

La evolución del Derecho penal moderno⁽¹⁾ («contra corriente»)

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Abogado fiscal del Tribunal Supremo

A Ivonne Marx, Castejón, Marc Ancel y J. B. Herzog, generosos defensores y amigos muy queridos, este pequeño desahogo tradicionalista.

El término de “moderno”, aplicado a cuestiones culturales, abunda en malentendidos que suelen desbordar lo meramente cronológico para situarse en lo valorativo. Bien que en su objetiva semántica haga mérito tan sólo a lo temporal (derivado de “modo” = “ahora”, “al instante”), su acepción corriente, desde que se incorporó al léxico latino medieval del siglo VI, con el gramático PRISCIANUS y el filósofo CASIODORO (2) adquirió un tono polémico, en sentido de vanagloria unas veces y peyorativo de censura otras muchas. Así, en los siglos XI y XII, cuando hizo irrupción en la Escolástica la gran corriente lógica del Nominalismo, que no reconocía realidad alguna a los conceptos ideales, el nombre de *moderno* tuvo para los innovadores un claro significado de mérito, en tanto que para los realistas lo tuvo de menosprecio (3). Doble y contraria acepción que volvió a usarse en la centuria siguiente, referido a la teología dominicana de ALBERTO MAGNO y SANTO TOMÁS DE AQUINO (aristotélica), frente a la tradicional franciscana de SAN AGUSTÍN (platónica). Y otra vez en el Renacimiento, en torno a las nuevas doctrinas filosóficas y aun a las teológicas de la Reforma, siendo desde entonces bandera de enganche para todas las innovaciones culturales o estéticas. Recuérdese, entre estas últimas, en el siglo XVIII, la gran querrela entre “clásicos” y “modernos” personificada en BOILEAU y PERRAULT. En el siglo XIX, al extenderse como un dogma el mito del Progreso indefinido revalorizado por la teoría de la evolución, es claro que el sentido de lo “moderno” adquirió una resonancia máxima, de valor supremo e indiscutible en casi todos los terrenos, salvo quizá el de la Teología, donde el “modernismo” fue el nombre con que se estigmatizó una de las últimas herejías.

(1) Este artículo es traducción y refundición de la Ponencia general sostenida por el autor en las III *Journées franco-espagnoles* de la Universidad de Toulouse, el 3 de mayo de 1957.

(2) EUCKEN: *Geistige Strömungen der Gegenwart*, 1878, anejo I al cap. II, a).

(3) PRANTL: *Geschichte der Logik im Abendland*, t. II, 82.

En el Derecho penal, que prácticamente nace para la ciencia en el siglo XIX, es claro que la denominación de “moderno” tuvo en seguida ese prurito de valor en sí, identificado a lo “bueno” frente a lo “antiguo”, sinónimo a lo “malo”. Pero, aun siendo achaque del siglo, lo fué mucho más de una determinada dirección científica, la del Positivismo italiano, que legó el prejuicio de “modernismo” y “juventud” a todas las corrientes nacidas más o menos confesadamente bajo su signo. Así la de VON LISZT, denominada por antonomasia la *Junge Schule* y actualmente la de Defensa social, que pretende acaparar inconsiderablemente el título de “moderna”, como si en el tiempo no pudieran coexistir otros movimientos que los subsiguientes a épocas pretéritas y definitivamente arrumbadas. Es ésta una pretensión contra la que creo es un deber el reaccionar, no sólo por presuponer una especie de “coquetería” al alardear de eterna juventud —lo que es indudablemente excesivo—, sino por entrañar un equívoco juego de vocablos y, lo que es más grave, de valores, muy susceptibles de halagar a la verdadera juventud, por aqueo de *similis similia adorant*, y a las masas, educadas en el aludido prejuicio décimonónico y progresista de identificar “modernidad” a “bondad”.

Se me permitirá hacer notar, aunque quizá para espíritus críticos sea innecesario, la relatividad de una noción que en sí misma carece de contenido absoluto más allá de lo meramente temporal. Puesto que lo que es moderno hoy será antiguo mañana, tan fatalmente como lo antiguo de ahora fué moderno de ayer. Conviene precaverse, pues, contra las peligrosas y frecuentes carreras inconsideradas hacia la modernidad, que tantas veces han abocado en lo científico, por no hablar de otros terrenos, a consecuencias bien lamentables. Pues, al fin y al cabo, no se trata en el Derecho penal de una intrascendente querrela estética, como la de preferir Picasso a Rafael o Apollinaire a Racine, sino de decidir sobre valores fundamentales para nuestra cultura, o al menos, para la existencia misma del Derecho penal, que es uno de sus más seguros baluartes.

En efecto, el modernismo —con unos u otros nombres, lo cual poco importa—, no se conforme en Derecho penal con mutaciones de doctrina o de estilo, por así decirlo, sino que pretende nada menos que arruinar las dos nociones básicas de “derecho” y de “pena”. Consecuencia ante la que no han retrocedido, siquiera sea para el futuro, penalistas-juristas insignes, como para no citar más que españoles, SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA, quizá porque siguiendo con perfecta lógica una cierta trayectoria del sedicente pensamiento “moderno”, es inevitable tal corolario. Así, según SALDAÑA, “el delito no será en el porvenir otra cosa que una especie de accidente susceptible tan sólo de una demanda de indemnización de daños y perjuicios”, reservando al Derecho penal el modesto papel de “agentes de enlace entre la Criminología y la Penología” (4). En cuanto a JIMÉNEZ DE ASÚA, bien conocida es su repetida profecía de que “la Criminología se tragará al

(4) SALDAÑA: *La Criminologie nouvelle*, París, 1929, pág. 150.

Derecho penal" (5). Bien es verdad que al hacer tan atrevidas afirmaciones, ambos maestros de Madrid no dejaron por eso de proceder, cuando llegó el caso, como juristas consumados, puesto que al hablar así lo hicieron en el papel, arriesgado si los hay, de sendos profetas. Sin embargo, con semejantes profecías puede favorecerse, y de hecho se favorecen, equívocos sumamente perniciosos para el Derecho penal, facilitando el proceso teóricamente creciente de su "desjuridización" y "despenalización", valgan los neologismos.

