

Las teorías penales italianas en la posguerra

JOSE ANTON ONECA

Catedrático de Derecho penal

Resultado de la controversia de las escuelas, clásica y positiva, desarrollada a fines del siglo XIX y comienzos del XX, fueron las posiciones eclécticas o unitarias, que propugnaron la doble vía —penas y medidas de seguridad— aceptada actualmente en las legislaciones. Se mantuvo el debate sobre las funciones y límites de ambas consecuencias del delito, pero acortadas las distancias con relación a la antigua controversia, reinó un relativo sosiego en el terreno de los principios, que permitió a los penalistas entregarse a las sutilezas de la dogmática del delito.

La situación fue ya alterada antes de la última guerra mundial, especialmente en Alemania, donde la escuela de Kiel aspiró a levantar una construcción penal totalmente nueva en armonía con el régimen político nazi. Contra ella se pronunció la mayor parte de los penalistas en los demás países, y en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín celebrado el año 1935, al discutir un tema relativo a la oportunidad de los sistemas progresivos en la ejecución de las penas privativas de libertad, se delimitaron claramente los campos. Posteriormente a la guerra, ha resucitado, con aspectos nuevos, la antigua polémica. Era lógico porque al conflicto bélico ha sucedido un período constituyente y, al plantearse de nuevo el problema de las relaciones entre los poderes del Estado y los derechos del individuo, era obligado llegar al de la penalidad, intrusión ésta la más enérgica en la esfera de libertad del hombre.

El debate sobre las llamadas teorías penales, o sea sobre las que tratan del fundamento y fines de la pena y, por consiguiente, del Derecho penal, está otra vez de actualidad. Me ocupo primero (1) de las doctrinas surgidas en Italia, alguna de las cuales, concretamente el movimiento de la defensa social, se ha extendido ampliamente fuera de las fronteras de este país. Glosaré con alguna detención los pareceres de los autores más representativos; método preferible a un catálogo erudito de cuantos trataron el tema. Y, no obstante el título del presente artículo alusivo a la posguerra, será preciso ocuparse de algunas

(1) Este artículo es un capítulo de la obra inédita titulada: *Las teorías penales contemporáneas*.

publicaciones fechadas en época algo anterior, pero cuya relevancia ha quedado subrayada en el momento posbélico.

I

RETRIBUCIÓN

Petrocelli reprochó a la dirección técnico jurídica, acaudillada por Rocco e inspiradora del Código penal italiano de 1930, que al lado de la retribución como carácter de la pena, hubiera asignado a ésta como fin la prevención. Puesto que los caracteres de una institución dependen de su fin, aquella posición equivalía a renunciar al sistema penal y reducirlo a la defensa de la sociedad contra el peligro de futuros hechos dañosos, o sea a un sistema cuya base sería la peligrosidad. De otro modo: los neoclásicos habían dejado entrar el enemigo en casa. Para remediar tal estado de cosas, apela Petrocelli al testimonio de la conciencia universal, con objeto de llegar a conocer la verdadera naturaleza de la pena.

Había sido corriente reprochar a la retribución su calidad de venganza más o menos modificada o espiritualizada en el correr de los tiempos. Esto se afirmaba por los enemigos; los clásicos oponían la negativa más rotunda a la acusación. Petrocelli, más audaz, acepta el origen en la venganza y trata de rehabilitar a ésta. Fundamento originario de la venganza es la reacción individual a la ofensa ya sufrida, a falta de una reacción social, para satisfacer la necesidad de reprimir, que no es menos instintiva e imperiosa que la de defenderse. Si hay un punto de antítesis entre venganza y defensa, éste es motivo de profunda ligazón entre la venganza y la pena. La venganza es un fenómeno exclusivamente humano y falta totalmente del campo animal. Alguna esporádica manifestación del espíritu vindicativo suele presentarse como peculiar aspecto de la superioridad de inteligencia de algunos animales. La defensa, en cambio, es propia hasta de los animales de tipo inferior. El animal agredido se defiende y el instinto de alejar de sí el peligro presente es común a toda criatura viviente. Por otra parte la reacción defensiva tiene por objeto el daño y el peligro actual, pero no se venga si el daño ha sido ya sufrido. De donde resulta la naturaleza espiritual de la necesidad de reacción contra la ofensa y la inanidad de toda tentativa de desvaloración ética de la pena llevándola a sus orígenes de reacción vindicativa.

En la necesidad —continúa Petrocelli— que mueve instintivamente al hombre a reaccionar contra la ofensa, hay un punto de partida y un punto de llegada. El punto de partida es el dolor por la ofensa sufrida; el de llegada es la satisfacción por la retribución del mal sufrido merced a la inflicción de un mal correspondiente. Esta exigencia es satisfacción del sentimiento de justicia, que está en la base de todas las valoraciones y retribuciones del orden moral. Quienes se

ilusionan con poder establecer una cómoda barrera entre el orden ético y el jurídico olvidan que entre las exigencias del orden ético ha de comprenderse todo aquello que es conveniente al hombre considerado como elemento de la sociedad; todo aquello que es conveniente por tanto a la conservación de la sociedad humana.

De este razonamiento deriva una concepción retributiva de la pena, incompatible con las componendas. La actividad estatal de prevención del delito se desenvuelve fuera de la pena. No basta con poner a las medidas de seguridad el remoquete de administrativas y conservarlas en el Código penal, como hace el Código italiano vigente: las medidas de seguridad no sólo tienen carácter administrativo sino que en nada difieren de las comunes medidas de policía de seguridad. Por lo cual debe de haber dos Códigos: uno de penas confiado a la autoridad judicial, y otro de defensa social encomendado a la autoridad administrativa (2).

La teoría expuesta es sugestiva por su simplicidad, pero en el mundo jurídico se cruzan principios variados y contrapuestos. Estamos de acuerdo con atribuir a la opinión pública la relación retributiva contra la ofensa; pero tal sentimiento no se da aislado, sobre todo cuando ésta es de cierta gravedad, sino que surge también el vivo temor a la repetición, dado ya en la víctima, pero prevalente sobre la venganza en los círculos más alejados. En cuanto a la desvaloración de la defensa por darse también en los animales, oponemos la existencia de varias clases de defensa, y la previsoras que mira a tiempos futuros para evitar peligros a la comunidad, poco tiene que ver con la del animal, tan difícil de distinguir de la pura reacción vindicativa.

Bettioli rechaza la reivindicación de la venganza, pretendida por Petrocelli. Si es verdad que en los orígenes de la sociedad, la venganza estaba a la orden del día, con esto no se dice que en ella deba buscarse el origen de la pena. Si es posible probar que, a falta de una autoridad estatal, era el individuo quien reaccionaba contra la ofensa a él inferida, esto no supone que toda reacción viniera a satisfacer un instinto de venganza, pudiendo expresar tal reacción la exigencia de justicia propia del hombre y mucho más noble que el simple instinto vindicativo. De otro lado, este instinto no corresponde a la naturaleza racional del hombre: una cosa es la reacción que lleva a la pena, y otra la reacción desordenada que lleva a la venganza, expresión de la naturaleza concupiscente del hombre (3). Por lo demás, para Bettioli, la pena encuentra su razón de ser en la retribución, una de las ideas fuerza de nuestra civilización (4).

(2) PETROCELLI, *La funzione della pena*, art. publicado en (*Rivista di diritto penitenziario*), año VI, núm. 6, y recogido en "*Saggi di diritto penale*", Padua, 1952. En *Principi di diritto penale* (2.^a ed., Nápoles, 1952, págs. 49 y sigs.) la concepción de este autor presenta matices más moderados; si bien sigue hablando de los fines preventivos como de meros efectos colaterales.

(3) BETTIOLI, *Diritto penale, Parte generale* (6.^a ed., Palermo, 1966, página 636 y sigs.).

(4) *Ob. cit.* pág. 633.

Como consecuencia de tal concepto *monodimensional* (la palabra es empleada por el propio autor comentado) (5) la pena es sólo represión: el presupuesto de la pena es la culpabilidad y el de la medida de seguridad es la peligrosidad. Lo cual equivale a decir que no se puede atribuir a la pena funciones propias de la medida como es la defensa frente a los delitos del provenir. Y sostiene tal negación incluso con referencia al discutido art. 133 del Código italiano, que incluye “la capacidad del culpable para delinquir” entre los criterios dados al juzgador para el ejercicio de su poder discrecional en la aplicación de la pena, dentro de los límites fijados por la ley, porque esta capacidad significaría, a juicio de Bettiol, perversidad moral y no peligrosidad; mira al pasado y no al porvenir. La pena es sanción y este término es correlativo al de acción, quedando fuera del mismo las medidas de seguridad, las cuales tienen por supuesto para su aplicación la presencia no de una acción sino un estado (peligrosidad) (6). Si la medida de seguridad no es una sanción debe quedar excluida del Derecho penal pues por Derecho penal se entiende el complejo de normas que gravitan en torno a las ideas de culpa y de pena. Porque son actividad administrativa el Código italiano llama a estos procedimientos profilácticos medidas “administrativas” de seguridad. Que se encuentren dentro del Código penal y sean aplicadas jurisdiccionalmente (argumentos empleados por quienes ven en la palabra “administrativas” una contradicción con su verdadero contenido) no le importa a Bettiol, pues lo mismo ocurre con las sanciones civiles sin que por ello pierdan la naturaleza aludida en su nombre (7).

Dicho concepto ético de la retribución hace imposible “el retorno a formas de punición repudiadas por nuestra conciencia moral —como las penas corporales— y las sanciones punitivas no deben hacer sufrir más que lo estrictamente necesario al fin de la retribución”. Pero Bettiol rechaza también “el optimismo de un tiempo en que se consideraba posible la recuperación moral y social del reo a través de los presuntos medios taumatúrgicos de la prevención especial” (8); sin que crea obstáculo el art. 27 de la Constitución italiana, según el cual “las penas deben tender a la educación del condenado”; pues se trata de una fórmula de compromiso elaborada por políticos, no por penalistas (asegura Bettiol, personalidad destacada en ambos campos) (9).

