

El P. Jerónimo Montes en la penología española

POR

JOSE MARIA LOPEZ RIOCEREZO, O. S. A.

VI*

Naturaleza, origen y fundamento del Derecho de penar, según el Padre Jerónimo Montes

Al investigar la razón del *Derecho de penar*, nos presenta un estudio amplio y acabado de esta importantísima cuestión, que plantea en términos sumamente claros y precisos (1). Ve su fundamento, de hecho, en la

(*) Véase ARCHIVO AGUSTINIANO, septiembre - diciembre, 1953, páginas 297-316.

(1) Beccaria y Filangieri, y antes que ellos los que podemos llamar sus maestros Montesquieu, Rousseau, Vattel y, en general, los publicistas extranjeros del siglo XVIII precedidos por Hobbes, y aun por Grocio y Puffendorf, y seguidos por algunos españoles de ese siglo, como el traductor y comentarista de Bentham D. R. Salas, hallan el origen histórico del derecho de castigar en la *convención o pacto social*. Sin embargo, he de advertir que nuestro Lardizábal no aceptó el contrato social y que el inglés Bentham positivamente lo combatió.

Para la trinidad penalista, gloria de Italia y del mundo, que responde a

necesidad de la defensa; mas de este hecho, de esta necesidad social de la pena, dedúcese únicamente que el derecho de penar existe, pues afirmar que la sociedad es natural y necesaria al hombre, y a la vez negar este derecho, siendo medio necesario para la conservación de la sociedad, es una contradicción.

Pero la necesidad social, que es un hecho, no puede darnos la razón del derecho, que es anterior y superior a la sociedad misma. ¿Cuál será, pues, la razón del derecho de castigar? Varias son las teorías ideadas por filósofos y penalistas, que tratan de contestar a esta pregunta, sin que hayan podido dar una razón clara y contundente y sustraerse a esa confusión de múltiples criterios, escritores tan notables como el profundo Rossi (1) y el preciso y metódico Carrara (2), y menos el filósofo Franck (3) y el erudito Tissot (4).

«El penalista de El Escorial, de acuerdo con la mayoría de los autores alemanes, y en conformidad con el fallecido e ilustre catedrático de la Univesidad Central, señor Valdés (5), clasifica en tres grupos las teorías que exponen los fundamentos de la penalidad —*absolutas*,

los nombres de Beccaria, Carminagni y Romagnosi, la razón y el porqué de la punición de los delitos tiene su único fundamento en la necesidad social y que la pena es un motivo contrapuesto al delito.

(1) V. P. Rossi, *Traité de Droit pénal*, t. I, libro 1.º «Bases du système pénal», especialmente desde el capítulo IV en adelante.

(2) *Programa del Derecho criminal...*, por el profesor Francisco Carrara, traducido por Octavio Boeche y Alberto Gallegos. Parte general, tomo II, capítulo II, art. II, págs. 14 y siguientes, San José (Costa Rica), 1890.

(3) *Philosophie du Droit pénal*, par Ad. Franck. Première Partie, 4.ª edición, París, 1893.

(4) *El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones, etc.* Versión castellana, por A. García Moreno, t. I, libro II, cap. 1.º a 12 inclusive y especialmente los dos últimos (11 y 12), págs. 243 y siguientes. Madrid, 1880.

(5) Valdés: *Derecho penal*, 3.ª edición, vol. I, Madrid, 1903. Págs. 574 y siguientes.

relativas y mixtas— (1), a ellas hay que añadir la representada por Dorado Montero, y atendiendo al principio teológico de la pena, distingue correlativamente a las indicadas teorías tres sistemas — represivo, preventivo y ecléctico, que hasta cierto punto, se corresponden con aquéllas.

Vamos a ser sobremanera parcos en la cita de estas teorías sobre el fundamento del Derecho penal. Dejando a un lado las absolutas de Grocio y Leibnitz, inaceptables como base de la penalidad y basadas en un principio retributivo: «Punitur quia peccatum est», se pena porque se ha delinquido, la pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse y cuya expresión más típica se halla en la *justicia absoluta* de Kant, que exige el cumplimiento de la pena, aunque fuera dañosa a la sociedad: *fiat justitia et pereat mundus*, y pasando por alto algunas teorías de la prevención general, llamadas también de *defensa indirecta*, tales como la de la *Coacción psíquica* del famoso e inmortal Anselmo von Feuerbach, el penalista que más intenso y durable influjo ha ejercido en los países alemanes, y cuyas admirables concepciones fueron por todos conocidas, fundador de la ciencia penal alemana e iniciador de su legislación (2). La de la *Controspinta o con-*

(1) Esta clasificación de las denominadas teorías penales en *absolutas, relativas y mixtas*, se debe al escritor alemán Antonio Bauer, seguida más tarde por Röeder y adaptadas en Italia por Eugenio Florián. Hoy resulta, por demás, angosta, tanto por referirse únicamente a las doctrinas entonces conocidas, como principalmente porque enfoca de manera exclusiva el problema del fundamento del derecho de castigar.

Renato Garraud divide las teorías penales en cuatro grupos: 1.º teorías utilitarias u objetivas; 2.º teorías morales o subjetivas; 3.º teorías contractuales o jurídicas, y 4.º teorías mixtas o eclécticas. Vd. *Manual de Derecho penal*, Jiménez de Asúa, vol. I, edición 1.ª, Madrid, Reus, pág. 290.

(2) Feuerbach: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Wissenschaftliche Darstellung des peinlichen Rechts selbst* Erstes Buch, I, pág. 36 de la edic. cit.

traimpulso, de G. Domingo Romagnosi, a quien particularmente denomina Garófalo «padre de la sociología criminal», el cual afirmaba de un modo explícito — en su *Genesis del diritto penale*, tan citada como desconocida — que «il diritto penale no essere altra cosa fourché il diritto di difesa modificato dalle circostanze sociali, o sea, una especie del diritto generico di difesa», llegando a decir que el Derecho penal, «in sostanza non è che un diritto di difesa abituale contro una minaccia permanentemente nata dall'ingenita intemperanza» (1). La pena se concibió por el gran maestro italiano como un *contraimpulso* penal, *contra* el impulso delictivo: «L'essenza del magisterio penale — escribía Romagnosi a la letra — consiste únicamente in una *contro spinta morale* e nulla più (2).