Se explica que un tal movimiento, aun aceptado proféticamente para un más o menos lejano porvenir por grandes penalistas, haya nacido no en el seno del propio Derecho penal, sino en el terreno periférico de las ciencias criminológicas, cuyas pretensiones "imperialistas", han sido recientemente denunciadas por el Profesor Jean GRAVEN. Ha sido la Criminología, en efecto, ciencia auxiliar del Derecho penal, la que, ensoberbecida por su "modernidad", ya que no por sus modestos éxitos reales, ha pretendido desbanicar a nuestra disciplina, reproduciéndose una vez el conocido episodio de la *Serva Padrona* de la comedia italiana. Pretendido y hasta conseguido en gran parte de la doctrina, puesto que en nuestro campo son demasiado abundantes las deserciones, en número más que en calidad, para justificar quizá un día la gran paradoja de que el Derecho penal moderno no sea ni derecho ni penal.

Con nombres más o menos originales y atractivos, bien que impropios muchas veces, pero con idéntico propósito de ataque destructor, se pretende desterrar a un oscuro pasado irremisiblemente muerto ideas que son, sin embargo, fundamentales para el Derecho penal, tales como las de responsabilidad, legalidad y retribución, que se califican alegremente de supervivencias anacrónicas, motejando a sus mantenedores de reaccionarios impenitentes. A pesar de tan fieros epítetos, creo que merece la pena de arriesgarse a merecerles en defensa de las esencias vitales del derecho penal, tan de cerca amenazadas por la cada día más potente y atrevida empresa de demoliciones que se permite monopolizar el título de dirección moderna. Al fin y al cabo, si bien se miran las cosas, se es siempre reaccionario de alguien, como dijera ORTEGA, y en el eterno devenir de las ideas —los *corsi* y *recòrsi*, de VICO— revolución y reacción no significan mucho más que los movimientos de los canchilones de una noria, que descienden un momento para elevarse inevitablemente en el siguiente.

De otra parte habría también que demostrar, cosa que no se ha hecho en modo alguno y que estoy lejos de aceptar, que en el problema que nos ocupa se trate exactamente de ideas de revolución o de reacción, ni siquiera, quizá, de modernismo o antigüedad. Las pretensiones de explicación causal-materialista del delito, esto es, criminológicas, distan mucho de ser tan modernas y científicas como sus actuales man-

(5) Hizo J. DE ASCÁ por primera vez este augurio en la obra *Temas penales*, Córdoba de Argentina, 1931, reproduciéndolo en *La Ley y el delito*, página 83. y en su *Tratado*, t. I, 1950, pág. 37, donde explica y limita su alcance.

tenedores alardean. Bastaría recordar el milenarismo aforismo gálico del *animi mores temperaturam sequuntur* y hasta el papel reservado al *fores* en una disciplina tan exquisitamente espiritual como la de la teología moral medieval. En cuanto a las pretensiones humanitarias, a las que luego he de aludir con más detenimiento, se olvida que la crueldad ni aun la dureza fué siempre un signo característico del antiguo derecho. Este no fué precisamente injusto y censurable por ese carácter de severidad, sino por otros graves defectos técnicos, tales como la falta de proporción entre delitos y penas, la desigualdad personal, la ausencia de un criterio de culpabilidad, el arbitrio desbordando los límites de la legalidad y otros de parecido jaez; algunos de los cuales, por cierto, tratan de ser restaurados con disfraces más o menos ingeniosos los sedicentes modernistas de nuestros días. En cuanto a la dureza de las sanciones, no vale tampoco, sin más, como signo distintivo entre el Derecho penal antiguo y el moderno, aun referido aquél al del *ancien régime* de los épocas más remotas. Es toda una escala de valores y, sobre todo, los medios procesales y de ejecución los que de verdad han sufrido las más radicales mutaciones. También, sin duda, el nombre y la descripción de los delitos, aunque ello suponga un progreso muy relativo, ya que lo cierto es que su número no ha hecho más que acrecerse a través de los siglos, singularmente en los últimos tiempos, donde se denuncia por doquier una innegable inflación de normas penales con los tristes resultados de todos conocidos. Se olvida, por ejemplo, que en la alta Edad Media la muerte de un hombre se castigaba, en la mayor parte de los países, con una simple pena de multa, y que durante siglos y siglos, singularmente en las legislaciones germánicas y germanizadas, la composición colmaba las necesidades represivas en delitos que hoy nos parecen de suma gravedad; criterios de benigno proceder que los modernistas más humanitarios no osarían actualmente proponer. Y si es verdad que en las mismas épocas se quemó a los herejes y hechiceros, no lo es menos que nuestro tiempo ha conocido también sus sucedáneos modernistas, las cámaras de gas y los fusilamientos por pretendidos crímenes de opinión de no muy diverso tenor que las antiguas herejías.

Pero, en fin, no se trata aquí, naturalmente, de hacer una intempestiva apología del pasado, que no por serlo fué mejor, verdad reconocida hasta por los poetas. Menos todavía de rehabilitar el Derecho penal medieval, ¡pues no pretendo, ciertamente, ser tradicionalista hasta tal punto! Lo único que quisiera es levantar mi voz, modesta, pero sincera, contra las pretensiones ambiciosas de ciertos criminólogos y, sobre todo, contra las ideas "derrotistas" de penalistas que, consciente o inconscientemente, les hacen el juego en sus propósitos de privar al Derecho penal de su contenido —no antiguo ni moderno—, sino esencial. Aun a trueque de violar con ello el tácito armisticio de escuelas, pues pienso que la denominación de paz obedece a un criterio de definitiva permanencia que está lejos de reflejarse en la realidad. La de armisticio me parece más procedente, y eso contando con que el callar de las armas, que no otra cosa significa el vocablo, es cier-

to sólo del lado de los penalista-juristas, puesto que por el de los criminólogos, positivistas, defensores y demás, el armisticio es aprovechado concienzudamente para avanzar sus líneas y socavar las nuestras con sus demoleadoras piquetas. No es, pues, un prurito de belicosidad el que me mueve, sino el de responder a reiterados ataques directos o solapados que al Derecho penal se hacen.