(5) *Ob. cit.*, pág. 681.

(6) *Ob. cit.*, págs. 688-689.

(7) *Ob. cit.*, págs. 759 y sigs.

(8) BETTIOL, *Punti fermi in tema di pena retributiva*. En “*Scritti giuridici in onore di Alfredo de Marsico*”, I, Milán, 1950.

(9) Por el contrario, NUVOLONE (*Il problema della rieducazione del condannato*, en “*Il Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963*”, Padua, 1964), sostiene que el art. 27 de la Constitución italiana, al preceptuar que las penas deben tender a la reeducación del condenado, no expresa una aspiración doctrinaria, sino un preciso imperativo jurídico. Esa parece, en efecto, la voluntad de la norma; pero ésta, no obstante conformarse con un concepto tan vago como la tendencia, ha resultado en gran parte utópica: por la variedad de especies penales, algunas de las cuales no apuntan al fin correccional, y por la insuficiencia de

En su apasionamiento contra el “mito de la reeducación” (10) lo relaciona con las ideologías para él más abominables. En el aspecto político, lo considera alimentado por un pensamiento de origen hegeliano, encontrando tanto en el totalitarismo de la derecha como en el de izquierdas la inclinación hacia la readaptación. Lo cual no es cierto, pues si este fin fue preferido en la República de Weimar, el nazismo reaccionó contra la escuela de Liszt, orientando primero la pena hacia la expiación y la prevención general y, más tarde, poniendo en cabeza la defensa del pueblo alemán, como sanción purificadora que librase al pueblo de sus enemigos anteriores (11). Con verdad relaciona Bettiol la retribución con el liberalismo y la democracia. La legalidad de los delitos y las penas, así como la proporcionalidad de éstas con aquellos, fueron dogmas del liberalismo decimonónico. Importaba ante todo la seguridad jurídica y la igualdad del tratamiento a cuantos hubieran realizado el mismo hecho. Pero —oponemos— el liberalismo social moderno no se contenta con la seguridad y un tratamiento igualatorio sin contar con las necesidades personales. De donde se deduce que el Estado debe proteger a la sociedad mediante la tutela del delincuente cuando esto sea posible (12).

En el plano de la ciencia penal, no vacila en atribuir al positivismo criminológico materialista la tendencia a la recuperación social del criminal. La apreciación adolece de generalidad excesiva, pues es aplicable a un positivista injertado de correccionalista como Dorado Montero (13), pero no a Lombroso (14) o Garofalo (15) y, en general, a toda la primera época de la escuela positiva, escéptica sobre las posibilidades de corrección del delincuente, consecuencia de la concepción

medios de que dispone la administración penitenciaria —al decir de autores italianos— para cumplir aquel objetivo.

(10) BETTIOL. *Il mito della rieducazione del condannato*, en “Sul problema della rieducazione del condannato”, volumen publicado con ocasión del *II Congresso di diritto penale*, celebrado en Bressanone en 1963 (Padua, 1964).

(11) Sobre las variaciones experimentadas en la legislación de aquella época, véase: EXNER, *Sinnwandel in der neueste Entwicklung der Strafe*, Berlín, 1944, en “Probleme der Strafrechtserneuerung”, Berlín, 1944.

(12) BETTIOL, en sus insistentes escritos sobre el tema, llega a frases como ésta: “... el problema de la reeducación del condenado es del todo moderno; es contemporáneo al surgir del Estado laico”. en *Sulla rieducazione del condannato*, “Riv. it. di dir. e proced. penale”, 1958, pág. 638. Frente a la cual se alzan los precedentes en Platón, Séneca, el derecho canónico y los moralistas cristianos; aunque las realizaciones prácticas en el antiguo régimen fueran escasas.

(13) De la amplia obra de DORADO, citaremos: *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915 *passim*. En tiempos posteriores, ANTOLISEI ha dado como “característica innovadora promovida por la gran obra de Lombroso precisamente “el repudio del castigo” (*Problemi penali odierni*, Milán, 1940, página 166). La escuela positiva combatió desde el principio la retribución, pero las sanciones eliminatorias defendidas en la primera época de la misma se fundaron en la escasa eficacia reconocida a las medidas correccionales, y en el concepto de la sociedad como un organismo vivo que lucha por la existencia conforme a las leyes biológicas.

(14) LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Riduzione, Turín, 1924, pág. 313 y 326.

(15) GAROFALO, *Criminologia*, trad. esp., págs. 323 y sigs.

del delincuente nato y del predominio de los factores antropológicos sobre los sociales en la etiología del delito. Y nunca, ni por unos ni por otros, se ha intentado convertir el Derecho penal en un derecho premial; pues la condena condicional y el perdón judicial (invocados por Bettiol en prueba de tal aserto (16)), son medidas de individualización para delincuentes primarios o, a lo más, instituciones de gracia, pero no son premios por el delito, y las medidas de seguridad bajo régimen de sentencia indeterminada, propugnadas por el positivismo criminológico, son más aflictivas que muchas penas (17).

II

ENMIENDA

En contraste con Bettiol, Carnelutti pasa, con análoga vehemencia, al extremo opuesto. Carnelutti, gran procesalista, se asomó a varios horizontes jurídicos y, aunque sus excursiones por el campo penal no han tenido aceptación entre los penalistas, en España, donde existió una escuela correccionalista, no debemos pasar por alto la atención dedicada por este ilustre jurisconsulto al fin de la enmienda.

La pena, según Carnelutti, es retorsión, eco del delito; de modo que el delito y la pena son el anverso y el reverso de la misma medalla. Y se enfrenta contra el argumento tantas veces repetido desde que lo expresó Platón atribuyéndoselo a Protágoras: "lo hecho ya no puede deshacerse". A lo que responde: "si el daño como hecho material no se presta a ser cancelado, otra cosa ocurre en cuanto al delito como hecho espiritual, porque para el espíritu, que es eterno, no existe pasado". La libertad no es la abstracta posibilidad de escoger entre el bien y el mal, sino la concreta potencia de escoger el bien, por lo cual el delito no es ejercicio sino no ejercicio de la libertad; el delincuente ha preferido obrar como siervo a obrar como hombre. Pero como el orden que la pena ha de restaurar no consiste en que los siervos continúen siendo siervos, sino en que los siervos se conviertan en libres, en la función represiva de la pena está implicada la función de la enmienda, y el delito no está reprimido hasta que el delincuente esté enmendado, resolviéndose el concepto de la pena en el concepto de la reeducación. Con este motivo Carnelutti invoca la experiencia del arrepentimiento y la dulzura del sacramento de la confesión. Si alguno dijese que todo esto vale en el plano religioso o, al menos, en el plano moral, pero no en el jurídico, cometería el error de no darse cuenta de que el problema de la pena es ante todo un problema moral; todo

(16) BETTIOL, *Dal diritto penale al diritto premiale*, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", 1960, págs. 701 y sigs.

(17) Retribucionistas han sido también, entre otros: MAGGIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. I, t. 2, Bolonia, 1953, págs. 75 y sigs.; BATTGLINI, *Diritto penale*, 3 ed., Padua, 1949, pág. 524, ss; CAVALLO, *Diritto penale, Parte generale*, vol. III. Nápoles 1959, págs. 75 y sigs.

el derecho, pero el Derecho penal en primera línea, es un medio para reducir a la moral la conducta de los hombres (18).

Posteriormente, en un Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos, Carnelutti acentuó estas mismas ideas de signo correccionalista: "hasta ayer los hombres, inveterados pecadores, impregnados de soberbia, han creído poseer la balanza de la retribución; esto es, una balanza por la cual se puede adecuar la pena al delito, usurpando con esto las funciones de la justicia de Dios. Es Dios solamente quien puede hacer esta compensación, estableciendo cuanto dolor debemos sufrir por el mal que hayamos hecho. La verdad es que entre los pliegues de la retribución se ocultaba y oculta algo de diverso. Se oculta el tratamiento a que los hombres deben ser sometidos con el fin de conseguir el arrepentimiento; esto es la función retributiva se ha aclarado finalmente como función penitencial, distinta, si no opuesta, a la función preventiva". Es sabido que los sostenedores de esta acuden constantemente a la imagen del enfermo y el tratamiento. Para Carnelutti —coincidiendo en esto con Ferri— si la cosa juzgada civil es una necesidad, la cosa juzgada penal, por lo menos en cuanto a la medida de la pena, es un absurdo. Desde el momento en que se asigna a la pena un contenido penitencial, es absurdo que la pena se prolongue si se consigue alcanzar la redención antes del término fijado, o bien cese antes de conseguirla. La determinación judicial de la pena no debe ser irrevocable, sino controlable y controlada sobre la experiencia de su eficacia durante la expiación. El verdadero problema penal —dice Carnelutti— es el penitenciario. Pero, añadá, que en verdad la penitencia comienza con el procedimiento y que nuestra incivildad actual es mayor en el sector del juicio que en el de la expiación: el escándalo de la penitenciaría es bastante menor que el escándalo del proceso penal. Es difícil hacer saber al público que cosa es el proceso penal, porque el proceso penal conocido por la gente es el proceso privilegiado, aquellos grandes procesos que tienen el honor de la crónica periodística, mientras es, en cambio, el proceso vulgar el que sería necesario conocer. "Es necesario andar por los Juzgados y Audiencias o hasta el Tribunal de Casación para comprobar como los *pobres cristos*, que constituyen los penados ordinarios, son tratados".