Mas las de la *Advertencia*, de Bauer (3), de la *Conservación social*, de Filangieri (4), de la *Intimidación y Ejemplaridad*, de Gmelin, en Alemania, y el citado Filangieri, en Italia (5), etc., junto con las doctrinas de Carminagni, Rauter, Krug y otras análogas que como las anteriores tienen cabida dentro de las de *Prevención general* o de *Defensa social indirecta*, ya que todas dan

(1) *Genesis del diritto penale*, 4.^a edic. pratese, Prato Dalla tipografía Guasti, págs. 95, 78, 443.

(2) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, tomo II, Buenos Aires, editorial Losada, S. A., pág. 34.

(3) La ley debe advertir con la amenaza de la pena, que no debe delinquirse; y la pena ha de ir dirigida no sólo a los sentidos con la representación del sufrimiento (teoría de Feuerbach), sino también a la naturaleza moral del hombre, reavivando en él la persuasión de que a cada delito sigue la pena (Vid. Luis Jiménez de Asúa. Ob. cit., t. II, pág. 47, 1950).

(4) Vid. Amor y Neveiro, Constante: *El derecho de castigar, su naturaleza, su origen, su fundamento*, Santiago, 1901, págs. 114-117.

(5) Para ambos la intimidación se ejercita mediante la ejecución de la pena, cuyo fin es el de infundir terror, mediante el macabro espectáculo que las ejecuciones llevan consigo; de aquí que sea necesaria la publicidad al ejecutar las penas. Siguen esta tesis Püttman, Klein, etc.

a la pena un sentido teleológico o finalista, de conservación o defensa social, no dirigiéndose contra el delito cometido —*punitur quia peccatum est*—, sino evitando que se cometan otros (*ne peccetur*) (1), estudiaremos más ampliamente y nos fijaremos de una manera especial en la teoría de la *Defensa social*, según el P. Montes (2).

El docto penalista dedica dos capítulos al análisis de las doctrinas de esta escuela, no porque la juzgue mejor cimentada que las anteriores, sino más bien por ser la que estaba entonces de moda, si es lícito hablar así, y porque contaba en España, donde se habían difundido las obras de Listz, con un partidario entusiasta de la altura mental de Quintiliano Saldaña, y a la que, en una u otra forma, siguen gran número de penalistas contemporáneos, tales como Cuello Calón (3) y, tal vez, Sánchez-Tejerina, e incluso el mismo Jiménez de Asúa, aunque luego evolucionó hacia el sistema protector de Dorado Montero. Defensistas fueron también Saldaña (4) y Castejón (5), que luego profesan el pragmatismo, haciendo de la denominación de la teoría, y, sobre todo, de su fondo y de sus absurdas consecuencias, una crítica tan afortunada como justa.

«Y a la verdad —agrega el ilustre penólogo agustino,

(1) Sánchez-Tejerina, Isaías: *Derecho penal español*, vol. I, edición 5.^a, pág. 58.

(2) Cuando se dice que la función del Derecho, la función genérica de la pena, es la *defensa de la sociedad*, no se dice propiamente que sea la defensa de cada particular miembro, sino de toda la sociedad en cuanto es un grupo político, constituido en unidad por virtud de sus leyes, de sus instituciones..., y que en todo período histórico debe conservarse y progresar. Sólo con esta restricción puede admitirse la fórmula *defensa social* (Vid. Carnevale: *Crítica penal*, Estudio de la filosofía jurídica, trad. esp., S. A., pág. 57).

(3) Cuello Calón, Eugenio: *Derecho penal español*, vol. I, edición 5.^a, págs. 59-60.

(4) Saldaña: *Los orígenes de la Criminología*, Madrid, 1914, páginas 475 y siguientes.

(5) Castejón: *Prólogo a la traducción española del libro de Prins*, 1912.

Padre Esteban García—, no se comprende cómo una doctrina entroncada con hipótesis absurdas, con suposiciones arbitrarias, sin valor filosófico ni científico, que practican los animales a la perfección, puede ser fundamento de la justicia punitiva. En una de sus formas, la del naturalismo biológico puro de Ferri y Garófalo, el hombre no es nada, no representa nada, es una célula del organismo social, o, según otros, un animal dañino, un microbio.

Más contundentes todavía son las ideas de Fioretti, quien, despojándose de todo impulso pietista, dice que para el delincuente no cabe sentimiento alguno de conmiseración y simpatía, porque no es un individuo parejo a nosotros, según revela la antropología criminal y, en consecuencia, entre aquel ser perturbador del orden y el hombre dotado de caracteres normales, es imposible la comunidad de sentimientos, es imposible el derecho.

¿Quién dudará en aplastarlo cuando su existencia sea perjudicial? Las atrocidades que al amparo de esta fórmula pueden cometerse, son incalculables (1). «Si se prescinde de un principio superior de justicia, si no hace falta tener en cuenta la culpabilidad, y basta el hecho del ataque para justificar la defensa, se borra toda diferencia entre el loco, el cuerdo y el bruto... y no tienen explicación posible las causas de inimputabilidad, las de atenuación, ni aun siquiera las de justificación, más que declarándolos a todos irresponsables, pues dentro

(1) En la explicación lombrosiana para los infelices afectados por los síntomas del delito, como no existe esperanza ni enmienda posibles hay que eliminarlos sin piedad. Son insociables; sin elementos morbosos e inasimilables del cuerpo social. ¡Desembaracémonos de ellos como se ha hecho en América con los desgraciados indios! El ideal de la escuela de Lombroso sería, pues, la justicia de la Edad Media, la horca desde el primer robo, al menos para los ladrones de temperamento. La justicia penal del siglo XV practicó, parcialmente al menos, las teorías de la escuela italiana. ¡Y a esto habría que volver hoy, con todas las incertidumbres y la arbitrariedad del siglo XV!

del determinismo todos obran necesariamente. . . imponiéndose con fuerza arrolladora la conclusión siguiente: si no se admite una norma superior a la defensa social, es imposible saber qué medios defensivos son lícitos y cuáles ilícitos, qué penas son legítimas y cuáles injustas». Y entonces, ¿quién pone límites al que, teniendo la fuerza al servicio de su voluntad caprichosa impera sobre los demás?

