

II

Las Orientaciones Modernas del Derecho Penal *

POR EL DOCTOR D. ENRIQUE DE BENITO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
EN LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I

LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL

La antigua concepción filosófico-jurídica del Derecho penal y la moderna Enciclopedia de las Ciencias penales. — La concepción nacionalizadora del Derecho penal moderno. — La concepción de la Política criminal. — Las modernas orientaciones del estudio universitario del Derecho penal en relación con su nueva metodología. — El problema final del Derecho penal moderno.

EL Sr. De Benito, comienza su curso dirigiendo un saludo a la Universidad de Valencia, a la cual ha sido incorporado recientemente. Recuerda las glorias de esta Universidad. Evoca la memoria del gran filósofo Luis Vives, que también escribió sabiamente acerca de cuestiones que hoy se consideran como cardinales en el orden de la prevención penal; la de Vicente Gilabert, antiguo autor de una *Anatomía y fisionomía* que puede colocarse entre los estudios precursores de la antropología criminal; la de Mateo Pedro Orfila, autor ilustre de una *Medicina legal* y la de Senén Vilanova, autor de una excelente *Práctica criminal forense*; todos ellos, hijos gloriosos de la Universidad de Valencia. Afirma que el nombre de Valencia va inseparablemente unido al recuerdo del coronel Montesinos quien, en la primera mitad del siglo pasado, planteó en el extinguido presidio de San Agustín un gran sistema penitenciario progresivo antes que Obermaier y Crofton. Pero, sobre todos, encomia al insigne valenciano D. Tomás Cerdán de Tallada, cuyo magnífico libro

* Las seis Conferencias que a continuación se extractan fueron dadas en el Aula n.º 8 de la Universidad los días 18 a 23 de Abril de 1921.

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

Visita de la cárcel y de los presos, constituye el primer tratado general de ciencia penitenciaria, de la que podría reputarse a Cerdán por fundador, porque no falta en ese libro, escrito en el siglo XVII, y, por lo tanto, mucho antes de Howard, de Concepción Arenal y de Paúl Cuche, ni siquiera un capítulo de arquitectura carcelaria. El Sr. De Benito termina este preámbulo de sus lecciones, dirigiendo un elogio fúnebre a su antecesor en la cátedra de Derecho penal Sr. Testor, cuyo puesto ocupa en la Facultad de Derecho de Valencia. Inmediatamente, el conferenciante entra de lleno en el asunto que es objeto de su primera lección.

I. El Derecho penal es una de las disciplinas cuya fisonomía ha sufrido más incesantes y trascendentales transformaciones. Salió de las páginas de Alfonso de Castro y de César de Beccaria, y persistió con este carácter en los escritores de la escuela clásica tradicional, hasta bien comenzada la segunda mitad del siglo XIX, como un conjunto sistemático de principios filosóficos y de criterios legislativos referentes al castigo de los delitos. La base y el núcleo estaban en la filosofía. Era la filosofía aplicada al derecho represivo. Ortolán, por ejemplo, definía el Derecho penal diciendo, que era una concepción de la razón humana, derivada de una relación del hombre en sociedad, por lo que ésta tiene la facultad de imponerle una sanción en razón de la violación de derecho que ha cometido; y podría esta definición servir de tipo, porque, en efecto, esta concepción filosófica fué la que tuvo el Derecho penal hasta 1876.

Antigua concepción del Derecho penal

Hasta 1876; ya que en esa fecha cristaliza, con las teorías lombrosianas, la escuela positivista penal, que supone un radical cambio de concepción. En la filosofía general se había, poco a poco, evolucionado desde Descartes a Kant y desde Kant a Littré. Darwin había afirmado la evolución de las especies y Spencer había adaptado el evolucionismo al estudio de la sociedad, de modo que habían sido fáciles dos cosas: la sistematización de la antropología y la sistematización de la sociología. Así quedó perfectamente abonado el terreno para que fructificara en él la escuela penal positivista italiana que resulta de la aplicación de la sociología y de la antropología al Derecho. La nueva escuela representaba una honda revolución renovadora, pero antes que renovadora, demoledora. Ferri en *I nuovi orizzonti* había arremetido contra la escuela clásica del Derecho penal y, gritando ¡Abajo el silogismo!, había repudiado los principios del clasicismo penal. Muchos han repetido después el anatema. Anatema injusto. Es lícito y conveniente traer a la casa los nuevos gustos y las nuevas modas, pero sería una irreverencia y una ingratitud desterrar, para sepultarle en el desván, el retrato del viejo antepasado, fundador del linaje cuya contemplación evoca un pasado de esplendor en la familia y, si la casa solariega es grande y sólida y suntuosa, bueno será que hagamos dentro de ella todas las reformas que dicten las nuevas exigencias de los tiempos; pero dejemos incólumes, al menos, las paredes maestras que