Entiendo que el Derecho penal debe, ante todo, permanecer siendo Derecho, es decir, una disciplina normativa y valorativa al servicio de una idea superior de justicia. Con lo que, dicho sea de paso, se le sitúa a una igual honesta distancia del positivismo criminológico y del positivismo jurídico "vergonzante", que no otra cosa es, en efecto, el denominado tecnicismo o dogmatismo *italico modo*, al menos el de la primera generación antifilosófica de Rocco y Manzini.

Lo cual no quiere significar, en modo alguno, que no se reconozcan los méritos históricos de una y otra dirección. El del positivismo penal ha sido, sin género alguno de dudas, el de haber creado las bases de la criminología científica en su triple perspectiva antropológica, psicológica y sociológica. El mérito de la dirección técnico-jurídica, por su parte, fué el de reaccionar contra los excesos naturalistas del positivismo penal de comienzos de siglo, que ya pretendía hacer de nuestra disciplina un pálido satélite de las ciencias naturales, las solas mercedoras a la sazón del nombre de "ciencias". Ambos movimientos, empero, degeneraron por el abuso de sus respectivas premisas: el tecnicismo jurídico abocando a un estéril formalismo legalista, variante de la vieja escuela francesa civilista de la exégesis, por lo que queriendo huir del Scila del positivismo penal se cayó en el Caribdis del positivismo jurídico. El positivismo penal de la *Scuola*, en fin, al ensanchar desmesuradamente los horizontes de las ciencias penales, dió entrada en ellas al dilettantismo más desenfrenado. Se ha encontrado más fácil, o por lo menos más interesante, espigar los campos de la Psicología o de la Sociología que perseverar en la austeridad de las instituciones jurídicas, con lo que los resultados para la ciencia del Derecho penal han sido catastróficos en determinados sectores, notablemente franceses, belgas y americanos. No así, empero, en Alemania, donde a pesar del ejemplo ilustre, pero equívoco, de Von Liszt, se ha conservado prácticamente en toda su integridad el respeto a las esencias jurídicas de nuestra ciencia. En Italia y en España, en términos generales, las fuerzas aparecen equivalentes, más belicosas sin duda en aquel país y más pacíficas hasta ahora en el nuestro. En todos ellos, sin embargo, salvo en Alemania, basta echar la vista sobre cualquier catálogo de librería, revista o actas de congresos científicos, para convencerse del cada vez más reducido espacio que se reserva en ellos a los problemas estrictamente jurídicos. Mas no es este quizá el mal mayor, que, a mi modo de ver, reside sobre todo en el confusionismo y en la tergiversación de las cuestiones, tan frecuentes como perniciosas en esta materia. La culpa de esto corresponde íntegramente a la criminología, mejor dicho, a dos defectos que hoy por hoy la aquejan en grado superlativo: el exceso de ambición —el "imperialismo" de que

hablara Graven (6)— y el de la confesada ausencia de metodología propia digna de este nombre, cuya carencia púsose de manifiesto en el II Congreso de Criminología de París, en 1950 (7). En dicho certamen, dos de los criminólogos más insignes de nuestro tiempo reconocieron noblemente las insuficiencias actuales de la especialidad, abandonando la tónica megalómana que la tradición italiana le asignara, todavía bajo los efectos de lo que tarde denominó “heroica embriaguez de cientifismo”. Me refiero al americano Thorston Sellin, que denominó con amarga ironía a los criminólogos “reyes sin reino”, y al belga De Greef, que admitió la imposibilidad de definir criminológicamente el delito sin referencia a las concepciones jurídicas, lo que vale tanto como reconocer su dependencia de lo penal.

Por parte de no pocos penalistas, aun los ganados a las tesis moderadas de la defensa social, en Francia notablemente, se ha observado de un tiempo a esta parte un laudable propósito de síntesis, cuyo más autorizado campeón viene siendo el magistrado francés Marc Ancel, autor de la valiosa monografía sincretista que lleva por título *La défense sociale nouvelle*. Con ello ha puesto no poco plomo en las alas de la *difésa sociale* ortodoxa, la de Gramatica y sus secuaces, procurando una ciertamente deseable armonía entre los postulados criminológicos y positivistas con las mínimas tradiciones del Derecho penal jurídico. Por plausible que sea este movimiento defensorista francés, al que sigue en parte en Italia el profesor Nuvolone (8), cabe dudar de que ese propugnado sincretismo sea suficiente para contener el ímpetu arrollador de las nuevas tendencias, que por ser o creerse jóvenes se sienten, como tales, iconoclastas. La concordia y armonía son ciertamente virtudes preciadas, pero hay ocasiones, en la ciencia como en la vida, en que es menester adoptar en vez de ellas posturas de combate, tanto más justificadas cuando, como en el caso presente, son auténticamente defensivas. Al socaire del pacifismo, que es a veces desgana, escepticismo o indiferencia ante valores que deben ser capitales, la defensa no es sólo un derecho, sino un deber. Y capital es para el Derecho penal el mantenimiento de su rango de ciencia normativa, en lo metodológico, y de sus esencias justicialistas, en lo ontológico. Valores en trance de perecer ahogados bajo la tupida fronda del psicologismo, el sociologismo y otros “ismos”, reducibles casi siempre a los de un “periodismo” de aficionados de la peor especie, de médicos sin pacientes y abogados sin pleitos. Es aleccionador, a este respecto, releer los valientes trenos del gran Binding, al declinar el siglo pasado, cuando el peligro, sin embargo, no hacía más que apuntar. ¡Qué no diría hoy el genial y cáustico dogmático de Leipzig al contemplar la

(6) GRAVEN: *Où va la Criminologie?*, trabajo anticipado en “Revue de Criminologie et de Police technique”, Ginebra, 1950, IV, 303.