Los asesinatos en masa ordenados por el poder público para producir terror; el exterminio de los enemigos de un régimen político, aunque sean los mejores, porque representan un peligro; la degollación de los niños de Judea, decretada por Herodes; los innumerables suplicios inventados por los Césares y jueces romanos contra los mártires del Cristianismo; las horrendas crueldades de las revoluciones francesa y española; el inmenso genocidio de Katyn, la monstruosa matanza de los doce mil oficiales polacos asesinados en aquella estepa norteaña; las barcazas con siete mil oficiales y suboficiales igualmente polacos, hundidas por los rusos en el mar Blanco; las deportaciones de poblaciones lituanas en masa; las fosas de Pravenisky, el bosque de Rainai; las matanzas de Tescheven, y tantas otras aberraciones como se registran en la historia, ¿no han tratado de justificarse al amparo de esta *fórmula maldita*, como la llamaba ya el gran Carrara? Y es indudable que la *Defensa social* sería aún más perfecta haciendo desaparecer a los seres inútiles: los vagabundos, los enfermos incurables, los que carecen de medios de vida, los delincuentes y todos los que representan una carga perjudicial para la sociedad, y —conste que no se trata de cosas puramente especulativas y fantásticas—, ya que tal fórmula fué llevada a la práctica no sólo por Lombroso y sus secuaces, sino por los norteamericanos primero, y alemanes después, al patrocinar y establecer la esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles.

Más todavía, en Norteamérica poseen leyes esterilizadoras más de la mitad de sus estados. Con fines eugénicos, se aplica en Suiza en el cantón de Vaud, por ley 3 de septiembre de 1928. También Alemania poseía una ley (14 julio 1933) de idéntico carácter, puramente eugénico. En Islandia está autorizada por ley 13 enero 1938, y en Méjico, en Veracruz, por ley 26 enero 1932. En Alemania las leyes de 24 noviembre 1933 y 26 junio 1935 —hoy creo abolidas— establecían la castración forzosa o voluntaria de ciertos delincuentes sexuales; análoga era la ley danesa 11 mayo 1935, finlandesa, 13 junio 1935, islandesa, 13 enero 1938. En los Estados Unidos se aplica la esterilización o la castración con carácter de pena para los delitos sexuales (Wáshington, California, Nebraska, etc.) En contra de algunos autores que erróneamente creyeron ver en Santo Tomás una opinión favorable a la esterilización efectuada por interés público, la Iglesia condenó siempre semejante práctica y doctrina, y ha declarado, por Decreto de 27 de noviembre de 1940, de la Sacra Congregación del Santo Oficio, confirmada por la encíclica *Casti connubi*, de Pío XI —31 diciembre 1930— ilícita la muerte de los llamados individuos disgénicos o antisociales, anatematizando siempre todo género de medidas eugénicas de esterilización y de muerte (1).

No obstante, en pleno siglo xx, en nuestros mismos días, son muchos los que despiadadamente defienden todavía la esterilización de un crecido número de seres humanos, la eutanasia, el neomaltusianismo. . . et quibusdem alliis, que al presente están practicando algunos políticos americanos con el pueblo japonés, influídos por su concepción del *birth control* y como medio más

(1) Cuello Calón, Eugenio: *Derecho penal*, vol. I, parte general, 7.ª edic., Barcelona, 1945, págs. 665 y 666, nota 42.

seguro y eficaz de resolver el formidable problema demográfico del nipón (1).

Así, el número de habitantes, que era de más de 78 millones en 1947, aumentó, en 1948, a 80.697.000, y en junio de 1949 se estimó en 82 millones, o sea, una tercera parte de la población total de la Unión Soviética y la mitad de la de los Estados Unidos, sobre unos 370.000 kilómetros cuadrados, algo menos de las cuatro quintas partes de la extensión superficial de España. Problema demográfico que sólo tiene dos soluciones, una de las cuales es rechazada y rechazable por motivos humanos y cristianos del mayor alcance: la emigración o la limitación de la natalidad. Los políticos japoneses defienden la primera, en tanto que los americanos, acogidos a la *maldita* fórmula de la *Defensa social*, prefieren la última que ha tomado fuerza de ley al hacerse legal el aborto, no sólo por razones médicas importantes, sino también por razones económicas y políticas (2).

(1) «Esta consecuencia no es puramente fantástica, como decíamos hace unos momentos; se encuentra lógicamente deducida de los principios positivistas de defensa social y aceptada en algunas publicaciones recientes, de las cuales vale más no hablar. En algunas de ellas el Derecho penal se concibe como instrumento de selección, y ésta se realiza, en el aspecto individual, con la pena perpetua, la de muerte y el suicidio; y en el aspecto social, con la segregación, la esterilización, las leyes limitativas del matrimonio, la poligamia, la eutanasia para los pacientes incurables, el neomaltusianismo y los impedimentos artificiales de la fecundación. ¿Cabe concebir mayor aberraciones?» Vid. P. Montes: *Derecho penal español*, 2.^a edición, pág. 124, nota.