Como se ve por lo transcrito, las ideas de Carnelutti son análogas a las de Röder y los correccionalistas españoles. Incluso alguno de éstos —como Silvela (19)— parten de la restauración del orden perturbado, y como la perturbación tiene su raíz y asiento en la voluntad antijurídica, sólo podrá obtenerse el restablecimiento cuando se llegue a la misma voluntad de donde aquella procede. Ahora bien; una retribución privada de contenido y medida, pues tanto el uno como la otra habrían de determinarse conforme al fin correccional, se convierte en una vaga idea de sanción. De todos modos habremos de seguir

(18) CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Buenos Aires, 1947.

(19) SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.^a ed., parte primera, Madrid, 1908, págs. 223 y sigs.

preguntándonos lo que debe hacerse con los delincuentes incorregibles y también con los no necesitados de segunda educación, o los autores de crímenes tan graves que la ejemplaridad requiere internarlos por más tiempo del pertinente para la enmienda (20).

Carnelutti obtiene de su concepción protectora y educadora ciertas extrañas conclusiones. "Matar al reo puede ser una medida de seguridad, pero una pena, no". E igualmente, son medidas de seguridad para este autor las penas pecunarias y las afflictivas corporales, pues esencial a la pena es el fin de la enmienda, ausente de todas las citadas. Como se ve, toma por base un concepto de pena distinto del vigente y tampoco ajustado con lo que se ha entendido por tal en el derecho histórico, o sea no a lo que es y ha sido, sino al deber ser.

El problema penitenciario, que para Carnelutti comprende no sólo la ejecución de la pena sino que arranca del juicio, no se resuelve sin la fuerza del amor: "la pena —dice— es amor". Y cuando a través de la asistencia espiritual, a través del mejoramiento de las condiciones de los reclusos, los hayamos educado, no habremos hecho más que la mitad de lo necesario. Porque el problema es doble: no se trata simplemente de reeducar al delincuente, sino que también es preciso educar a la sociedad para que absorba a los delincuentes. Carnelutti cree que se debe llegar, si no a la abolición, al menos a la limitación severísima del certificado de antecedentes penales (21).

Sin perjuicio de aprobar la última afirmación, nos permitimos objetar a lo anterior: si se ha de educar a la sociedad —lo cual merece entusiasta aceptación— ¿cómo no tener en cuenta la ejemplaridad, en virtud de la cual la justicia penal se convierte en un magisterio ético de todas las gentes que su funcionamiento contemplan o del mismo saben? La reabsorción de los delincuentes, adaptándolos a la vida normal de la sociedad, es sin duda conforme a las exigencias de la moral social contemporánea; pero también es necesario enseñar a las gentes a no incurrir en aquellas conductas antisociales que llamamos delitos. Finalidad no sólo útil a las posibles víctimas, sino también a los posibles delincuentes que se abstengan de llegar a serlo ante la representación de la pena.

De modo análogo al de Carnelutti, otro famoso profesor, tampoco especialista en temas penales, Del Vecchio, ha invocado la moral cristiana para convertir la pena en un bien para el penado. Frente al con-

(20) Suele colocarse fuera de toda necesidad educadora a tres clases de delincuentes: los pasionales, los culposos y los políticos. El P. BERISTAIN (*La reeducación del condenado*, Padua, 1964) impugna la opinión común. CONCEPCIÓN ARENAL (*Informe al Congreso de S. Petersburgo*, en "Obras completas", t. XIV, pág. 103) decía con relación a los habituales que la corrección no es algo absoluto, sino que tiene mucho de relativo y graduado. Con sentido tan amplio, ciertamente se puede asegurar que todos los hombres son susceptibles de mejora.

(21) Véanse las intervenciones de CARNELUTTI en un Congreso de Jurisconsultos católicos, reseñado en "Justicia", nov.-dic. 1950. Y también el artículo *Meditazione sulla essenza della pena*, en "Rivista italiana di diritto penale", 1951, n. 1.

cepto de Grocio *malum passionis propter malum actionis*, propone este otro: *bonum actionis propter malum actionis*; basando su fórmula en textos bíblicos y patrísticos, en normas del Derecho canónico, en penalistas como Röder y Dorado Montero, en literatos como Tolstói y Anatole France. La verdad es que no precisa Del Vecchio la por él llamada posible solución: el bien que ha de hacerse al delincuente. Sus afirmaciones más concretas se refieren a la compatibilidad de lo expuesto con el principio de la legítima defensa contra todas las violaciones del Derecho, contra las emprendidas y las conminadas; si bien la defensa para ser legítima ha de ejecutarse con la moderación que a esta institución impone el Derecho canónico. De ese derecho a la defensa obtiene la exigencia común a la justicia civil y a la penal de que sean reparados no sólo los daños causados a los particulares, sino también los causados al Estado. El delincuente debe ser obligado a soportar, una parte de las cargas financieras que sobre el Estado pesan para sostener el aparato de la defensa contra la delincuencia. Con tal fin, recomienda una magistratura para la "tutela de los créditos" y, llega a admitir el restablecimiento del arresto penal por deudas (22).

No armoniza, a nuestro juicio, esta segunda parte del pensamiento de Del Vecchio con la primera: la prisión por deudas con la abolición del *malus passionis*. El insigne filósofo ha comenzado por presentar el principio retributivo como "discutible y de hecho muy discutido", y se adhiere a la consideración de Röder para quien alcanzar la ecuación exacta entre el delito y la pena es tan imposible como lograr la cuadratura del círculo. Mas la reparación del daño, ¿qué es sino retribución? Es una retribución objetiva, proporcionada a los resultados, no a la culpabilidad. Del modo propuesto por Del Vecchio volveríamos a la confusión entre la justicia penal y la civil de los tiempos primitivos, superada por la transformación de la pena privada en pública en el Estado moderno. Y nos recuerda también las propuestas de Spencer (23) y Garofalo (24) para castigar ciertas infracciones con la indemnización a las víctimas del delito; así como los argumentos esgrimidos contra ellas: principalmente el de la desigualdad de la intensidad afflictiva según las condiciones económicas del infractor, y la dificultad de sustitución en caso de insolvencia.

(22) DEL VECCHIO, *La Giustizia*, Roma, 1959, págs. 159 y sigs. También ha expuesto sus ideas en varios artículos: *Sul fondamento della giustizia penale*, en "Archivio penale". 1945, II; *Nota al risarcimento del danno in relazione alla pena*, en "Scritti giuridici in onore a Carnelutti", Padua, 1960. Estos dos artículos fueron traducidos al español y publicados en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1947 y 1951. Posteriormente ha insistido DEL VECCHIO en *Il fondamento della giustizia penale e una de sui possibili soluzioni*, en "Riv. it. di dir. pen.", 1957.

(23) SPENCER, *Ética de las prisiones*, trad. esp. (España Moderna).

(24) GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*, trad. esp. (España Moderna).

III

DEFENSA SOCIAL

El movimiento de la defensa social es italiano por la tierra nació y por la paternidad del abogado Gramatica, su iniciador; si bien luego ha adquirido expansión internacional, de donde deriva su principal interés.

Filippo Gramatica, que ya anteriormente se había pronunciado por un Derecho penal subjetivo (25), creó en Génova (año 1945) un Centro de Estudios de Defensa Social. En su programa, se anunciaba: "A la luz de la realidad humana y social, parece que el derecho de castigar, concretado en un Derecho penal, debe considerarse superado, no menos que prácticamente ineficaz. La pena no sólo no ha eliminado el fenómeno de la antisocialidad, sino que quizás lo ha agudizado. La escuela positiva y algunas modernas legislaciones extranjeras, siguiendo direcciones unilaterales, han afirmado ya esto sin resolver agotadoramente el problema. Pero la negación del derecho de castigar presenta la cuestión de sustituirlo por la defensa contra la antisocialidad". Y luego señala las directrices de los estudios de dicho Centro, "negada la función del Derecho punitivo y el concepto de la responsabilidad".

En sucesivos trabajos Gramatica nos dijo que la pena, en su significación de castigo retributivo, se encuentra condenada por la experiencia de la historia. Las controversias filosóficas no han podido establecer la legitimidad del derecho de castigar; ni la tradición cristiana ni el cuidado moderno de la higiene han podido paliar los inconvenientes de la pena en su ejecución penitenciaria. De aquí la propuesta de suprimir la pena, sustituyéndola por medidas de defensa social. Debe abandonarse la noción de responsabilidad que obliga al individuo a responder del daño causado. Esta noción confunde el Derecho civil, donde se desenvuelve normalmente la idea del resarcimiento y el dominio del Derecho penal, donde lo que importa no es el hecho cometido, sino la personalidad del sujeto.

La concepción de la pena expuesta parece asimilarse a la de la escuela positiva; pero discrepa Gramatica en lo relativo a la responsabilidad. Esta tiende —según los positivistas— a evitar el peligro del daño y puede existir en el loco como en el ser sano o en el animal. Por el contrario, la antisocialidad, de la que hace Gramatica base de la responsabilidad, supone esencialmente un ser consciente, capaz de sacar provecho de la medida de defensa social o de temer la amenaza. Sólo para los seres conscientes será construido el sistema de la defensa contra la antisocialidad. Lo cual conduce a un régimen único de medida de seguridad, repudiando la pena y el actual dualismo, puesto que

(25) GRAMATICA, *Principios de Derecho penal subjetivo*, trad. esp., Madrid. 1941.

cuando el individuo no es capaz, es confiado a la medicina. De tal modo, la teoría de Gramatica plenamente subjetiva (rechaza el positivismo porque su doctrina de la responsabilidad es objetiva) se une a la moral y llega a una idea de justicia que pone la técnica del Derecho al servicio del hombre (26).