(7) V. las actas y recensión de J. B. Herzog, en “Revue Internationale de Droit pénal”, 1950, pág. 616; asimismo el muy interesante artículo del mismo autor, *La Criminologie et la justice pénale*, en la “Revue de Droit pénal et de Criminologie”, 1950, diciembre.

(8) NUVOLONE: *Droit pénal et Criminologie*, en “Revue Internationale de Droit pénal”, II-III, 1952, pág. 157.

insigne fortaleza del Derecho penal a punto de ser dismantelada, abierta a todos los vientos, y no precisamente los del espíritu!

Cuando se dice, como es corriente en todas las lenguas y tonos, que no hay delito, sino delincuente, que la prevención general debe ceder el paso a la especial de corrección y resocialización, que la culpabilidad ha de reemplazarse por un criterio objetivo de estado peligroso y que la pena no es más que un resto de sadismo reprimido, a sustituir por un tratamiento sin otro norte que la utilidad, no se hace otra cosa que demoler el Derecho penal, que, sin las nociones de "delito" y de "pena" sería la más patente de las contradicciones lógicas. Muchos son, sin embargo, los penalistas que llegan confesadamente o en formas encubiertas a tal consecuencia de radical abolicionismo, congratulándose de que el Derecho penal lleve camino de ser una pieza de museo. Es ciertamente un punto de vista que, a título de anhelo personal, me parece sostenible y hasta respetable, como cualquier *desideratum* noblemente sentido. Es incluso lógico en un clima ideológico de anarquismo, como el que sirviera de telón de fondo a los pensamientos de un Tolstoi o un Dorado Montero. Resulta, en cambio, de una inconsecuencia lindante con el suicidio el querer mantener semejantes criterios dentro de unas mínimas exigencias de conservación social y, sobre todo, de las realidades jurídicas vigentes, que tan netamente juran con tales ideologías.

Un civilista podrá pensar personalmente que la propiedad es un robo, o bien que el amor libre es preferible al matrimonio monógamo, pero en tanto que *jurista*—juez o profesor— no podrá negar en modo alguno que la propiedad y el matrimonio existen, debiendo trabajar conforme a la realidad innegable de dichas instituciones, según las normas previstas en el Código civil. Y es que el civilista jamás osa negar el Derecho civil, como el comercialista tampoco negará la realidad del Derecho mercantil; solamente en el campo del Derecho penal es dable señalar incongruencias de tan absurdo calibre, puesto que hay penalistas, en efecto, que desconocen el papel de las leyes como entidades creadoras de delitos y de las penas como sanciones debidas a las culpas contraídas. En suma, penalistas que niegan la existencia del Derecho penal o que reclaman abiertamente su pronta desaparición. Callar ante estas exigencias, cada día más extendidas, y aun contentarse, como en Francia y España ante tácticas de conciliación y coexistencia, puede interpretarse como una aceptación de derrota que nada justificaría. El momento de dar la voz de alarma, tras de tantos años de silencio, parece llegado, sin vano temor a parecer por eso anticuados o reaccionarios. La vida y la historia no son, en definitiva, más que cambio continuo, eterna oscilación de un péndulo, que pasa siempre más veces por el centro que por los extremos. El gran Enrique Ferri, cuyo centenario fué justamente glorificado el pasado año, proclamó un día como grito de combate de su escuela positivista el de *¡contro corrente!* La corriente, entonces, era la del clasicismo, cuyos vicios de conformismo y exceso de abstracción, hijos de un luengo período de pacífico triunfo, se habían demostrados ciertos. Hoy, por

el contrario, el nuevo lema de "contra corriente" sería igualmente oportuno, pero dirigido esta vez contra la corriente del positivismo, tan estancada en un ciénago de lugares comunes como el clasicismo de hace un siglo.

Me interesa mucho volver a precisar que la aludida posición no significa menosprecio alguno frente a la magnífica y útil ciencia de la Criminología, que soy el primero en celebrar. Lo que se pretende no es otra cosa que delimitar con precisión los campos, una mera labor de *finium regundorum*, reclamando para el Derecho penal el mínimo privilegio de permanecer amo en su propia casa, libre de injerencias extrañas, confesadas o encubiertas bajo los lomos de tantos "caballos de Troya" como pululan en ella. Podrá parecer a primera vista demasiado simple esta pretensión, pero quizá resulta demasiado ambiciosa, vista la increíble extensión de las actividades de intrusismo en la materia.

Acabo de citar el ejemplo del Derecho civil y he de volver una vez más a él para sacar de sus enseñanzas consecuencias que pueden ser instructivas para el penal, pues no en vano ha sido aquél, y sigue siendo en gran parte, el más seguro guía de la teoría y práctica de la jurisprudencia. Pues bien, también en el campo del Derecho civil se plantean a cada momento cuestiones que afectan de modo inmediato a la persona humana, puesto que todo derecho no es más que una creación del hombre y para el hombre, "vida humana objetivada", en la luminosa definición de Recasens Siches. Así, en el contrato, es menester el concurso de un elemento psicológico —la voluntad libre, y aun de un factor antropológico—, la capacidad. Lo cual no ha sido obstáculo para que los civilistas, en lugar de perder su tiempo en vanas disputas psicológicas o antropológicas, dejen ese terreno a los especialistas, limitándose al estudio de las instituciones puramente jurídicas.

Otro tanto y aun más pudiera decirse de los estudios sociológicos, ya que la Sociología es, al parecer, el mito predilecto de nuestro siglo, como las ciencias naturales lo fueron del XIX, la Filosofía del XVIII y la Alquimia de la Edad Media. Es un fenómeno general el de la intrusión del sociologismo en el Derecho, pero en ninguna rama de él los estragos han sido tan visibles como en el penal, donde la tónica confusionista es casi la regla. Pues aquí también el mal radica en la mezcla inconsiderada de conceptos, no en su cultivo separado, que hasta puede asegurarse resulta beneficioso. El ejemplo del Derecho privado es otra vez valioso en el asunto. Así vemos que cuando un civilista quiere hacer sociología lo hace separadamente, sin confundir las nociones ni las técnicas. Nuestro Castán cuando escribió su precioso opúsculo "La crisis del matrimonio", Ripert, su "Declin du droit", o Savatier, su "Metamorphoses", procedieron como sociólogos, mientras que en sus respectivos "Tratados" quedan siempre en la línea de la técnica jurídica más exquisita.