(2) ¡Qué bien ha dicho Henry George!: «Que el mundo es tumba de civilizaciones tanto como de hombres.» «¡Hasta ésta, oh, Roma, será tu suerte un día!», exclamó Escipión contemplando las ruinas de Cartago. Volviendo a los tiempos de barbarie. La esterilización de los criminales es una consecuencia de los principios de la antropología positivista y del utilitarismo salvaje que representan. Particularmente, entre los médicos, cuenta el bárbaro sistema con defensores en varias naciones. En Estados Unidos, muchos médicos practican la esterilización desde hace muchos años —Sharo declaraba haberla hecho en 250 casos, antes de que la ley la establecié—, y donde los mismos legisladores han llegado a este extremo de degradación moral. Está

Por lo expuesto, se aprecia de un modo bien notorio, cómo intuye el maestro todos los peligros de la ciencia positiva, no sólo desde el plano del Derecho penal, sino en otras parcelas del pensamiento, porque hoy no puede dudarse que lo que llamamos civilización y progreso, se está pagando al caro precio de que vaya «sobrando el alma», hasta llegar al hombre «harto de técnica» de Spengler, o a esa descompensación entre materia y espíritu de Carrel, o a la afirmación actual, de que el cuerpo de nuestra civilización, prodigiosamente engrandecido, tiene necesidad, precisamente, de un suplemento de alma, como ha proclamado Bergson.

También encontramos la misma solución espiritualista en el punto de vista del P. Montes, cuando expone que el delito supone abandono consciente de normas de conducta enlazadas con el orden universal, dictadas por un ser capaz de comprenderlas y capaz de negarlas, en cuanto inteligente y libre. Es decir, la solución clásica del libre albedrío frente a la tesis determinista del positivismo.

Afortunadamente se va notando una marcada reacción contra la fórmula defensiva entre sus mismos partidarios. Antón Oneca, culto catedrático de Derecho penal en Salamanca, dice que «los despotismos han invocado siempre la defensa social para justificar su existencia y poner la represión al servicio de su conservación en el poder. Ya decía Rossi que con la defensa social, sería lícito al poder ejecutivo, en un momento dado, llegar a los excesos y arbitrios más pavorosos, y añade

autorizada o prescrita legalmente en los siguientes Estados: Indiana, Washington, California, Connecticut, Nevada, Iowa, Nueva Jersey, Virginia, Nueva York y Norte Dakota. En California, hasta 1910, se habían hecho 269 operaciones de este género en individuos de ambos sexos. En Washington y Nevada es objeto de sentencia judicial como cualquier otra pena. [Parece todo increíble, después de veinte siglos de civilización cristiana, y, sin embargo, es una realidad.] (Vid. P. Montes: Ob. cit. pág. 122, nota.)

Vidal, que la defensa social, con la máscara de la razón del Estado, puede hacer lícito todo sacrificio del individuo a la colectividad» (1).

Es cierto que hoy se intenta identificar las fórmulas *tutela jurídica* y *defensa social*. El italiano Adelmo Borettini sostiene semejante opinión en numerosos pasajes de su obra: «*Tutela giuridica e difesa sociale*», publicada en Milán, en 1922. «En el fondo —dice—, no son muchas las discrepancias que separan a los secuaces de ambas tendencias: la tutela jurídica y la defensa social, ya que la aspereza de la polémica y las vivas discusiones mantenidas se deben más bien a la vanidad y a las rivalidades de los propugnadores de una y otra teoría» (2).

Ya lo había dicho nuestro Dorado Montero (3), a quien Borettini cita, con reverencia que le agradecemos como españoles, y también lo afirma von Listz, que dedica un apartado de su famoso *Lehrbuch* a probar que se halla suavizada en el presente la oposición entre las opuestas direcciones (4); y, finalmente, defendida del mismo modo por Maggiore (5). Un libro entero, profundo y denso, ha dedicado Silvio Longhi al intento de conciliación entre las escuelas clásica y positivista (6).

No obstante todas esas firmas y respetables opiniones, el P. Jerónimo Montes demuestra con asombro de los propugnadores de las mismas, que las citadas fórmu-

(1) Oneca, José Antón: *Los antecedentes del nuevo Código penal*, Madrid, Reus, 1929, págs. 14 y 15.

(2) Borettini, Adelmo: *Tutela giuridica e difesa sociale*. Milán, 1922, págs. 24-25, 153, etc.

(3) Dorado Montero: «Sobre la pugna de escuelas penales en Italia» (*Rev. de los Tribunales*, vol. XXXV, 1910, págs. 777, 781, 793, 796).

(4) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, vol. II, traducido por Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1916, págs. 31-35.

(5) *L'unità scuole di Diritto penale attuale*, Palermo, 1918.

(6) *Repressione e prevenzione nel Diritto penale attuale*, Milán, 1911.

las *tutela jurídica* y *defensa social*, expresan ideas completamente distintas. Tanto que en la tutela jurídica es donde probablemente se halla depositada toda la esencia del clasicismo, como se encuentra arraigada la más íntima naturaleza de las teorías positivistas, en la fórmula de la defensa social. El mismo Adolfo Boretini, escritor de sutil mentalidad, subraya más tarde en su citado libro, este hecho que aquí destacamos, en que la esencial distinción entre las escuelas clásica y moderna radica en estas dos fórmulas: *tutela jurídica* y *defensa social* (1). La defensa social —dice nuestro autor—, puede ejercitarse contra todo lo que perjudica, proceda de seres responsables o irresponsables, de personas o de cosas. Las prescripciones gubernativas encaminadas a la extirpación de una epidemia o a evitar una propagación; la leyes relativas a la custodia de locos peligrosos y tantas otras análogas, son defensa social, esto es, defensa de intereses sociales o particulares en peligro; pero no son tutela jurídica o defensa del derecho. La defensa del derecho sólo puede ejercitarse contra los que le atacan, o, en general, contra los que no la cumplen, contra los actos humanos, pues solamente ellos pueden constituir un ataque al derecho, y solamente contra ellos puede ser defendido.