El Centro de Estudios de Defensa Social pasó luego a ser Instituto Internacional de Defensa Social. Y de aquel Centro o de este Instituto surgieron los Congresos de Defensa Social celebrados en San Remo (1947), Lieja (1949), Amberes (1953), Milán (1956), Estocolmo (1958), Belgrado (1961) y Lecce (1966). Del de Lieja brotó la Sociedad Internacional de Defensa Social, que, abierta a filósofos, juristas, psicólogos, etc., trata de coordinar sus actividades para un mismo humanitario objetivo. Organó del movimiento fue la "Rivista di difesa sociale", nombre cambiado luego por el de "Revue internationale de défense sociale", sustituida, al final del año 1957, por un parco boletín de información, al estar ya incluida una sección dedicada a la defensa social en la "Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé". Lo cual equivale a decir que la defensa social, italiana de origen, ha pasado a ser francesa por adopción.

La doctrina de Gramatica está emparentada con la predicada, con alicios de apóstol, por el catedrático salmantino don Pedro Dorado Montero, autor, entre muchas publicaciones, del libro, ya citado, *Derecho protector de los criminales*; nombre suficiente para indicar su orientación. Tal antecedente ha sido señalado por varios autores (27). Muy especialmente merece mencionarse el profesor venezolano don Rafael Mendoza, quien, en el Congreso Internacional de Defensa Social de Amberes y en varios de sus sabios escritos, ha reivindicado para Dorado la paternidad de las ideas fundamentales de la Defensa Social (28). Sin embargo, Dorado se basa en la hipótesis determinista,

(26) Véanse los artículos de GRAMATICA: *Noi e la scuola positiva* y *La lotta contro la pena*, en "Rivista di difesa sociale", 1947. También, *Le problème de la responsabilité dans le système de défense sociale* (1956) y *La defensa social como ciencia autónoma* (1959), ambos en la "Revue internationale de défense sociale". Finalmente, GRAMATICA ha desarrollado su sistema en el libro *Principi di difesa sociale*, Padua, 1961 (recientemente traducido al alemán. Hamburgo, 1965).

(27) SALVAGNO CAMPOS, *La recuperación social del delincuente como derecho-deber social*, en "Rivista di difesa sociale", año I, núm. 4. MENEU, *Les Thèmes de la défense sociale dans l'oeuvre de Dorado Montero*, en "Revue internationale de défense sociale", 1953, núm. 3. En 1950 (en *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, págs. 83 y 84), declaró hermanas las dos doctrinas: la de Dorado y la entonces incipiente de la defensa social. Mendoza me ha objetado que son una misma. Casi estoy por darle la razón, pero, sin embargo, debe recordarse la tendencia determinista de Dorado, mientras Gramatica proclama la libertad humana en oposición al positivismo criminológico, si bien, menos consecuente que Dorado, desconecta del principio de la responsabilidad las consecuencias. Por otra parte, creo que Gramatica, al formular su defensa social, no citó a Dorado porque no lo conocía. La omisión se remedia en *Principi di difesa sociale* (1961), aunque la referencia es de excesiva parquedad.

(28) MENDOZA, *Curso de Derecho penal venezolano, Parte general*, 4.ª ed., t. I, Caracas, 1963. Del mismo, *Estudios varios*, Madrid, 1957, pág. 177.

tomada del naturalismo tan en boga en la segunda mitad del siglo XIX y, en cambio, Gramatica procura sacudirse la ascendencia positivista al afirmar la libertad del hombre y separar las medidas adoptadas para los incapaces, pertenecientes a la medicina, de las propias de la defensa social, destinadas solamente a los capaces. La verdad es que la escuela positiva también distinguió las aplicables a unos y otros (así en el proyecto de Ferri de 1921) aunque nominalmente las comprendiera todas bajo el amplio e incoloro nombre de sanciones, y que las ideas de Gramatica, tan favorables a la prevención especial como escépticas respecto a la general y negadoras del retribucionismo, parecen edición actualizada de las propias de la escuela positiva en su fase humanitaria, que fue al fin la dominante. Pero las semejanzas con las ideas de Dorado Montero son evidentes y no tanto por lo que el maestro salmantino tenía de positivista como por lo que tuvo de correccionalista, puesto que desde sus primeros trabajos se propuso infundir el espíritu del correccionalismo en el conjunto de datos aportados por la escuela positiva (29).

El movimiento de la defensa social, que en sus primeros tiempos apuntó a la utopía, ha entrado después en una fase de mayor realismo a consecuencia de la extensión alcanzada, incorporando numerosos afiliados de distintos países. Portavoz de la rectificación ha sido principalmente el magistrado francés Marc. Ancel en el libro titulado *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste* (París, 1954). Libro del cual se han hecho varias ediciones y traducciones al español, al servio-croata, al inglés y al italiano (30). En él se ve claramente el propósito de recoger velas para salvar del naufragio a la nave hasta entonces pilotada por Gramatica con rumbo a un país ilusorio.

Se preocupó Ancel primeramente en proporcionar a la nueva defensa glorioso abolengo. Son invocados todos los antecedentes en pro de la prevención especial desde Platón a la escuela positiva; desde los establecimientos penitenciarios de Amsterdam en el siglo XVI hasta la obra del político y penalista Schlyter, cuya frase "despoblemos las prisiones" es para Ancel el lema de unión de todos los partidarios de la defensa social (31), y cuyo proyecto de Código de prevención sería la realización más concreta del movimiento (32). Este se puede formular, en una primera consideración sintética, de este modo: Una concepción del Derecho penal que no se propone castigar una culpa, sino

(29) DORADO, *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, Prólogo.

(30) Del mismo autor véase: *Droit pénal classique et défense sociale*, en "Revue pénale suisse", 1965, fasc. 1.

(31) *Ob. cit.*, pág. 89.

(32) VERSELE, *Un code de protection contre le crime*, en "Revue internationale de défense sociale", 1957. Este proyecto, modificado, constituye una parte del nuevo Código sueco promulgado en 1962 para entrar en vigor el 1 de enero de 1965. Véanse: AGGE, *Das neue schwedische Strafgesetzbuch*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1964, fasc. 1; SÁNCHEZ OSÉS, *El Código penal sueco*, en "Anuario de D. P.", 1966, fascs. I y II.

proteger a la sociedad; protección realizada por una serie de medidas extrapenales, dando preferencia a la prevención individual sobre la colectiva y afirmando que la primera no puede desenvolverse más que por una humanización creciente. Y no será efecto de un movimiento sentimental, sino que se apoyará sólidamente sobre el conocimiento de la personalidad del delincuente (33). La defensa social, en su aspecto negativo, rechaza toda metafísica y apriorismo jurídico y, por consiguiente, el delincuente abstracto de los clásicos, concibiendo la justicia, no como distribución automática de penalidades legales, sino como acción social. Por otra parte, rechaza el determinismo positivista, tanto el fatalismo biológico de Lombroso como la necesidad social de Ferri (34) restaurando las nociones de libre albedrío y de responsabilidad, así como reintroduciendo en la política criminal una serie de valores morales que el positivismo intentó eliminar. En su aspecto positivo, se propone primeramente "desjuridizar" la Justicia penal; con lo cual no se trata de suprimir el legalismo y las garantías judiciales, sino de renunciar a ciertos apriorismos y ficciones jurídicas para atender a la realidad social. En segundo término, se caracteriza por una actitud nueva respecto al delincuente, que trae consigo: *a*) el estudio de su personalidad, lo cual exigirá una cierta modificación en el procedimiento criminal; *b*) una reorganización del sistema de las sanciones penales, basada en el reconocimiento de que no existe ni puede apenas existir diferenciación posible entre el modo de ejecución de la pena y el modo de ejecución de las medidas de seguridad de privación de libertad, de donde el impulso casi irresistible a favor de la sanción única de privación de libertad; *c*) una política de defensa social para los mayores inspirada por el espíritu caracterizante hoy del Derecho de los menores.

Hasta aquí no parece separarse mucho el pensamiento de Ancel del de Gramatica. Esta es la herencia forzosa que había de aceptarse so pena de romper abiertamente con el movimiento. Pero luego viene la moderación: no se rechaza absolutamente el elemento retributivo, necesario especialmente para cierto número de "delitos artificiales" (a un magistrado como Ancel no le podía escapar el extenso sector de delincuentes necesitados de advertencia o intimidación, pero no de reeducación); tampoco niega Ancel el efecto intimidante de la pena sobre delincuentes potenciales, pero cree se consigue éste no tanto por la sanción aplicada como por el simple hecho de la intervención estatal, pues actualmente, por la amplitud de indultos y amnistías, el delincuente y la opinión pública tienen conocimiento de la realmente disminuida aplicación de la pena. A mi parecer, es cierta la aflicción que va ya implicada en el simple proceso (punto éste tratado con insistencia por Carnelutti), principalmente sobre el delincuente primario, y siempre menor que la causada por la ejecución de la pena, y si ésta

(33) ANCEL, *ob. cit.*, págs. 35 a 37.

(34) ANCEL, *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

pierde fuerza por su abreviación debida al ejercicio abusivo del derecho de gracia aplicado de un modo general, el defecto se remediaría sustituyendo los indultos generales por los particulares, en virtud de la buena conducta y pronóstico individual. Finalmente, Ancel reconoce necesario, para instaurar una política criminal de defensa social, cierto clima moral; por lo que las ideas precedentes deben admitirse progresivamente (35).

El Consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Defensa Social, rogó al vicepresidente Ancel que preparara una síntesis de los postulados mínima que pudieran suscribir todos los miembros de la Sociedad y, a partir de los cuales, pudiera registrarse una nueva adhesión. El proyecto fue redactado por el francés Ancel, el danés Hurwitz y el sueco Strahl, ajustándose a las directrices aprobadas por el Consejo directivo en 1954. En él se declaraba ser fin de dicha entidad internacional proteger a la sociedad contra los criminales y también defender a los individuos del peligro de la reincidencia. A la vez, diciéndo inspirarse en la tradición humanista de nuestra cultura, se afirmaba inviolable el principio de legalidad y era rechazada la metafísica como base del Derecho criminal.