En lo tocante a instituciones, por ejemplo, la del matrimonio, el jurista no se ha de preocupar, en tanto que jurista, de cuestiones que

notoriamente rebasan la esfera de su disciplina; sería absurdo, sin duda, que se propusiese un fin extrajurídico como el de la fidelidad de los cónyuges, pongo por caso. Ahora bien, en el Derecho penal, donde el confusionismo es de rigor, cree el penalista que su misión no se agota con el estudio del delito y de la pena, sino que ha de perseguir, por añadidura, la felicidad o la corrección del preso. Yo no digo que esto carezca de interés; lo tiene y muy grande, como en el matrimonio el porvenir de los contrayentes, pero me atrevo a sostener que ello no es cometido del jurista, que debe ceder el paso al sociólogo o al pedagogo, con técnicas y fines totalmente diversos de los jurídicos. Claro es que en ese terreno de cesiones ha de estarse a la recíproca, y que el sociólogo o el pedagogo nada tienen que hacer a la hora de definir conductas delictivas o de exigir responsabilidades.

La primera condición para la tarea de delimitación de terrenos es, en toda evidencia, la de pureza metodológica. Tiempo ha lograda en la doctrina abstracta, sobre todo desde la distinción entre ciencias causal-explicativas y normativas, que fué gloria de la Escuela Sudoccidental alemana de filosofía (con Windelband y Rickert, notablemente), los resultados prácticos en Derecho penal no han sido demasiado satisfactorios. En la misma Alemania, donde la pureza metodológica es bien conocida, Von Listz incitó, siquiera indirectamente, al confusionismo con su ambiciosa idea de la *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, que sigue dando nombre a la famosa revista por él y Dochow fundada. Moderno artífice del confusionismo es Guillermo Sauer, con su doble quimera de un "Derecho penal criminológico" y de una "Criminología normativa" (9). Bien sé que, a este respecto, existe en la filosofía más moderna, americana sobre todo, una cierta tendencia a distanciarse de la distinción metodológica de la Escuela Sudoccidental alemana o de Baden. Es portavoz de tal dirección el profesor de lógica de Nueva York, Morris Cohen, que pretende normativizar las ciencias naturales, introduciendo en ellas factores de tipo valorativo. Mas no por eso han de apresurarse a cantar victoria los "naturalistas", dado que si bien se considera la cuestión, la pretendida "normativización" de las ciencias naturales constituye, al fin y a la postre, un triunfo de las jurídicas, y no lo contrario.

En virtud de lo dicho, pienso que las relaciones entre derecho penal y criminología, en amplio sentido, han de ser de absoluta separación, que no implica divorcio ni ausencia de mutuos contactos. A este respecto es siempre de valor la vieja fórmula de nuestro clásico antropólogo Jerónimo de Merola, quien en su "República original sacada del cuerpo humano" (1586) decía, refiriéndose a la Medicina y a la Moral, que ambas disciplinas debieran vivir a modo de "monarquías absolutas y soberanas", pero aliadas. El *quid* está, naturalmente, en que esa alianza no degenera, como tan a menudo sucede, en intrusismo o intervención. Respecto a la batallona cuestión de precedencia y rango,

(9) En su *Juristische Methodenlehre*, de 1940, así como en *Criminologie als reine angewandte Wissenschaft*, de 1950.

tan baldía como todas las de su especie, me parece que ha de resolverse según la perspectiva en que su respectivo cultivador se coloque. Para el penalista la Criminología ha de ser auxiliar, lo que no es óbice para que, a su vez, para el criminólogo sea la auxiliar el Derecho penal. La idílica propuesta de paz ideada por Grispigni con la denominación de "ciencias hermanas" me parece retórica en demasía, y hasta cursi.

En la imposibilidad de revisar todos y cada uno de los tópicos teóricos y prácticos en que abunda el modernismo positivista, singularmente en su versión de la defensa social, he de referirme a los dos más visibles y aparentemente valiosos: el del utilitarismo y el del humanitarismo. Nada había que objetar a ellos, ciertamente, pero a condición de que no pretendan subsistir el norte y fin último del Derecho, que no es otro que el la Justicia. En vano ha de alegarse por alguno, al escuchar este nombre, a las desacreditadas "nieblas metafísicas" con que el viejo Ferri estigmatizaba todo lo que le parecía desbordar el linde de sus prejuicios naturalistas, pues esa noción, antigua o no, sigue siendo el *ontos* de lo jurídico y la *ratio essendi* de nuestra cultura. Como tal posee un valor absoluto e indeclinable, aunque no haya mal mayor en variar un tanto el *telos* del conocido aforismo kantiano del *Fiat Iustitia et pereat mundus* por el de *ut ne pereat mundus*.

La idea de utilidad, divorciada o meramente desconectada de la suprema de Justicia, es la pura y simple negación del Derecho y hasta de la civilización, lo cual es harto más visible precisamente en el ámbito de lo penal. Aquel famoso argumento que gustan repetir como meritorio los abolicionistas de la pena de muerte, de que "más vale un hombre vivo que muerto", ideado por Voltaire y repetido por nuestro Sarmiento, me parece de una ramplonería suma y, en el fondo, de un absoluto desprecio a los tan decantados valores humanos. ¡Vale tanto como asimilar el hombre a una res, a la que, en efecto, es lícito golpear, pero resultaría absurdo matar, puesto que el dueño se privaría de su provechoso trabajo! Eso sin contar con que el utilitarismo, singularmente el de tipo hedonista, que es el más ortodoxo, el del Bentham, se halla siempre abocado a la inseguridad de destino, por cuanto que habrá que determinar el sentido y alcance de término tan relativo como el de lo útil, y concretamente su frecuente antinomia entre lo público y lo privado. Aun aceptando la primera acepción, de utilidad pública o general, el principio es susceptible de llevarnos a la vieja fórmula de tiranía, el *Salus populi suprema lex*, remozada por la moderna definición nazi de "es justo lo que aprovecha al pueblo alemán e injusto lo que le perjudica". He aquí cómo la lógica implacable del utilitarismo nos conduciría, como a los positivistas integrales de Rusia y Alemania, al tiro en la nuca o a las cámaras de gas...