La confusión entre defensa jurídica y defensa social nace de un error acerca del concepto del delito y de todo el Derecho penal. Concebidos uno y otro bajo su aspecto material, esto es, como lesión de intereses o bienes jurídicos el primero, y como protección de esos intereses o bienes jurídicos, el segundo.

Todo entra en el concepto de defensa social, y, por lo menos objetivamente, podría verse un delito en el daño producido en los sembrados por la langosta, y una pena

(1) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, vol. 14, Buenos Aires, 1950, pág. 33.

en su extirpación, volviendo así a los buenos tiempos en que se sometía a los animales dañinos —bestias omicieras de que hablan algunos de nuestros fueros— a un juicio criminal conforme a rígidas formas procesales, con asistencia de abogados que patrocinaban a los animales acusados.

Por otra parte, la defensa del derecho, sólo puede ser realizada por medios jurídicos —y la pena es uno de ellos, pues lo antijurídico, más que defensa sería violación del derecho, mientras se dan casos en que un medio antijurídico es perfectamente apto para la defensa de determinados intereses protegidos por el derecho (1).

Si, pues, se opta por la tutela jurídica, no ha de ser privándola de su contenido metafísico, como pretende el señor Antón y Oneca, ya que esto sólo podría ser factible en el supuesto indemostrado e indemostrable de no ser el hombre dueño de sus actos, de no ser libre; pero entonces adviértase que todo derecho desaparece y con él su protección, viniendo por ese camino a parar sin remedio en la defensa social. Hecha esta salvedad, estamos conformes con el citado penalista en que «hay razones para restaurar la fórmula de la *tutela jurídica*, en cuanto implica una limitación a la autoridad en el respeto a los derechos individuales, opone una norma de justicia a las conveniencias políticas del momento y evita el peligro de que el Derecho sea sacrificado con el pretexto de salvar a la sociedad. La tutela jurídica contiene a la defensa social, dándola límites (2).

Cuanto se diga de la defensa social, es aplicable a toda *teoría utilitaria y pragmática*. Tanto aquélla como éstas se hallan incapacitadas para dar una razón sólida y satisfactoria, que sirva de fundamento racional al derecho de castigar.

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A., obr. cit. vol. I, edición, 2.^a, páginas 159 y 160.

(2) García, P. Esteban, O. S. A., obr. cit.

La *utilitaria de Bentham* (1), no reconoce otra razón y fundamento a la pena que su utilidad. Entendiendo por útil lo que produce placer o mayor suma de placer que de dolor, si bien no es el placer de los sentidos, no, el que inspira las doctrinas utilitarias y creer eso es precisamente la falsa acepción del utilitarismo. La escuela utilitaria, persigue la utilidad pública, el bien general, el *suum cuique tribuere* de los romanos.

En ella está la base de la moral y del derecho. La pena es el medio de evitar futuros delitos, ya reformando la voluntad del culpable, ya reduciendo esta voluntad a la impotencia. Es verdad que el Derecho penal no debe prescindir de la utilidad; pero asignar a la idea utilita-

(1) Jeremías Bentham, filósofo y juriconsulto inglés, llamado el patriarca del *utilitarismo*, nace en 1748. Su doctrina, el utilitarismo, es de pura cepa filosófica inglesa. España recibe sus doctrinas durante un cuarto de siglo: desde 1820 al 1845, gracias a Ramón Salas, profesor de Salamanca, que tradujo al autor inglés (Vid. *Tratado de legislación civil y penal de Jeremías Betham*, traducidos al castellano con comentarios por Ramón Salas, Madrid, 1820), y a Toribio Núñez, bibliotecario de la misma Universidad, diputado a Cortes en 1822, quien supo interpretar el pensamiento del jurista inglés mejor que todos los anteriores expositores, españoles y extranjeros, tanto que el mismo Bentham, en carta original, decía a nuestro segoviano que «había adivinado su pensamiento.» (Vid. Toribio Núñez: *Espíritu de Bentham. Sistema de ciencia social*, Salamanca, 1820).

El fundador del «utilitarismo» mantiene correspondencia íntima con el conde de Toreno, y de su penetración en España nos dan una idea las constantes alusiones a este filósofo en los debates de las Cortes sobre el Código de 1822.

La misma forma espectacular prescrita para la ejecución de la pena capital en los Códigos de 1822 y 1848, es señal palmaria y elocuente de las ideas de Bentham. Más tarde será el penalista don Luis Silvela, muerto en el 1903, en Madrid, por cierto nada simpatizante de Bentham, quien influido por el krausismo de su época, elegirá, sesenta años después, como tema para su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 3 de abril de 1894, al filósofo británico en sus trabajos sobre asuntos españoles, y como opositor de su sistema en España. Y de nuevo el silencio, hasta la teoría del pragmatismo penal de Quintiliano Saldaña, sostenida en nuestros días por su aventajado discípulo el profesor don Jaime Masaveu.

ría el valor de razón y fundamento, nos parece inadmisibles, por inmoral. Ya fué invocada esta razón, como dice Frank, para condenar a Jesucristo: «expedit ut unus moriatur homo pro populo, et non tota gens pereat; conviene que muera un hombre para que no perezca todo un pueblo» (1). En nombre de la utilidad, se pueden cometer los hechos más repugnantes.

Platón señalaba ya a la pena un fin preventivo, pero no la asignaba tan sólo finalidad utilitaria, sino que en su doctrina se hallan también antecedentes de la retribución y, sobre todo, de la enmienda. Por eso, los utilitaristas citan con más orgullo a Aristóteles, que mira la pena como una *medicina en virtud de contrarios*. Esta concepción llega a ser preponderante entre los juriscultos romanos: Aulio Gellio, Ulpiano, Saturnino, Callístrato, Paulo, Marciano y Quintiliano (2).