Sería fatigoso y poco útil seguir paso a paso los del movimiento defensorista en esta segunda edad de su historia, que podríamos llamar francesa por la lengua en que escriben sus nuevos líderes y por haberse constituido órgano de aquél la citada revista de la nación gala (36). Pero aludiremos a las duodécimas jornadas de la defensa social, celebradas en París (año 1964) con motivo del segundo centenario de la inmortal obra de Beccaria; en las cuales se realizó una confrontación del Derecho penal neoclásico con la defensa social. Principal representante del nuevo neoclasicismo (así se dijo con manifiesta redundancia) fue el profesor francés Merle (37), quien, en su disertación sobre "el punto de vista doctrinal", preconizaba mantener el carácter retributivo de la condena penal; pero decía reunirse con la defensa social en el estadio, posterior al proceso, del tratamiento penitenciario, que

(35) De los adheridos a la posición de ANCEL, merecen especial mención: el suizo GRAVEN (*Droit pénal et défense sociale*, en "Revue penale suisse", 1955, fasc. 1) y el italiano NUVOLONE (*Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 1956). Este último define la defensa social como "el principio teórico y práctico en virtud del cual las instituciones y las normas de Derecho penal se orientan esencialmente, en su contenido como en el punto de vista procesal, hacia la recuperación moral y social del delincuente, sin repudiar necesariamente tal o cual característica tradicional de esta rama del Derecho".

(36) Véase la crónica de esas alternativas en P. BERISTAIN, *Estructura ideológica de la nueva defensa social*, Madrid, Separata del "Anuario de Derecho penal", y en REBHAN, *Franz von Liszt und die moderne défense sociale*, Hamburgo, 1963.

(37) "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 1964, número 4, págs. 735 y sigs. La redundancia deriva de haber empleado SALEILLES (en su obra *La individualización de la pena*) el término neoclasicismo para designar algunas modificaciones de la doctrina tradicional, operadas a fines del siglo XIX.

reconoce habría de asentarse sobre el estudio de la personalidad del delincuente. En realidad esto no justifica un alarde de modernismo, pues la escuela clásica tradicional, si bien exigía la determinación de la pena en la ley y en la sentencia para mantener la proporcionalidad con el delito y respetar el derecho del reo a ser tratado igualmente que todo responsable de la misma infracción, admitió el objetivo correccional en la ejecución penitenciaria; aunque con escasa eficacia práctica a causa de los límites impuestos por la fijeza de las condenas. No obstante sus propósitos conciliadores, no podía Ancel retrasar la individualización al momento ejecutivo, en el cual las posibilidades de reeducación son ya muy restringidas si la pena no ha sido aplicada bajo el régimen de sentencia indeterminada (38). En cambio hizo concesiones en otros terrenos. Sobre la anterior expresión "desjuridicidar", redujo las pretensiones del nuevo movimiento a librar a la Justicia criminal del "algebrismo"; en lo cual muchos estaremos conformes sin necesidad de adhesiones al defensismo. Y en lo más esencial, en la renuncia al anterior abandono del reproche social contenido e la condena, el giro pareció espectacular. Finalmente, no obstante la cortesía y voluntad de armonía, demostrada principalmente por Ancel y Levasseur (39), el balance de la confrontación no resultó muy favorable: hubo tolerancia con las ideas y una cierta reducción de distancias, si se quiere; pero pocas reales concesiones entre los partidarios de la retribución y quienes, bajo el nombre de la "defensa social", desarrollan una teoría de la prevención especial con sentido humanista en términos muy pronunciados.

Después de este resumen histórico, veamos cuales son las objeciones más importantes que se han podido hacer frente al movimiento, a lo largo de sus veinte años de existencia:

A) Se le acusa de ser un sistema utilitario, ajeno a todo fundamento ético; a lo cual han dado lugar los partidarios de la primera hora por sus afanes de separar la moral y el derecho, y la aspiración de fundar la justicia criminal sobre datos naturalísticos, como la escuela positiva. No han faltado en la segunda fase quienes han seguido dirección opuesta. Para Ancel, la defensa social significa la unión de los derechos del hombre, proclamados por la revolución francesa, con el cristianismo (40), y Graven remonta los orígenes hasta el derecho natural (41).

(38) "Revue de science criminelle et de d. p. c.", citada, págs. 801 y sigs.

(39) LEVASSEUR, *Rapport de synthèse*, en revista citada, págs. 785 y sigs.; ANCEL, *Compte rendu des discussions*, págs. 801 y sigs. de la misma revista. LEVASSEUR subrayó la adhesión a la defensa social del P. BERISTAIN (cuyo retribucionismo está declarado en sus trabajos: *Fines de la pena*, en "Revista general de legislación y jurisprudencia", 1962, y *Vers un oeuufémisme historique en droit pénal, Reflexions sur la peine retributive chez les canonistes*, París, 1965; artículo publicado en "Revue de Sc. cr. et dr. pén. comp." núm. 3 del mismo año).

(40) ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, págs. 163 y sigs.

(41) GRAVEN, *Die Forderung der modernen Kriminologie und die Strafrecht-*

La acusación de amoralidad nace de un supuesto equivocado: que la retribución sea el único criterio capaz de justificar moralmente la pena. En verdad nadie sostiene hoy el talión al que llegaba Kant; habitualmente se sostiene para designar fórmulas muy amplias, en las que sólo se perciben como caracteres retributivos el ser la pena respuesta al delito y la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del delito; quedando entre tan amplios márgenes lugar suficiente para alojar un rico contenido de medios orientados a los fines preventivos, siempre presentes en la mente de los legisladores. Pero si bien es cierto que la idea de responder al mal con el mal forme parte de la moral social y, bajo diversas manifestaciones, es puesta habitualmente en práctica en las relaciones humanas, no es menos cierto que perdonar al enemigo y hasta protegerlo, es un postulado al cual no se puede negar valor ético en nuestra civilización cristiana. El flaco del movimiento de la defensa social está precisamente en haber adoptado un principio moral sin atender de modo suficiente las necesidades sociales. Han desempolvado sus secuaces los argumentos de Ferri contra la eficacia intimidante de la pena. De lo contrario nos han dado muestra: los regímenes autoritarios y las ocupaciones militares sostenidas sobre el terror; y también sabemos de las epidemias de la criminalidad en tiempos turbulentos, cuando cayeron en desuso las leyes penales para ciertos gravísimos delitos realizados por determinados sectores de la población.

B) Dorado Montero veía el fundamento de la garantía penal de legalidad en la naturaleza aflictiva de los castigos; si se convirtieran en una medida beneficiosa para el delincuente, no habría ya razón para desconfiar de los jueces, convertidos en una especie de médicos sociales (42). Por la nueva defensa social se hacen ciertamente protestas de legalismo; pero, en un régimen ajustado a sus principios, se daría siempre el riesgo de aflojar o suprimir las garantías legales con alegación de beneficiar al reo, engañosa por equivocación o insinceridad. De la realidad de tales peligros tenemos abundantes ejemplos en la aplicación y ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad, que, a pesar de su finalidad curativa o educadora, son sentidas como castigos, y no sólo por quienes las sufren sino también por quienes saben de su sufrimiento. En efecto, a veces se han cumplido en establecimientos penitenciarios y en régimen análogo al corriente para los penados. Y lo más inquietante es que los defensistas son partidarios de la sanción preventiva, o sea del reconocimiento de la antisocialidad *ante factum* (43).

reform, en "Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform", 1958 (Friburgo), pág. 57.

(42) DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, y otras varias de sus publicaciones.

(43) Sobre la defensa social en relación con las garantías penales, véanse, entre lo escrito sobre la materia; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.^a ed., Buenos Aires, 1964, págs. 109 y sigs.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad* (Sepa-

C) La defensa social propugna la extensión a los adultos de las medidas hoy adoptadas por el derecho protector de los menores. Para lo cual no parece momento propicio éste en que asciende considerablemente la criminalidad en los países más ricos y civilizados, especialmente la de los delinquentes juveniles, haciéndonos preguntar si en el proceso de humanización no se habrá ido demasiado lejos y conviene moderar la marcha. El problema es muy complejo y no puede ser resuelto con un simple endurecimiento de los castigos, mas también sería aventurado poner el remedio en la sustitución del derecho punitivo por otro protector de los delinquentes. Frey, experto en Criminología y partidario de extender el principio del autor —en lugar del hecho— al derecho juvenil de los mayores de 18 y menores de 20 años, o sea nada sospechoso de prejuicios conservadores, se opone, sin embargo, a la conversión del Derecho penal de los adultos en un puro derecho de autor, desligado de la sanción por el acto. Esto fracasaría, según Frey, desde el punto de vista de la política criminal, y no está fundado criminológicamente (44).

D) Finalmente, se ha negado la novedad del defensismo. En efecto, el monopolio de la prevención especial, el abandono o, por lo menos, el aflojamiento considerable de las garantías legales y la extensión a los adultos de las medidas actualmente reservadas para los menores, son postulados del positivismo criminológico en su fase humanitaria, o sea en aquella en que la idea de selección fue sustituida por la de readaptación social. El reproche ha sido formulado principalmente por los retribucionistas (45), aunque no ha faltado tampoco análoga observación en el campo opuesto (46).

Destaquemos particularmente en el del retribucionismo, el artículo de Quintano Ripollés en esta Revista, no sólo por la ocasión del homenaje rendido a su memoria, sino porque viene al hilo del discurso, en cuanto en el del insigne catedrático y magistrado se asigna el de-

rata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". (1965). VASSALLI, *Limiti di diritto in un sistema di difesa sociale*, en "Rivista di difesa sociale", 1949. NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de défense sociale*, en "Revue de science criminelle et de d. p. comp", 1956. NUVOLONE cree que el principio *nullum crimen sine lege* debe ser mantenido; pero estima, frente a VASSALLI, que ya han sido abiertas largas brechas en el *nulla poena sine lege*, y admite, en un sistema de defensa social, implicada la abolición del límite mínimo y del máximo de la pena. En cuanto a la anterioridad *ante factum* cree posible NUVOLONE construir tipos objetivos. Pero ¿cómo describir una personalidad antisocial con la precisión con que puede definirse un hecho?