La escuela positivista

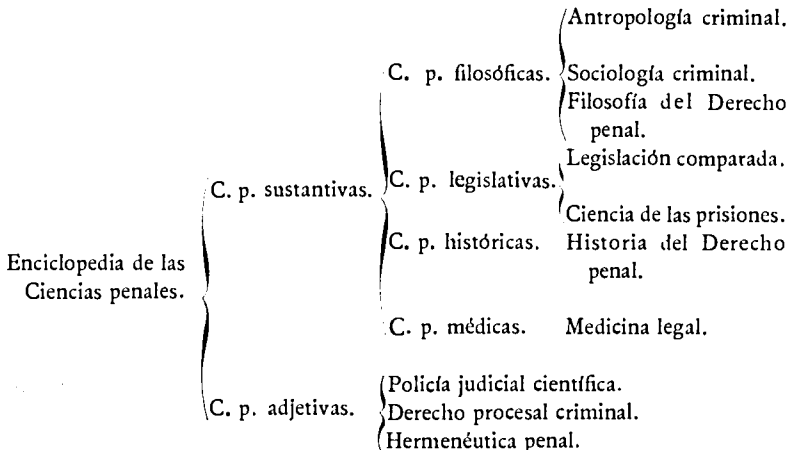
encierran tantas amadas tradiciones. La escuela clásica acertó a fundar los primeros principios, las ideas madres del Derecho penal. Vengan a juxtaponerse a ellas las nuevas adquisiciones de la ciencia. Pero miremos con respeto esos primeros principios, que son el núcleo central, y como el cimiento, y como la argamasa que da trabazón a todo el edificio.

Sea cualquiera la posición en que cada cual se coloque, es menester reconocer en favor de la escuela italiana, en favor de Lombroso, Ferri y Garofalo, que agrandó extraordinariamente el horizonte del Derecho penal y dió tanto vigor a sus estudios, que algunos de ellos pudieron permitirse el lujo de adquirir una especie como de autonomía científica que los constituía en ciencias poco menos que independientes entre sí. La orientación sociológica cristalizó en la llamada Sociología criminal, las investigaciones antropológicas acerca del delincuente recibieron el nombre de antropología criminal, la pedagogía y el derecho represivo se aliaron para penetrar en el campo de la reforma penitenciaria y se habló de la ciencia de las prisiones; y tan denso era el ambiente penal en todos los países cultos, que comenzó con verdadera fiebre la reforma legislativa hasta llegar a adquirir verdadera importancia el estudio de la legislación penal comparada.

De un Derecho penal filosófico-jurídico que se componía de una serie de principios ideales y de preceptos legislativos referentes a los delitos y a las penas, se pasó, pues, ya muy avanzada la segunda mitad del siglo XIX, a una larga serie, a una completa enciclopedia de ciencias penales. Todavía actualmente, Garraud, en su *Traité théorique et pratique du droit pénal français* y Bataglini en un *Programma de una classificazione delle discipline criminali* publicado en la *Rivista penale* de 1915, entienden que el Derecho penal es una parte de las ciencias penales.