Como una forma del empirismo radical, se origina el *pragmatismo*, que tiene por principales representantes a James en Norteamérica, Schiller en Inglaterra y Simmel en Alemania, defendido, asimismo, entre otros, por nuestro profesor de la Universidad de Madrid, don Quintiliano Saldaña (1878-1938), discípulo y divulgador de Listz en sus primeros tiempos. Hemos de decir que, ante todo y más que nada, es un método, que juzga de las cosas por sus resultados y por sus consecuencias prácticas, y si en otros terrenos es absurdo e inaceptable, mucho más lo es en el penal, pues aunque Saldaña llega por este camino a las más generosas conclusiones: «El ideal del Derecho penal del futuro, si bien irrealizable por ahora, debe ser, no eliminación, sino determinación; esto es, reintegración del individuo antisocial como miembro útil en la sociedad; no su expulsión de

(1) Joan, XI, 50.

(2) Jiménez de Asúa, Luis, obr. cit. vol. II. Buenos Aires, 1950, pág. 44.

ella» (1). Supresión de las penas infamantes y de la muerte; adaptación del delincuente por medio de la pena correccional, etc. . . , existe el peligro de derivar hacia un utilitarismo exagerado (2). También Grispigni afirmaba que en ningún campo se revela tanto como en éste, el absurdo de la doctrina pragmática (3). ¿Cómo es posible que se pretenda privar de la libertad personal por toda la vida o condenar a muerte a una persona a base de una doctrina que proclama ser verdad aquello que resulta cómodo? (4). «Todos los errores judiciales conscientes, desde las condenas de Sócrates y Cristo —dice el Padre Montes— se han realizado con miras a la eficacia. El tormento se justificaba por sus resultados probatorios y los partidarios de él citaban casos en que gracias al bárbaro suplicio, se lograba el descubrimiento de la verdad. He aquí la refutación pragmática del propio pragmatismo» (5). A esta dirección pragmático-penal de Saldaña, se ha adscrito últimamente, además del citado Masaveu, el italiano Roberto Lyra, quien la estima como «pujante y original realización de la cultura española» (6).

Tampoco el *correccionalismo* posee terreno firme para asentar en él el fundamento y la razón de esta cuestión. Tiene su lado bueno, humanitario y cristiano; pero esto que en la disciplina penitenciaria es de gran

(1) Saldaña: *Modernas concepciones penales en España*. Teoría pragmática del Derecho penal con un estudio de don Jaime Masaveu sobre el Pragmatismo, Madrid, 1923, pág. 26.

(2) Sobre el pensamiento y significación de Saldaña. Vid. Masaveu: *Nueva dirección española en filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio de Justicia.

(3) Grispigni: *Il prammatismo nel Diritto penale*, en Rivista Internazionale di filosofia del Diritto, vol. I, 1925.

(4) Lyra Roberto: *Nuevas escuelas penales*, traduc. al castellano, pág. 16.

(5) Idem, obr. cit., vol. I, págs. 131 y siguientes.

(6) Lyra Roberto: *Nuevas escuelas penales*, traduc. al castellano, Buenos Aires, 1938, pág. 204.

valor, no basta para fundamentar el derecho de castigar, ya que nos llevaría a consecuencias de todo punto inadmisibles. La corrección del delincuente es, sin duda, uno de los fines de la pena, que debe procurarse por todos los medios posibles en bien del criminal mismo y de la sociedad; pero sería absurdo convertir ese fin en razón última y básica de la justicia punitiva, así como también un desorden jurídico y moral, subordinar a la corrección del reo todos los intereses individuales y sociales, necesitados de protección jurídica. Una cosa hay que agradecer a esta escuela, y es haber llamado la atención de los penalistas hacia el delincuente, contribuyendo con ello a la individualización del tratamiento penal» (1).

El correccionalismo tiene sus precedentes remotos en los diálogos de Platón, sobre todo, en la *República*, Protágoras, Gorgias y Las Leyes, quien considera al delito como signo de que el alma del sujeto está enferma, y ve en la pena la medicina adecuada para la oportuna curación psicológica, y sólo en casos de incurabilidad es lícito acudir a la pena de muerte en beneficio del propio autor del delito. San Juan Crisóstomo afirma, por su parte, que el pecado es ponzoña y la pena el castigo medicinal. Cuando Clemente XI, en el 1703, creaba en Roma el primer establecimiento, no sólo carcelario, sino de tipo celular, para procurar la enmienda y evitar, a la vez, el contagio entre los presos, bajo la máxima: «Parum est coercere poenas nisi probos efficiat disciplina», teorizaba y practicaba el correccionalismo.

Pero la verdadera teoría correccional, como base y fundamento del *jus puniendi*, nace en Alemania, en la primera mitad del siglo XIX. Sus antecedentes más directos se hallan en Grolmann, Henke, Abegg, y sobre to-

(1) García, P. Esteban, O. S. A., obr. y lug. cit.

do, en Spangenberg (1), antes de que alcanzara su madurez en la persona del profesor de Heidelberg, Carlos David Augusto Röeder, discípulo de Krause. Es a partir de este autor cuando se desarrolla en Francia, es aceptada en Portugal a través del profesor de Coimbra, Piñeiro Ferreira, y alcanza en España gran difusión, a través de los seguidores de la doctrina filosófica de Krause y Ahrens, y por mediación de los señores Castelar, Salmerón, Canalejas, Federico de Castro, la ilustre ferrolana, gran figura de la ciencia penal española, doña Concepción Arenal (2), Luis Silvela (3), Romero Girón (4), Aramburo (5); constituyendo la base de las orientaciones jurídico-penales españolas de la segunda mitad del siglo pasado. Más todavía, creemos que la escuela penal española surge con el correccionalismo importado de Alemania por Giner de los Ríos y difundido entre los escritores del siglo XIX.

Esta escuela correccionalista, de parco influjo en Europa, alcanza en España un esplendor inusitado y llega a adoptar en Francisco Giner un perfil característico la *tutela penal*, cuya idea sirve a Dorado Montero de punto de partida para edificar, al fin, su Derecho protector de los criminales (6).