Para paliar tan tremendas consecuencias a que la lógica utilitaria conduciría, el defensismo occidental gusta últimamente zambullirse en un océano de tópicos humanitarios y lacrimosos cuya contradicción con las premisas positivistas y naturalistas es evidente. Al menos la pri-

mera generación de la *Scuola* era consecuente con sus afanes de lucha, evolución y selección, cuyo mal evangelio fuera la *struggle for life* darwiniana. Se recordarán las nietzscheanas comparaciones de Lombroso, Ferri y, sobre todo, de Garofalo, asimilando el criminal al gorila, a la serpiente y al perro rabioso, así como los drásticos medios de combate a base de exterminio. A este respecto hay que reconocer que el defensismo de hogafío ha dado decididamente marcha atrás; lo cual habrá de computarse, al fin y al cabo, como un mérito, pues en la dura disyuntiva en que se hallaban, más vale faltar a la lógica que a la humanidad. Aunque en lo estrictamente científico, desgraciadamente, es la lógica la que cuenta; y de ahí una de las fallas más notorias del actual sistema.

En primer lugar, el humanitarismo defensivo, sobre todo cuando se prevalece de la táctica de jeremiadas, como es casi de rigor en ciertos sectores de vanguardia, resulta contradictorio con la propia tesis defensiva. Pues la defensa es claro que no lleva en sí fines de beneficencia ni de corrección, sino de estricta utilidad: Así, cuando se acepta la legítima defensa individual contra el bandido que nos ataca, nadie nos obliga a su conversión ni nos impide causarle mal e incluso la muerte. No se comprende bien la razón de por qué haya de limitarse con fines correccionales el principio de defensa social. O, si se prefiere, la primacía de la finalidad correccional o resocializadora, por qué se insiste en prestarle el nombre equívoco de "defensa". En todo caso hay que reconocer que la "defensa social", así nombrada, ha degenerado (o se ha regenerado, la cuestión es discutible) en "defensa individual" (10).

En el punto que nos ocupa, el defensismo, al repudiar las soluciones enérgicas y utilitarias de su antecesora la Escuela Positiva, ha adoptado las viejas cantilenas románticas del correccionalismo, limitándose a sustituir los vocablos de "corrección" o "enmienda" por los de "readaptación", "resocialización" y otros semejantes, viniendo a ser una especie de "correccionalismo socializado", conforme a los patrones hoy tan de moda de lo socializante. Le queda siempre, no obstante el regusto de ingenuidad y utopismo que caracterizó al correccionalismo, tan en desacuerdo con las realidades de la vida. Se considera al crimen con una mentalidad a lo Dickens, en tanto que producto de una infancia desgraciada, horra de cuidados materiales y espirituales, o bajo prejuicios de clínica, a modo de una enfermedad susceptible de ser tratada en quirófanos o campos de reposo... Pero se olvida que estos *clichés* no comprenden en realidad más que ciertos casos prácticamente insignificantes al lado de la inmensa variedad del mundo criminal efectivo. Se acordaría, todo lo más, con ciertos latrocinios insignificantes o con algunas acciones más propias, en efecto,

(10) A este respecto mi ilustre Co-pONENTE en las *Journées* de Toulouse, Profesor Roger Merle de dicha Universidad, que pese a su auténtica juventud se adhirió enteramente a mi tesis tradicionalista, hizo ver ingeniosamente cómo la defensa social, en la lucha contra la "epidemia" del crimen, ha optado al fin por ponerse del lado de los "microbios".

de la clínica que del Derecho. Al lado de ellos hay, sin embargo, todo un mundo de delincuencia cerca del cual los tópicos reeducadores no tienen absolutamente nada que hacer, o, por lo menos, bien poco. Hay, por ejemplo, el criminal pasional, el político, el imprudente, el especulador del mercado negro, el usurero y tantos más, para quienes toda tentativa de corrección resulta un contrasentido, cuando no una ironía. Piénsese en la idea peregrina de "resocializar" un Himmler o una "Bestia de Belsen", instruyéndoles en las ventajas de la democracia, o en reeducar a un banquero en quiebra fraudulenta, enseñándole el honesto oficio de fabricar cestos de mimbre... y así sucesivamente a lo largo de los catálogos de infracciones de los códigos penales.

Las ideas semisentimentales semidefensistas que pretenden desterrar del Derecho penal la noción cardinal de pena, no se limitan tan sólo a acreditarse ingenuas y utópicas, en lo que habría ciertamente poco mal. Lo peor es que con su difusión resultan susceptibles de ocasionar resultados bastante más ciertos y peligrosos, pese a su utopismo e ilogismo. Son ideas que, de arraigar, debilitan o anulan el valor intimidativo de la pena frente a los eventuales justiciables, y hasta contribuyen, en mayor o menor medida, a la pérdida de firmeza y certidumbre por parte de los jueces llamados a pronunciar los fallos.

Sobre el primer plano a que acabo de aludir, el de la prevención general, la benignidad extrema de las penas, y nada digamos de su abolición o transformación en medidas pedagógicas, que prácticamente viene a ser lo mismo, produciría en los criminales *in potentia* efectos cuyos peligros no hace falta señalar, pues son obvios para cualquiera que no se halle cegado por el más denso utopismo. Es fácil y frecuente dudar de la eficacia del aparato penal represivo, porque éste no logra acabar con la criminalidad. Argumento capcioso si los hoy, que llevaría a denegar la razón de ser de la medicina porque no acaba con la muerte o con el derecho internacional porque no acaba con las guerras, o de la economía por no hacer desaparecer la miseria, y así sucesivamente. En cambio se olvida, pese a cercanas y bien tristes experiencias, cual es el terrible resultado de las "vacaciones de legalidad" a que dan lugar guerras y revoluciones. Es entonces cuando el Código penal vaca y el impunitismo aparece asegurado, cuando se desatan las peores pasiones multitudinarias, incluso en personas que normalmente siempre consideramos como honestas e inofensivas, haciendo verdad el aforismo spinoziano del *Terret vulgus, nisi metuat* (11).