(44) FREY, *Strafrecht oder sozialer Verteidigung*, en "Revue pénale suisse", 1953, fasc. 4.

(45) BETTIOL (*Sulla nuova difesa sociale considerata de un punto de vista cattolico*, en "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1964) cree que la nueva fórmula no se aparta sustancialmente de la dirección italiana del positivismo criminológico. RODRÍGUEZ MOURULLO (*Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, Madrid, 1965) desde criterios retributivos hace una acerada crítica tanto de la primera defensa social como de la nueva.

(46) JIMÉNEZ DE ASÚA ve en la defensa social "un positivismo deshuesado" (*Tratado de Derecho penal*, II, 3.ª ed., Buenos Aires, 1966, págs. 109 y sigs.).

nominador común de modernismo a positivistas, correccionalistas y defensasistas, para combatir a tan numeroso enemigo con singular brio, poniendo a contribución su fino ingenio y amplia cultura en lo por él mismo llamado con humor, en la dedicatoria, “su pequeño desahogo tradicionalista”. Aún no participando en la totalidad de sus opiniones, admiro el valor y sinceridad con que dice lo que muchos piensan y no se atreven a declarar para no situarse fuera de la moda (47).

E) El mayor defecto no es tanto, a mi modo de ver, la identificación con una doctrina anterior, como la ausencia de precisión.

Las propuestas de la dirección genovesa fueron demasiado indeterminadas, excesivamente radicales y difíciles de llevar a la práctica. Las concesiones tributadas por la dirección parisien al neoclasicismo tampoco han aclarado la extensión de las rectificaciones, engendrando, por consiguiente, mayor confusión. Parece que la defensa social ha iniciado una operación de repliegue desde las posiciones más avanzadas hacia otras intermedias entre las primitivas tan radicales y lo que han llamado el nuevo neoclasicismo. Pero tales caminos habían sido hacia ya tiempo, como resultado de la controversia de las escuelas, encontrados por los eclécticos y unitarios. Y no únicamente en el terreno teórico sino que esa corriente media, a la cual habían sido arrastrados incluso los neoclásicos y los neopositivistas, han tenido representación en multitud de leyes y proyectos. Desgraciadamente, dice Mannheim, la defensa social ha hablado frecuentemente con diferentes voces: si las de los líderes más moderados —como Ancel y Graven— prevalecen en el porvenir, la fundación de una tercera escuela puede salir de la presente Babel” (48). Más que fundación —glosaremos— se tratará de continuar la corriente iniciada desde fines del pasado siglo.

Con las anteriores objeciones no queremos significar una valoración puramente negativa. El movimiento ha tenido empuje y expansión, lo cual es ya un mérito, puesto que las finalidades son humanas y de un alto valor ético. La simplicidad, ambigüedad y nobleza de la ideología defensasista ha producido como resultado agnupar buen número de penalistas, profesionales o aficionados, a quienes, aquellas cualidades, unidas a la aparente novedad de la tendencia, produjo gran entusiasmo. Y la consagración de la Sociedad Internacional de la Defensa Social

(47) QUINTANO, *La evolución del Derecho penal moderno* (“contra corriente”), en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, t. X (1957), fasc. II. Este trabajo es traducción y refundición por el propio Quintano de su ponencia general en las *III Journées franco-espagnoles* de la Universidad de Toulouse en el mismo año. QUINTANO, tan meritorio en la dogmática, es de los pocos penalistas españoles de estos últimos tiempos que se ha preocupado también por el fundamento y fines de la pena, militando sin reservas entre los retribucionistas. Del mencionado artículo, véase, especialmente en la pág. 288, su desconfianza hacia la eficacia de *La défense sociale nouvelle* de MARC ANCEL en cuanto a sus propósitos sincretistas y declara su preferencia por las “posturas de combate”. Véase también QUINTANO, *Rieducazione e retribuzione*, en “Sur problema della rieducazione del condannato” (“II Convegno di diritto penale”, Bressanone. 1963, Padua, 1964), págs. 109 y sigs.

(48) MANNHEIM, *Pioneers in Criminologie*, Londres, 1960, pág. 35.

a procurar la reforma de las legislaciones penales, es probable contribuya a la empresa remozadora, que, en algunos países como el nuestro, es de la mayor urgencia. Esperemos que el movimiento defensivo, abandonando sus pruritos descubridores de mundos nuevos, se consagre, en colaboración con anteriores tendencias, al cultivo de lo ya descubierto por la que se llamó dirección moderna, y persevere en el esfuerzo para llevarlo a la legislación y a la práctica. La desviación utópica de sus inicios se produjo quizás como reacción contra el rigor de los Estados autoritarios. Pero si la utopía arrastra tras sí al numeroso grupo de los descontentos ante el estado actual, acrecido por el de las gentes enamoradas de las soluciones simples, resulta por otra parte muy perjudicial, en cuanto crea un ambiente de desconfianza, no solamente contra las proposiciones irrealizables, sino también frente a la ciencia donde han prosperado. Y, de este modo, al poner muy alta la meta, se dificulta la realización de los ideales más asequibles.

Un último reparo hemos de hacer al nombre. El nuevo movimiento, igual que en otro tiempo el positivismo criminológico, adoptó el rótulo de la defensa social para significar la discrepancia con la teoría retribucionista. Pero es arbitrario encubrir bajo tal denominación la prevención especial mediante la reeducación. Cuando el político, ajeno a la terminología técnica, oye hablar de la defensa social, puede creerse autorizado por la ciencia para los mayores rigores en persecución de una defensa social, que sea en rigor defensa política o de clase. Por algo el gran Carrara rogaba a todos los criminalistas que hubieran adoptado la fórmula *maledetta*, que usaran de ella lo menos posible y con las más cautas declaraciones, a diferencia de los que la usan en un sentido sustancialmente enemigo de la humanidad, de la moralidad y de la justicia.

IV

POSICIONES UNITARIAS

Mientras Petrocelli censuraba el eclecticismo^o del Código Rocco, Antolisei lo justifica. Frente a la tendencia de algunos autores a buscar soluciones simples, a erigir sistemas monolíticos, dominados por una sola idea (retribución, enmienda, defensa social), al llevarlos a las legislaciones ha sido inevitable el compromiso a causa de la complejidad inmensa del Derecho penal, de los fines a que sirve, de las limitaciones de naturaleza política o derivadas de las miras éticas de la comunidad social, de las posibilidades prácticas y especialmente de las financieras. Una ojeada a los mismos Códigos y proyectos presentados como manifestaciones de la escuela positiva (Proyecto Ferri de 1921, Código ruso de 1926, mejicano de 1931) demuestra la necesidad del compromiso, que no está ausente de dichos documentos legislativos.

Pero Antolisei encuentra el Código italiano demasiado complicado,

y propugna, por razones prácticas, soluciones más sencillas, como sería la fusión de la pena y la medida de seguridad en los casos de delitos cometidos por imputables peligrosos, a quienes ahora se aplican, además de las acciones punitivas, medidas de seguridad privativas de libertad, que empiezan a cumplirse una vez extinguida la condena penal. Con lo que la pena, ahora única, estaría destinada a dividirse en dos especies de finalidad y estructuras diversas: *a)* una pena intimidante, o, mejor, admonitiva; *b)* otra pena readaptadora, resultante de la fusión de la pena con la medida de seguridad, a la cual podría darse el nombre de pena correccional. La pena admonitiva tendría la función principal de intimidar al reo; la correccional sería destinada principalmente a reeducar al delincuente para hacerlo idóneo a la vida social. En relación a estas diversas funciones, la primera no podría dejar de conservar los caracteres de la pena tradicional. La segunda, en cambio, deberá ser necesariamente indeterminada para cesar solamente cuando disminuya la peligrosidad del reo; mas debiendo, por otro lado, conservar carácter represivo para servir también a los fines de carácter general, tal pena tendría un minimum fijo en relación con la gravedad del delito. Lo cual significa admitir, al lado de la pena ordinaria, o sea de la pena pura y simple, una pena indeterminada, y, más precisamente, una pena prorrogable sobre la base de un minimum establecido en la sentencia de condena. Además de las penas, quedarían subsistentes las actuales medidas de seguridad para los inimputables, y también una medida eliminatoria de relegación para los individuos refractarios para toda resocialización; aunque deba imponerse la máxima cautela antes de atribuir a un ser humano la calificación de incorregible (49).

Esta concepción de Antolisei, propuesta en su pequeño libro *Problemi penali odierni* —de gran éxito por su brillante exposición—, es demasiado general; pues, siendo varias las categorías de imputables peligrosos, varío ha de ser el tratamiento, manteniéndose para esta categoría un régimen propio con ciertas peculiaridades. En el *Manuale* nos ofrece una teoría más completa y realista (50). Función de la pena en la conminación legislativa no puede ser sino la prevención general de los delitos: “dudar de ello —dice Antolisei— es como poner en duda la existencia del sol”. Y la aplicación de la pena no puede ser sino la consecuencia necesaria: las dos fases forman un tono inescindible. Esto corresponde a la pena tradicional, puro y simple castigo. Mas “por obra de corrientes doctrinales de varios decenios, ha comenzado a sufrir una transformación bastante significativa”; se perfila la pena moderna, la cual conserva carácter afflictivo o mejor disuasivo, pero tiene también la función de combatir las causas individuales de

(49) ANTOLISEI, *Natura e trasformazione della pena*, en “Problema penali odierni”, Milán, 1940. Del mismo: *Pena e misure di sicurezza*; discurso publicado en “Rivista italiana di diritto penale”, recogido en el libro del mismo autor “Scritti di diritto penale”, Milán, 1955.