(1) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires, 1960, págs. 54 y 55.

(2) Salillas, Azcárate y Sánchez Moguel: *D.ª Concepción Arenal y sus obras*, Madrid, Suárez, 1894; Juan Antonio Cabezas: *Concepción Arenal o el sentido romántico de la justicia*, Madrid, 1942.

(3) Silvela: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, dos vols., 1.ª edición, Madrid, 1873, 2.ª edición, Madrid, 1903.

(4) Romero Girón: *Introducción a los Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*, por C. D. A., Röder. 1875.

(5) Aramburo: *Notas a los elementos de Derecho penal*, por Enrique Pessina, Madrid, 1892; *La nueva ciencia penal*, 1887; *Actual orientación del Derecho penal y la lucha contra el delito*, Madrid, 1910.

(6) Las tendencias correccionalistas y neoclásicas combinadas, han domi-

Se trata, en fin, de una tesis idealista que busca por medio de la corrección, de una reeducación, el enderezamiento de una voluntad pervertida, y se acerca al positivismo, en que no se fija exclusivamente en el acto, y sí en el hombre, aunque, como veremos luego, tampoco los clásicos lo desdijeron en absoluto.

Los correccionalistas son evidentemente románticos en sus concepciones sobre la vida, y son buenos y generosos como lo fué Dorado Montero, Luis Silvela, Ruedo, Romero Girón y también Félix Aramburu, quien a pesar de sus entusiasmos por el clasicismo, niega cuando comenta a Pessina que el Derecho se restaure por medio de la retribución, cuya palabra le repugna, aunque se le añada el vocablo *jurídico*, asegurando que el Derecho no se restaura, sino cuando se busca y se obtiene la regeneración del culpable, teniendo la pena como finalidad su enmienda.

Don Félix Aramburu, clásico correccionalista, cree que la ciencia penal debe estudiar al delito, la pena, el delincuente y el juicio. Es decir, que lo que hoy calificamos de proceso, y que ha recabado una sustantividad e independencia en nuestra época, debía permanecer dentro del derecho punitivo, siendo éste un concepto en boga en aquel tiempo y que sólo parcialmente se mantiene hoy.

A los mismos resultados que el correccionalismo, conducen otras doctrinas, patrocinadas por alienistas y psiquiatras que, con rigurosa lógica, han aplicado a la criminología los principios del determinismo. Al negar

nado entre nosotros durante casi todo el siglo XIX, sobre todo a partir de la segunda mitad del citado siglo, el correccionalismo impera casi por completo.

Sabida es la gran boga que entre nosotros adquirieron las doctrinas de Krause y Røeder, brillantemente expuestas por el ilustre don Francisco Giner de los Ríos, que más que un técnico del Derecho penal era un filósofo, cuyas enseñanzas —nos dirá Jiménez de Asúa— tuvieron un peso decisivo en nuestros penalistas posteriores.

la libertad, afirman que no se puede hablar de culpa, ni de imputabilidad, ni responsabilidad moral, ni de pena en su sentido propio (1). «Tan culpable es el criminal de ser criminal, como el loco de ser loco; tan responsable es aquél como éste en sus actos; ambos son lo que son y obran como obran, independientemente de su voluntad (2).

Esto es, sencillamente, el anarquismo en Derecho penal, puesto que se suprime el delincuente, el delito y la pena, para sustituirlos por el enfermo, el tratamiento curativo y el asilo. Y por fuerza habrá que suprimir también los tribunales de justicia, así como los códigos penales y reemplazarlos por jurados de médicos y tratados de medicina, pedagogía e higiene.

En esta dirección, hay que encasillar al salmantino y catedrático de aquella Universidad, don Pedro G. Dorado Montero (1891-1919), cuya doctrina, al decir del P. Montes, es «un injerto del positivismo determinista sobre el patrón de la escuela correccionalista», ya que en su sistema pesó, pues, el positivismo del maestro italiano Ardigó y el correccionalismo de su profesor español, don Francisco Giner de los Ríos. Formado, como acabamos de indicar, bajo el discipulado de Ardigó, en Italia, abandona su fe católica para buscarnos una solución a los problemas penales, a través del positivismo de Giner de los Ríos. Decidido entusiasta de un Derecho penal preventivo, cree con toda firmeza en la futura desaparición del Derecho penal *expiatorio*, hasta el punto de que su obra principal lleva el paradójico título de *Derecho protector de los criminales*. Su tesis penal, sumamente extraña e irrealizable, ha sido criticada por

(1) Alimena califica de inaceptable el concepto de pena según la escuela clásica, aduciendo como única razón, la imposibilidad de determinar la pena que debe retribuir absolutamente a un delito especial.

(2) Montes, P. Jerónimo, O. S. A., obra y lug. cit., pág. 141.

utópica y por estar tocada de elementos ajenos al carácter jurídico de la ciencia penal» (1).

Para el fenecido profesor de Salamanca, «la misión de la justicia penal del porvenir parece que ha de ser completamente análoga a la que desempeñan los médicos: curar las enfermedades futuras, mediante un estudio atento de las causas que la producen y de los oportunos medios para neutralizar su acción... Así, la administración de la justicia penal pierde el carácter de *mala y odiosa* que hoy la distingue, por lo que se huye con razón de ella, y se torna en una institución *buená, amable, tutelar y buscada por todos* (2).

Si bien Dorado Montero se tuvo siempre por más correccionalista que positivista, sin embargo, por sus ideas sobre la responsabilidad, el determinismo, negación del libre arbitrio, etc., se aproxima tanto al positivismo que bien puede ser considerado como el más entusiasta de los iniciadores de la dirección humanitaria dentro de la escuela positivista.

Seguidores del profesor salmantino, han sido Bernaldo de Quirós (3) y Jiménez de Asúa (4).