Aun circunscrito el problema a circunstancias normales, basta el más somero conocimiento del hampa de los bajos fondos de nuestras grandes ciudades para darse cuenta de lo que sucedería si esas gentes tuviesen la certeza de no correr otro riesgo que el de ser internados en los establecimientos modelos que propugnan tantos cándidos ideólogos. Y aun quizá con el de ser internados en algunos de los actualmente

(11) Un estudio sobre los efectos del impunitismo en las masas puede verse en el cap. VIII de mi obra *La Criminología en la literatura universal*, Barcelona, 1951.

existentes, sin temor al paso por la triste "aduana" del puesto de policía. Siempre he pensado, no sin intranquilidad, que buena parte de la función de prevención general atribuida teóricamente a las penas radica actualmente en la policía, así como en los saludables prejuicios y reminiscencias ancestrales que las palabras de "cárcel" y "presidio" despiertan en las masas. Si muchos necesitados, horros de moralidad, pudiesen saber que el hurto o estafa de hasta 10.000 pesetas se beneficia la primera vez de condena condicional y que prácticamente "nada le pasa" a su autor, y que igual beneficio se acuerda a quien lesiona a otro causándole heridas hasta noventa días, es más que probable que hurtos, estafas y lesiones se prodigarían de modo sorprendente. ¡Por lo que habrá que concluir que, afortunadamente, el mundo del hampa no sabe Derecho penal! (12).

Ahora bien, confiar en la función preventiva general de la pena en la ignorancia ciudadana, cuando no en los usos y abusos policíacos, parece un triste progreso a que nos lleva el modernismo penal. Más valiera, seguramente, volver o persistir en los conceptos tradicionales de la penalidad, en lo que a prevención general respecta, sin pensar contra toda lógica y la más elemental experiencia, que el progreso del Derecho penal consiste en su progresiva abolición, según la conocida paradoja romántica de IHERING.

Aparte de estas consideraciones, por así decir, finalistas, hay que considerar con no pocas reservas el lugar común de que el sentimiento de humanidad sea el honor de la conciencia moderna. Bello, pero en absoluto gratuito, e hipócrita, por añadidura, en no pocos de sus aspectos. Por lo mismo, merece ciertas consideraciones tan manido y prestigioso tema, a las que rápidamente he de aludir.

Las elocuentes y generosas declamaciones de los sabios, los votos de los congresos y hasta algunas innovaciones legislativas (se cita sobre todo la paulatina desaparición de la pena de muerte); no terminan de persuadirme del tan decantado humanitarismo de nuestro tiempo. El siglo que ha conocido las más atroces carnicerías bélicas de la Historia, así como las persecuciones políticas y raciales más encarnizadas y los sistemas de tortura más refinados, no puede alardear de humanitarismo sin caer en la más hipócrita de las paradojas. Y como tal ha de citarse precisamente esa propaganda abolicionista de la pena capital, mezquino progreso sin duda en nuestra era atómica, en que millones de seres inocentes han sido inniolados fríamente, sin saber siquiera por qué en innumerables hecatombes. Cuando, de otra parte, se ha acosado, torturado y asesinado a placer, por el "crimen" de ser judío, burgués, rojo, blanco, patriota o colaboracionista, los escrúpulos y trato de dulzura hacia los asesinos o los parricidas no deja de pa-

(12) Lo dicho es meramente a título de ejemplo polémico, sin que signifique una toma de posición frente a la condena condicional, instituto que sin duda debería revisarse, privándole en todo caso del automatismo en que actualmente se desenvuelve en la práctica. trasmutado en un absurdo derecho subjetivo a delinquir una vez.

recer un sangriento contrastado. ¡Y ahí estamos en materia de “humanitarismo” novecentista!

Por si esto fuera poco hay que añadir que, de hecho y aun de derecho no pocas veces, el pretendido o real humanitarismo no beneficia, en definitiva, más que a los criminales comunes, casi siempre los de peor especie. Porque paralelamente a los tesoros de indulgencia que se derraman sobre los asesinos y los ladrones, se comprueba un poco por doquier un correlativo aumento de rigor hacia la delincuencia política y asimilada, como la económica y fiscal. Un tal estado de cosas tuvo, como era de esperar, su punto culminante en la legislación soviética, paradigma de “progresismo” positivista. En su Código penal no se podía, hasta hace poco, imponer al asesino más empedernido y cruel otra pena—o medida social—, según el léxico allí en boga, que la máxima de diez años de prisión, a sufrir, además, en establecimientos penitenciarios modelo, exhibidos con orgullo a turistas papanatas (13). Entretanto, la más insignificante infidelidad a la ortodoxia política entrañaba para el culpable—y hasta para sus familiares en no pocas ocasiones—las más duras y “clásicas” consecuencias, sin exceptuar, por supuesto, la suprema “medida” del fusilamiento.

Se dirá, y es verdad, que estos terribles excesos están circunscritos a los regímenes totalitarios. Pero, aun siendo en ellos más visible el fenómeno, a modo de trágica caricatura, no dejan por eso de presentar una imagen más o menos parecida de una realidad mucho más vasta, que apenas si tiene que ver con las contingencias políticas. Hemos asistido en la trasguerra a un doble movimiento de creciente benignidad hacia los delitos comunes y de rigor, más marcado aún, hacia los políticos, que a su vez crecen desmesuradamente en extensión al ensancharse el radio de acción del intervencionismo estatal. Diríase que también en lo penal se observa el fenómeno de “socialización” del crimen, decreciendo el interés por la salvaguarda de los intereses individuales, vida o propiedad privadas, y acreciéndose el de los valores comunitarios, cuando no simplemente burocráticos. En el Código penal búlgaro de 1951 se asimila expresamente en la penalidad la muerte de un funcionario a la de los propios padres (art. 127, letras *c* y *d*). Y de los 261 artículos dedicados a la catalogación de delitos en la Parte especial, solamente 86 hacen referencia a intereses relativamente individuales.

