvo que se trate de contravenciones o de delitos culposos o de otros delitos para los cuales la ley establece pena pecuniaria o reclusión por tiempo no superior en el máximo a dos años, en cuyo caso la sentencia de absolución es comunicada a la Autoridad encargada de la seguridad pública. La duración mínima de la reclusión en el manicomio judicial es de diez años, si para el hecho cometido establece la ley la pena de muerte o el «ergastolo», o de cinco años si el hecho cometido está castigado en la ley con la pena de reclusión por un tiempo no inferior en el mínimo a diez años. Las disposiciones de este precepto se aplican también a los menores de catorce años, o mayores de catorce y menores de dieciocho, absueltos por razón de la edad, cuando hayan cometido un hecho previsto por la ley como delito, encontrándose en alguna de las condiciones indicadas en la primera parte del mismo artículo.

penal, no se permite la libertad del enajenado absuelto hasta que el tribunal lo disponga; pero, como es lógico, no se atreverá éste a mantener la reclusión ante el dictamen facultativo de curación. Ahora bien, conforme a las ideas dominantes, siempre será alarmante que el autor de un crimen gravísimo, cuya locura no es preceptible por todo el mundo, pueda andar por la calle cuando remitan los síntomas de la enfermedad. Crispigni censura el artículo 222 del código italiano, pensando en el caso de una madre que en el delirio puerperal mate a su propio hijo, por parecerle absurdo que también entonces, cesada toda causa de perturbación psíquica, deba permanecer la madre en un manicomio por un mínimo de diez años. La objeción se evitaría con dejar la imposición del período de reclusión mínima al arbitrio de los jueces, los cuales podrían valorar la personalidad morbosa del sujeto y la repercusión social del delito, y aplicar aquel mínimo solamente en casos muy excepcionales.

A fines de la centuria pasada y comienzos de la presente, ante el constante brotar de teorías y controversias, se creía asistir a una época reformadora de mayor alcance todavía que la de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Se confiaba en que los códigos de un inmediato porvenir serían tan diferentes de sus predecesores como éstos del derecho romano y medieval que, más o menos desvirtuado por pragmáticas ocasionales y por una práctica judicial libre, llegó vigente hasta la edad contemporánea.

El árbol de las ciencias criminológicas, en aquel momento plantado, no ha producido la copiosidad de frutos esperada, y muchos de los nuevos horizontes, entonces presentidos, resultaron espejismos. La reforma sigue una marcha lenta y el Derecho penal más reciente, salvo en algunos países donde surgieron desconcertantes audacias, se mantiene en un prudente eclecticismo, todavía no bien sedimentado.

El contraste entre las esperanzas y las realidades contribuyó a formar un ambiente escéptico y desilusionado, respirado por una generación de juristas que, abandonando la Política criminal, se confinó en el terreno angosto de la Dogmática, fatigándose en análisis detallados y sutilezas dialécticas sobre el derecho positivo.

No es negable la utilidad de esta labor, y menos en España. Una de las causas de longevidad de nuestro viejo código de 1848, que va a cumplir un siglo con remozamientos parciales, es que nuestro legítimo amor propio nacional nos impide copiar una ley extranjera y la falta de elaboración técnico jurídica no nos permite construir sobre nuestra original doctrina. Un código nuevo exi-

ge, como labor preparatoria, el análisis y crítica del sistema jurídico que se va a derogar. Pero a la vez la reforma ha de orientarse hacia los ideales de una Política criminal de acuerdo con la hora histórica exacta.

Hace algunos años fué moda escribir sobre el porvenir del Derecho penal, que se suponía desenvolvimiento incesante de las ideas llamadas modernas. La Historia descubre sorpresas en cada uno de sus giros, y aquellas profecías se cuentan por fracasos. Yo sólo sé que la Justicia criminal en España ha de ser el día de mañana, a través de nuevas leyes y de nuevas prácticas, obra de los jóvenes juristas que ahora asisten a las cátedras universitarias y de las generaciones posteriores que esperan su turno. Si alguno que haya sentido vocación por el estudio del delito evitable, del delincuente redimible, de la pena humana y eficaz, se para a meditar sobre las funciones de ésta, con un sentido armónico y realista, lejano del rudo empirismo de la intimidación y de las brillantes utopías correccionalistas, habré realizado el mejor deseo con que escribí estas páginas.

INDICE

	<u>Págs.</u>
Antigüedad del preventivismo	9
El preventivismo en la época de las luces.	33
La controversia de las escuelas penales	41
Restauración de la prevención general.	53
El Congreso penal y penitenciario de Berlín	65
Posibilidades y límites de la prevención especial	71
Posibilidades y límites de la prevención general	85
Armonía entre ambas prevenciones	99
Penas y medidas de seguridad	105



Algunas erratas

<u>Página</u>	<u>Línea</u>	<u>Dice</u>	<u>Debe decir</u>
6	19	excépticas	escépticas
12	8	consistente	consiste
12	10	medio	miedo
14	32 (nota)	<i>Nicomacho</i>	<i>Nicomaco</i>
22	7	Abab	Abad
22	11	<i>rescipiscat</i>	<i>resipiscat</i>
39	24	prevée	prevé
57	12	mi a modo	a mi modo
60	1	que se determine	que no se determine
69	1	de porvenir	del porvenir
75	15	redeldías	rebeldías
78	31	niguna	ninguna
85	23	exámen	examen
88	9	predispuesto	predispuestos
91	8	delitivo	delictivo

612715992

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



6404236579

i15835686

PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DISCURSOS DE APERTURA DE CURSO

- 1941-42. Dr. J. M. Ramos Loscertales: *El primer ataque de Roma contra Celtiberia*. (Agotado).
- 1942-43. Dr. Fernando Galán: *Exposición y crítica de las «Teorías de la determinación del sexo»*.
- 1943-44. Dr. Serafín Pierna Catalán: *Los grandes conflictos sociales y su repercusión en el estado sanitario de los pueblos*.

TESIS DOCTORALES

- Dr. Santiago Castillo Hernández: *Alfonso de Castro y el problema de las Leyes penales*. (1941), 3,50 ptas.
- Dr. Julio Peláez Redondo: *Esplenectomía en enfermedades de la sangre*. (1943), 12,00 ptas.

PUBLICACIONES VARIAS

- Dr. Teodoro Andrés Marcos: *Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana* (1927). (Agotado).
- Dr. Teodoro Andrés Marcos: *Más sobre Vitoria y Carlos en la soberanía hispano-americana* (1939). (Agotado).
- Dr. Teodoro Andrés Marcos: *Final de Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana* (1942). (Agotado).
- Poesías sacadas del fondo musical de la Capilla de la Universidad de Salamanca, recopiladas y ordenadas por Antonio Gasparetti (1939). (Agotado).
- Dr. Francisco Maldonado: *Lo fictivo y lo antifictivo en el pensamiento de San Ignacio de Loyola* (1940) (Agotado).
- Simón García: *Compendio de Architectura y simetría de los templos* (1681), edición del Dr. José Camón (1941), 10 ptas.
- Dr. Angel de Apráiz: *La casa y la vida en la antigua Salamanca* (2.^a edición 1942), 6,00 ptas.
- Dr. Antonio Peláez de las Heras: *El delito continuado* (1942), 5,00 ptas.

Colegio Trilingüe (Fac. de Filosofía y Letras)

- Dr. Alvaro d'Ors Pérez-Peix: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (1943), 15,00 ptas.