El P. Montes, con marcado dejo de ironía, critica esta concepción de Dorado Montero afirmando que ni es de este mundo, ni se ha elaborado para la humanidad actual: «Quizá pueda serlo en lo futuro; allá, cuando las leyes de la inteligencia humana se inviertan, y la humanidad cambie radicalmente de ideas, de sentimien-

(1) Rosal del, Juan: *Principios de Derecho penal español*, vol. 1, páginas, 362 y 363.

(2) Dorado Montero: *Estudios de Derecho penal preventivo, general*, vol. II, págs. 95 y 96; del mismo: *De re poenali, ¿La pena?*

(3) Bernaldo de Quirós: *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 2.^a edición, 1908, pág. 217.

(4) Jiménez de Asúa, Luis: *El nuevo Código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal*, Madrid, 1928.

tos y de naturaleza; cuando los hombres se convenzan de que el crimen no supone culpa y el delincuente es solamente un desgraciado; cuando la madre misma del hijo asesinado deponga todo sentimiento de indignación contra el asesino y le colme de caricias y atenciones; cuando, en fin, los mismos criminales sepan que la pena es un bien apetecible, y que la justicia penal es para ellos una institución *buena, amable, tutelar*, que les ha de conducir, no a la cárcel o al patíbulo, como ahora, sino a un espléndido establecimiento, «donde encontrarán descanso, una vida cómoda y tranquila, todos los cuidados y atenciones que exige su situación. Pero entonces, como la pena es una cosa amable y apetecible, será buscada como una facilidad y panacea por muchos. Y cuantos luchan por la vida y ganan el pan con el sudor de su frente, y cuantos prefieren las comodidades y descanso al trabajo duro del campo o de la fábrica, habrán resuelto el problema. Para todos está abierto el camino de la felicidad: el crimen conduce a ella, y cometer un crimen es cosa muy fácil» (1).

Ya algunos años antes, cuando Dorado publicó sus *Bases para un nuevo Derecho penal*, el ilustre prelado y sabio obispo de Salamanca, por aquel entonces el padre agustino Excelentísimo y Reverendísimo Tomás Cámara y Castro, publicó contra él una *Carta pastoral*, en la cual se calificaban dichas doctrinas de «nebulosas y repulsivas».

Como se ve, estas doctrinas de Dorado Montero están en abierta oposición con el sentido común y con las ideas más arraigadas en la inteligencia humana; pero tienen la gran ventaja de sacar a la luz del día las consecuencias del determinismo, que él acepta plenamente y sin reserva alguna, echando en cara a sus colegas la inconsecuencia de admitir los principios deterministas y

(1) Montes P. Jerónimo, O. S. A., obr. cit. vol. I, págs. 146 y 147.

a renglón seguido construir el Derecho penal como podría hacerlo cualquier clásico (1). Cierra el P. Montes la materia referente al fundamento del derecho de castigar con la exposición de los llamados *sistemas mixtos*, aquellos que, admitiendo la existencia de un orden moral establecido por el legislador divino y la voluntad humana libre en sus determinaciones, combinan el principio de justicia y la utilidad o necesidad social. Para unos no basta que la pena sea justa en sí misma, en cuanto merecida por el delincuente; es necesario, además, que la sociedad tenga algún interés en imponerla, con lo que rechaza la doctrina de Kant. Para otros es insuficiente este interés o utilidad social para justificar la pena y el derecho de aplicarla; se precisa, contra los partidarios del defensismo, que se funde en un principio de justicia. Para todos, en una u otra forma, la pena es «retribución, expiación moral o jurídica del delito, y a la vez un medio de reparar el mal, restablecer el derecho y realizar otros diversos fines relativos a la sociedad, a la víctima y al penado mismo» (2).

Genuinos representantes de esta dirección son, respectivamente, Rossi (3), considerado como un precursor de Carrara y el más sabio, quizá de los tratadistas generales de Derecho penal de la primera mitad del siglo XIX, como el gran Carrara lo sería después de la segunda, y tanto éste como aquél, se inspiran en las doctrinas teológicas, singularmente en Santo Tomás, cuyas doctrinas, en general, concuerdan en todo lo substancial con las de los demás teólogos y moralistas (4), que asig-

(1) Dorado Montero: *El Derecho protector de los criminales*, 1916, pág. 79.

(2) Montes, P. Jerónimo, O. S. A., obr. cit. vol. I, pág. 149.

(3) Pellegrino Rossi, de nacionalidad italiana, desterrado de su patria por motivos políticos, explica en las Universidades de Ginebra y París, donde se naturaliza como francés.

(4) Rev. *La Ciudad de Dios*, vol. IX, 1930, págs. 232 y siguientes.

naron como fin supremo de la pena, el restablecimiento del orden perturbado por la culpa. «Conservar este orden, defenderle contra toda agresión, restablecerle, si se perturba, es la razón jurídica de la pena y del derecho de la autoridad social para dictarla e imponerla» (1), no en el sentido estricto de la palabra de castigar simplemente por un hecho pasado, como si se tratase de satisfacer un sentimiento de venganza individual o colectiva, sino además de los fines aludidos, procurar un resultado para el porvenir.

(1) Rossi pone como fundamento del Derecho penal, la ley moral, dictada al hombre por su propia conciencia, que le hace responsable de las infracciones perpetradas (Vid. *Traité*, págs. 75 y siguientes).

Esta doctrina constituyó, como ya indicamos en otro lugar, la *communis opinio* de la escuela francesa, con Ortolán, Trebutien, Molinier, etc., «... y en España, entonces dependiente de la cultura francesa, influye en Pacheco, que se inspira principalmente en él para componer sus *Estudios de Derecho penal*». El fundador del eclecticismo italiano fué Carminagni, pero es el maravilloso ingenio de Francisco Carrara, discípulo de aquél, quien hace la más elegante síntesis ecléctica y lleva a la cumbre de la perfección los principios clásicos.