(50) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 5.ª ed., Milán, 1963.

la criminalidad. Por lo que atañe a la unión de penas y medidas, separa Antolisei dos grupos entre los casos que actualmente las acumulan. En los delincuentes habituales, profesionales y por tendencia, la unión es tarea fácil porque las medidas hoy aplicables son semejantes en todo a la pena, de la cual no difieren sino en particularidades secundarias. Respecto a la responsabilidad disminuída por menor edad o semienfermedad de mente, la cosa es más ardua; pero no si se pone de relieve que la pena es un *quid compositum* que tiende a socializar al reo, por lo cual se debe adoptar una sola sanción con el fin principal de resocializar al reo, indeterminada en el máximo y con un mínimo preestablecido en razón a la gravedad del delito, siendo sufridas estas sanciones en establecimientos especiales (51).

Más concretas fueron las propuestas formuladas por Delitala en el Congreso de Jurisconsultos católicos italianos celebrado en 1950 (52).

Delitala cree que en cuanto católicos, todos pueden reconocer en la justicia el criterio informador del derecho. Pero como el derecho es actividad práctica, tiende, como toda actividad práctica, a un fin: a la consideración de la justicia debe acompañar la consideración de la utilidad; es más, si la norma jurídica no resultase idónea para asegurar una utilidad, no sería tampoco justa porque la ciudad está hecha para los hombres, no los hombres para la ciudad. La concepción retributiva y la preventiva, el *quia peccatum* y el *ne peccetur* no representan dos exigencias opuestas e inconciliables, sino la una la esencia, la otra el fin de la sanción punitiva. Conforme al criterio finalista del *ne peccetur*, el arbitrio del legislador no tendría límites y la exigencia de la justicia habría de ceder el paso a la ejemplaridad; conforme al principio retributivo, no atemperado por algún criterio utilitario, la justicia de los hombres se arrogaría la tarea de la justicia divina. En uno y otro caso se incurriría, por vías opuestas pero convergentes, en el mismo error: el de considerar al Estado como fin en sí mismo: allí negando la sujeción del Estado a Dios; aquí identificando el Estado con Dios.

Por tanto, reputa Delitala que se debe reaccionar enérgicamente contra la exasperación del principio retributivo. Decir que la pena se justifica por sí misma, que el hombre merece una pena o más bien que tenga derecho a la pena, independientemente de toda consideración finalista, equivale a negar el perdón o a desconocer que el delito, en cuanto hecho espiritual, no puede encontrar represión más que en otro hecho espiritual: el arrepentimiento. Por lo demás, Delitala opina que entre su modo de ver y el de los retribucionistas el contraste es más bien formal que sustancial. Estos no dejan de reconocer que la pena se dirige a la enmienda del reo, pero relegan dicho fin al momento ejecutivo, mientras el normativo se ordena a la reintegración del derecho. La distinción es sofística: si se establece la norma como un fin,

(51) ANTOLISEI, *ob. cit.*, págs. 604 y sigs.

(52) DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, en "Riv. it. di diritto penale", 1950, núm. 6.

cuando se reafirma mediante la ejecución, no es posible sino reafirmarla por el mismo fin, a menos de sostener que se reafirma por un acto de coherencia formal.

A las exigencias de la prevención especial debe darse abierto y pleno reconocimiento. Delitala recuerda que de tal principio han sido los positivistas los primeros y más decisivos defensores. El disenso con los positivistas es, sin embargo, total y definitivo, pues el principio de responsabilidad, por ellos negado, está para los católicos inquebrantablemente unido a la base del derecho y de la sociedad. Pero esta oposición de principios no debe empujarnos a negar apriorísticamente todas sus instancias ni a contraponer a sus doctrinas un moralismo abstracto y formal, que es la negación de la verdadera moralidad. Como en el campo de la economía el marxismo ha impuesto a los políticos la cuestión social, así, en el campo de la reforma penal, el positivismo criminológico ha impuesto a los juristas el problema de la prevención especial. Corresponde a los católicos encontrar la solución católica de dichos problemas; pero que los problemas existen es imposible negarlo.

La pena impuesta al hombre moralmente responsable de las acciones que realiza, es el medio normal y más eficaz en la lucha contra el delito. Pero no debe ser groseramente concebida como una especie de talión, y no basta con un juicio de culpabilidad que se limite a establecer la existencia de la voluntad sin indagar la génesis. El delito es hecho del hombre y no puede ser entendido y valorado si no se valora al hombre. La exigencia de referir el hecho a la personalidad y estudiar ésta en todos sus componentes espirituales y naturales, se encuentra en el artículo 133 del Código italiano; pero es un reconocimiento demasiado tímido, y, en la práctica, quien tenga la más modesta experiencia de las cosas jurídicas sabe que dicha indagación no es realizada en el interrogatorio judicial del procesado; los jueces penales no están por lo regular preparados para la misión que les es conferida y no sienten su tremenda responsabilidad. Consecuencia de esta posición individualizadora es también que Delitala vea —como Carnelutti— en el problema penitenciario el problema central de la reforma penal para que sea eficaz el precepto de la Constitución italiana: “las penas deben tender a la educación del condenado”.

Respecto a los inimputables, rechaza Delitala la responsabilidad social proclamada por los positivistas, que es una noción naturalística desprovista de todo contenido ético. Y la medida de seguridad que les es aplicable no puede ser considerada —como por los positivistas lo es— mera reacción natural, porque también el inimputable es un hombre, un sujeto titular de derechos. Si representa un peligro, la sociedad puede defenderse, pero sin negarle la naturaleza de hombre: el enfermo debe ser curado, el extraviado debe ser educado. Por lo cual parece erróneo sostener que el fin de la medida de seguridad es solamente asegurar a la sociedad contra el peligro criminal; o, si ése es el fin, se debe reconocer después que el modo para conseguirlo debe informarse en una exigencia moral.

Mas como la culpa no excluye la peligrosidad, nos encontramos frente a la tercera categoría de los culpables y además peligrosos. Tampoco a Delitala satisface la acumulación de la pena y la medida de seguridad. Respecto a los jóvenes, cree que todos, incluso los retribucionistas, están conformes en dar a la pena, cumplida en los reformatorios, una función netamente correctiva, idéntica a la correspondiente a la medida. En los semienfermos mentales, la pena castigo debe ceder el paso al tratamiento curativo, mas para el caso en que el tratamiento determine la desaparición de la enfermedad en plazo más breve que la duración de la pena, se podrá establecer que el residuo sea cumplido en un establecimiento penal. En cuanto a los habituales y profesionales, se pregunta: ¿se trata en verdad de sujetos plenamente imputables? "Que el examen más atento de la personalidad del sujeto no consiga individualizar la responsabilidad, no prueba en definitiva gran cosa cuando se piensa en la espantosa dificultad de la indagación. ¿A qué fin castigarlos? Que esto no basta lo reconoce en definitiva también el Código al hacer seguir al tratamiento penal de tiempo determinado, un tratamiento de seguridad por su naturaleza indeterminado. Frente a las consideraciones formalistas y objetivas que se invocan para justificar el absurdo de este doble tratamiento, Delitala afirma, desde un punto de vista cristiano, que también el tratamiento de seguridad es una medida penal. En un sujeto imputable, el perdurar de la peligrosidad implica perdurar en la culpa, porque si la culpa cesa con el arrepentimiento, con el cesar de la culpa, cesa también la peligrosidad. Esto significa que en un ordenamiento penal cristianamente orientado, un sistema penal que pusiera verdaderamente su fundamento en el concepto de culpa correctamente entendido, debería hacer depender la duración de la pena del arrepentimiento, porque la culpa no está en el hecho sino en nosotros. Sabemos bien que al integral acogimiento de estos principios se oponen otras perentorias exigencias: el respeto a la libertad, la certeza de la sanción, etc. Pero cuando a una limitada categoría de sujetos, aquellas exigencias ya no subsisten, porque estamos todos de acuerdo en que la restricción de la libertad personal debe, para estos sujetos, prolongarse indefinidamente en el tiempo hasta saber que se ha realizado la enmienda, ¿por qué deberemos obstinarnos en mantener firme un dualismo si la naturaleza espiritual del hombre impone la unidad?"

La propuesta de Delitala, no obstante sus protestas de antipositivismo, fue acogida con alborozo por Grisigni, el sucesor de Ferri en la dirección de la escuela positiva (53). También en sentido unificador se manifestó Nuvolone (54). Y más recientemente Zuccalà, al modo

(53) GRISIGNI, *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, en "Scuola Positiva", 1950, fasc. 3-4, págs. 364 y sigs.

(54) NUVOLONE, *Il problema dell'unificazione della pena e delle misure di sicurezza*, en "Rivista penale", 1954.

de Delitala, ve la ventaja del tratamiento unitario en el respeto a la unidad espiritual de la persona humana (55).

Este problema de la unificación de la pena y las medidas de seguridad para ciertos delincuentes se planteó en el VI Congreso de la Asociación Internacional del Derecho penal celebrado en Roma el año 1953. El relator general, Grispigni, no podía por menos de ser favorable (56), y también lo fueron muchos congresistas (57). Pero en Italia había dominado durante bastante tiempo la escuela de Rocco, mantenedor a ultranza de la dualidad, separación y acumulación de las sanciones, tal como está encarnada en el Código de 1930, y los elementos de este origen, apoyados por un grupo de alemanes, etc., sostuvieron el carácter ético social de la pena, que suponían en peligro al mezclarse con la medida, mientras el punto de vista del relator encontraba acogida en numerosos franceses, belgas, suizos y escandinavos. El Congreso adoptó por fin un voto favorable a la unificación, pero de un sentido muy vago, pronunciándose contra los diversos tratamientos sucesivos en la medida añadida a la pena, prefiriendo en su lugar un tratamiento en lo más posible unitario y adecuado a las diversas categorías de los sujetos.