Respecto a la pena capital, es de notar que incluso en países de la más rancia prosapia abolicionista y de ganado prestigio democrático y humanitario—baste citar los casos de Dinamarca, Noruega y Holanda—volvió a implantarse precisamente para la protección de los más altos intereses del Estado (14). Eso para no hablar de otros lugares en que, persistiendo la abolición, no se ha retrocedido ante el empleo de la pena de muerte cuando el caso ha llegado, siempre, claro está, en

(13) Entre los que se encontraba el autor de estas líneas; v. mi *Régimen penitenciario en la URSS*, Madrid, 1935.

(14) V. CUELLO CALÓN: *Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1953, pág. 493.

ocasión de exigencia de responsabilidades políticas a la caída de un determinado régimen.

En resumen, que coexiste muy frecuentemente en nuestro tiempo un doble y recusable sistema penal: de estricto "clasicismo", llamémoslo así, contra los delincuentes políticos y de "modernismo humanitario", pleno de consideraciones y aun de ternura, contra los comunes. Sistema de dobles pesos y medidas cuya arbitrariedad e injusticia apenas si es menester subrayar.

"Modernismo", de otra parte, que es muy relativo, ya que un fenómeno parecido, *mutatis mutandi*, se anticipó en los más tenebrosos tiempos medievales, cuando se quemaba al hereje o se descuartizaba al que atentó contra el rey o el señor, en tanto que el homicida de un mero ciudadano solventaba su responsabilidad con una insignificante multa. Y es que, en el fondo de todo esto, es dable quizá descubrir una réplica al creciente y alarmante desinterés por los valores humanos estrictamente individuales, a la par que se prodigan los tópicos en su defensa. Puesto que a fuerza de proteger y respetar la "persona humana" del delincuente—el común, claro está, el ladrón y el asesino— parece que se ha olvidado que sus víctimas no eran asimismo "personas humanas". De acentuarse el falso humanitarismo en las proporciones que defensores demasiado entusiastas propugnan, no habrá que extrañar, por parte de los ciudadanos víctimas de los delitos, un retorno a la ultraclásica Ley de Lynch, tomándose por su mano una justicia que la comunidad les deniega, embriagada en sus tópicos y experimentos sociológicos. Pues a quien le asesinaron un padre o un hijo se le ha de hacer demasiado difícil comprender que al culpable se le gratifique con una breve estancia en un establecimiento confortable, trabajando con jornal y horas reglamentarias, haciendo deporte y escuchando pláticas morales.

No se me objete que la idea de la vindicta es reminiscencia sádica, puesto que el sadismo es el placer del mal por el mal, gratuitamente y sin causa, mientras que la vindicta obedece a una reparación debida a la vez a la víctima y a la comunidad. Mas cualquiera que sea el nombre que quiera dársele, el sentimiento vale como una exigencia insoslayable de la humana naturaleza. Desconocerle en nombre de principios abstractos y quimeras de gabinete, equivale a querer hacer un derecho horro de realidades, esto es, un derecho que no lo sea, puesto que sólo es derecho la vida humana objetivada.

No pretendo con lo dicho un retorno a barbaries antiguas ni a una restauración del Talión—aunque buenas autoridades militarían por él (nada menos que Jehová y Kant)—, todo lo cual ha pasado, sin merecer ciertamente nostalgias de ningún género. Sí quisiera hacer ver, sin embargo, que la noción más elemental de Justicia exige hoy, como ayer y como siempre, la *culpa contracta*, en base precisamente al *quia peccatur*. El segundo propósito teleológico del *ut ne peccetur* es valioso, sin duda, pero siempre secundario. Pues de otro modo, teniendo la certidumbre de que el culpable no ha de reincidir, la pena carceraria de sentido, lo que de ninguna manera es admisible. Pues el la-

drón que con un afortunado golpe de mano llega a hacerse millonario es casi seguro que no ha de volver a robar, y aun es probable que se dedique a una vida respetable y hasta caritativa (se han dado sobrados casos de ello). Y el parricida soltero que matase a su padre y a su madre no podría ser parricida más veces. Menos aún el culpable de traición en una guerra, que rara vez podrá repetir su delito.

En fin, la Justicia más elemental requiere, asimismo, una debida proporción y rango entre los delitos y, por consiguiente, en las penas, criterio, no por sobradamente sabido, respetado siempre por los innovadores, que pretenden sustituir la idea de culpa por la de peligrosidad. Lo cual viene a contradecir nuevamente los postulados de la Justicia conmutativa y hasta distributiva, dado que tantas veces es notoriamente más peligroso un imprudente que un parricida y, desde luego, más propincuo a la reincidencia un ratero que un asesino o un traidor.

No es éste el lugar ni la ocasión para tratar de sacar consecuencias de una postura más bien crítica, de recelo y alerta contra determinadas corrientes del Derecho penal moderno, a las que parece oportuno frenar en sus afanes innovadores. Lo es tanto más cuanto que gusta adornarse de las galas siempre atractivas para espíritus juveniles, y como tales generosos, del humanitarismo, cuyas facetas peligrosas e hipócritas he tratado someramente de denunciar. Pero aun reconociendo ese lado bello del defensismo, me parece que sería quizá más oportuno reservar tales tesoros de liberal dulzura para otras ocasiones que, desgraciadamente, no han de faltar en la vida moderna. En todo caso creo que no hay por qué sacrificar a su pretendida o real belleza las esencias inmutables del Derecho penal. Que no es, por cierto, una reunión de *boy scouts* a la persecución de *beau gestes* filantrópicos, sino una sobria y exacta técnica jurídica al servicio de la Justicia.