En cuanto a estas diversas categorías de sujetos, solamente se tomaron acuerdos respecto a dos de ellas: para los menores de dieciséis años debe ser excluida cualquier aplicación de penas afflictivas; para los semienfermos mentales sería preferible la supresión de una norma a ello relativa, y, en cuanto esto no fuera acogido por las legislaciones, tales sujetos deberían ser en todo caso sometidos al tratamiento requerido por sus condiciones psíquicas. Como se ve, la primera declaración es obvia e insuficiente; la segunda nos deja en la mayor incertidumbre, y falta la previsión concreta de otras categorías de estado peligroso, entre ellas la de los habituales.

Han subsistido los escrúpulos teóricos de Petrocelli (58); pero a favor de la unificación conspiran los datos de la práctica, ya que en la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, especialmente en las referidas a los habituales, las diferencias no son tan sensibles como para acreditar naturaleza radicalmente distinta en ambas consecuencias del delito (59). Con alcance más general, Paul Cornil ha

(55) ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", 1964, pág. 419.

(56) Véase el comentario de GRISPIGNI a la cuestión propuesta en el temario del Congreso: *Le problème de l'unification de la peine et des mesures de sûreté*, en "Revue internationale de droit pénal", 1951.

(57) Los rapports presentados por ASÚA, CORNIL, PINATEL, SAUER, SCHRÖDER, etc., están publicados en la misma revista, año 1953, fasc. 3-4.

(58) PETROCELLI, *Ancora sulla tendenza unitarista nel diritto penale e sulle amplificazione del concetto de sanzione*, en "Saggi di diritto penale", 2.ª serie, Padua, 1965.

(59) GERMAIN, *Le traitement des récidivistes en France et la tendance vers l'unification des peines et des mesures de sûreté*, en "Scuola Positiva", 1954. fascs. 1-2, págs. 40 y sigs.

dado cuenta de las experiencias que puede recoger cualquier visitador de las prisiones de Merplax (Bélgica) donde están contiguos establecimientos penitenciarios y otros destinados a medidas de seguridad (60).

Finalmente ha habido otros penalistas italianos que, reconociendo pluralidad de funciones a la pena, acentúan más la inclinación al lado clásico, o sea a la restauración del derecho y a la prevención general, como Pannain (61), Vassalli (62) y Allegra (63); mas no me detengo en su comentario, porque, como dije al principio de este artículo, no me proponía hacer un catálogo detallado de autores, sino presentar las opiniones, a mi juicio, más significativas.

Comparando las posiciones unitarias expuestas, vemos cómo Antolisei pone por delante la prevención general. A continuación anota un hecho histórico: junto a la pena tradicional, "puro y simple castigo... se perfila la pena moderna, la cual conserva carácter disuasivo, pero tiene, además, la función de combatir las causas individuales de la criminalidad". Se trazan, pues, dos círculos coexistentes y separados. Delitala los integra enlazando el *quia peccatum* y el *ne peccetur*. La norma jurídica que no resultare idónea para asegurar la utilidad, no sería tampoco justa, "porque la ciudad está hecha para los hombres, no los hombres para la ciudad". Ambos propugnan respecto a los imputables peligrosos la unificación de penas y medidas en lugar de la actual sucesión de ambas en el Código italiano; pero mientras Antolisei cree fácil la tarea en los habituales porque las medidas hoy

(60) CORNIL, en las "Jornadas de Derecho penal" celebradas en Buenos Aires en 1962, dijo: "Afirmo, apoyándome nuevamente en mi experiencia penitenciaria, que no hay ni puede haber diferencia sustancial entre el régimen de la pena y el de las medidas de seguridad. Les invito a visitar nuestros establecimientos penitenciarios en Merplax, que tienen 1.200 detenidos repartidos en categorías en diferentes secciones. Podrán recorrer el pabellón de los delincuentes anormales y también el de los vagabundos. Visitarán inmediatamente los talleres y observarán las brigadas de trabajadores agrícolas. En el trabajo, las diferentes categorías de detenidos están mezclados. Se les distingue según sus aptitudes y las necesidades del tratamiento que deben seguir. ¿Cuál es en este régimen la diferencia entre la pena y las medidas de seguridad?", pág. 100.

(61) Para PANNAIN (*Manuale di diritto penale*, I, Turín, 1962, págs. 21 y siguientes) la pena, teniendo por fin principal intimidar, esto es, la prevención general, debe ser formulada y entendida de manera más compleja. Si la amenaza penal persigue la intimidación, en la fase de irrogación tiene función de prevención especial física y psíquica, y es represión que mira al restablecimiento del orden externo de la sociedad. Los fines preventivos priman, pues, sobre los represivos; pero, dentro de la prevención, es primaria la general.

(62) VASSALLI (*Funzione e insufficienza della pena*, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", año 1961), considera primordial, entre las funciones de la pena, la reafirmación del derecho objetivo violado, realizada mediante pública y solemne descalificación del delito. A su lado, e íntimamente ligado con ella, está el fin de prevención general, y, como tercera función fundamental, la prevención especial.

(63) ALLEGRA (*Fondamento, scopo e mezzo nella teoria della pena*, I, Novara, 1952) considera el principio ético como justificación y límite de la pena, y el utilitario como principio ejecutivo, resolviendo los dos en el concepto de necesidad social.

aplicables son semejantes en todo a la pena, Delitala, con mayor atisbo criminológico, se pregunta respecto a los habituales y profesionales: ¿Son en verdad plenamente imputables? En efecto, quien haya tenido ocasión de tratar a esta clase de delincuencia sabe que en una parte considerable, por lo menos, de ellos hay un fondo psicópata. Finalmente, el preclaro profesor italiano sostiene que todas las medidas de seguridad, tanto las destinadas a los imputables como las destinadas a los inimputables, tienen carácter ético y no son, por consiguiente, mera reacción natural fundada en la peligrosidad. Unos y otros son titulares de derechos: el enfermo tiene derecho a ser curado, el extraviado a ser educado.

A mi modo de ver, es oportuno aclarar la naturaleza de la prevención general, destacada por penalistas actuales como primer fin o como uno de los fines fundamentales de la pena. El positivismo criminológico había creado un ambiente de escepticismo sobre las posibilidades ejemplaristas de la pena, correspondiente a una época de paz y reducción de la criminalidad violenta, no obstante la mitigación de los castigos. Las generaciones actuales, en cambio, han podido observar la eficacia de la penalidad intimidante para el sostenimiento de regímenes de fuerza, internos o de ocupación militar; como también ha contemplado el desenfrenado aumento de la criminalidad, contemporánea a épocas en que la Justicia criminal vacó para amplios sectores de la población.

Esta prevención general no ha de identificarse con el terror. Son válidos todavía los argumentos formulados por los hombres de la Ilustración contra el Derecho penal del antiguo régimen: el endurecimiento de la criminalidad y el desprestigio del poder que pone en práctica un rigor desaprobado por las convicciones dominantes en la colectividad; a veces también la omisión de denuncias y el desuso de la legislación draconiana; o sea efectos contraproducentes, ya inmediatos, ya a la larga.

Según la concepción actual de la prevención general, ésta ha de perseguir la reafirmación de aquellos principios de la moral social que son necesarios para el mantenimiento y desarrollo de la sociedad. Un cierto número de estos preceptos encuentran su refuerzo en las condenaciones penales, mas para que la pena se mantenga ejemplar ha de estar limitada por la misma moral social que ha de tutelar. El primer límite está en la retribución, que humanizó el Derecho penal en el siglo XIX al precisar las conductas prohibidas en las leyes, proporcionando las penas a la importancia de los bienes jurídicos y a la culpabilidad. Sin embargo, la retribución no ha logrado nunca encontrar la ecuación entre el delito y la pena; ni siquiera en la época del talión, como ya demostró Aristóteles en oposición a los pitagóricos. La retribución es uno de los principios de valoración manejados constantemente en la vida de relación entre los hombres. Pero no es el único que ha de influir en la relación penal: el Estado social, conforme a la cultura cristiana, debe orientarla a la corrección del delincuente

en cuanto sea posible y necesario. En los delitos culposos y en otros muchos ocasionales no es necesario, por lo corriente, un tratamiento reeducador; basta la pena de intimidación individual, que al apartar al reo de la reincidencia por el temor al castigo, realiza una corrección, empleando esta palabra en su sentido más amplio. Son muchos los incrédulos en las posibilidades de la reeducación, pero creo que entre los delincuentes hay varias categorías en las cuales ésta es posible: así, en los jóvenes, en los refractarios al trabajo por falta de formación, en los psicópatas que mediante un tratamiento curativo pueden ser mejorados. *Besserungstheorie* llamaron Krause y Röder a la designada por los latinos teoría correccionalista, y si la meta es la mejora, como significa la palabra alemana *Besserung*, el concepto es muy amplio. En rigor no sabemos hasta dónde llega la corregibilidad, porque, como dijo Concepción Arenal en comunicación al Congreso Penitenciario de San Petersburgo, no hay delincuentes incorregibles, sino incorregidos. Incorregidos porque son incorregibles o porque no se han empleado con ellos los medios necesarios para la corrección.

Finalmente, habrá siempre infracciones graves respecto a las cuales el interés de ejemplaridad y la satisfacción del sentimiento público de sanción harán retroceder a segundo término el objetivo de la mejora, aunque nunca los límites impuestos por el marco retributivo (64).

(64) La opinión propia, mostrada ya en la crítica de las ajenas, se manifiesta con mayor extensión en mi discurso universitario: *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944.