He aquí un ensayo de clasificación que podrá servirnos, si ella parece aceptable, para abarcar de una mirada el amplio horizonte de esa enciclopedia:

Enciclopedia de las Ciencias penales



ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

2. Esta manera de concebir el Derecho penal es exhuberante, pero, tiene entre otros inconvenientes, el de construir un Derecho penal demasiado teórico, demasiado alejado de la realidad legislativa. Ya ocurría eso con la concepción clásica del Derecho penal, y Manzini en su *Tratatto di Diritto penale* italiano se lamenta de la que él llama con irreverencia «infección filosófica». Pero, después, la escuela positivista ha dado demasiada importancia a la antropología y a la sociología a costa de lo que realmente es Derecho penal. Este se convirtió, a través de algunos autores, en un producto tan híbrido que ya no se sabía si era un estudio jurídico, o una investigación social, o una materia médica. Niceforo llegó a proponer el siguiente plan de Derecho penal: I. Etiología criminal (estudio de las causas del delito). II. Clínica criminológica (pronóstico de la temibilidad de delincuente). III. Terapéutica criminal (tratamiento aplicable al delincuente en relación con el delito cometido). Es decir: algo sobre lo cual se puede dudar si ha de ser estudiado en una Facultad de Derecho o en una Facultad de Medicina. Se acusó a las Universidades de que, con estas vaguedades y con estas elucubraciones tan teóricas, contribuíamos a dar a la juventud una enseñanza desquiciada de un Derecho penal idealista, falso, artificioso, exento de finalidad práctica, a enorme distancia de la realidad penal viva y efectiva y que educábamos investigadores pero no juristas.

*El plan de
Niceforo*

Se ha dicho: volvamos al Derecho, volvamos a la ley, volvamos al Código. Construyamos todas las teorías que queramos, pero dentro de la legislación vigente. Surja la doctrina del precepto. Esta concepción muy en boga en nuestros días es, en realidad, antigua. Nació en Alemania. Ya en el siglo XVIII, los alemanes, aparte los libros en los cuales exponían teorías filosóficas penales o un derecho penal general, escribían tratados en los cuales presentaban la doctrina sobre la base de la legislación penal vigente en su país. Por ejemplo: Stelzer, *Lehrbuch des deutschen criminal Rechts*, en 1793; Feuerbach, *Lehrbuch des gemeines in Deutschland gulligen peinlichen Rechts*, en 1801, etc., etc. Esta tendencia a nacionalizar el Derecho penal subsistió en Alemania, durante el siglo XIX; por ejemplo: Geib, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, en 1861; Halschener, *Preussisches Strassrecht*, en 1871, etc. En Alemania continúa la tendencia, y el tratado de Liszt, que es reputado por una de las más modernas expresiones del Derecho penal, se titula también *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Esta orientación nacionalista ha pasado a Austria, por ejemplo: Janka, *Das osterreichische Strafrechts*, en 1902; ha pasado a Bélgica, por ejemplo: Haus, *Cours de droit pénal belge*, 1869; se ha extendido a Francia, por ejemplo: Garraud, *Traité theorique et pratique de droit pénal français*; ha penetrado en Italia, por ejemplo: Manzini, *Tratatto di diritto penale italiano*; y ha hecho su aparición en España, por ejemplo: Montes, *Derecho penal español*, no fuese a decirse que íbamos atrasados en la moda.

*Tendencia
nacionalizadora*

Pues bien: esta tendencia nacionalizadora no es siempre defendible.

En el Derecho penal acontece algo muy diferente a lo que ocurre en otras disciplinas jurídicas. En Derecho penal, no precede la ley a la teoría. El progreso ha sido el de las ideas, el de las escuelas y teorías; y el progreso legislativo ha venido y viene lentamente como consecuencia del de la ciencia. Unir la ciencia al código vigente es cohibir y limitar su expansión y su progreso. Aún se explica la tendencia en aquellos países que cuentan con una legislación penal buena y se concibe en Alemania, aunque solo sea por la pretensión del *¡Deutschland über alles!*, que tantas cosas ha explicado en aquel singular país; pero, en otras naciones que poseen una legislación penal deficiente, en España en donde vivimos en 1921 bajo el régimen legislativo de 1848, desarticular la teoría para articularla en los estrechos moldes de un Código arcaico, es como echar vino nuevo en odras viejas, es limitar mezquinamente el horizonte espléndido de los estudios penales.

3. Además, esa tendencia a nacionalizar el Derecho penal tiene otro inconveniente: la teoría, que queda anquilosada en la legislación positiva, hace que no se vea sino el Código vigente; y no hemos salido de los males de la clásica concepción filosófico-jurídica. Aquella inmovilizaba también la doctrina en el principio filosófico eterno. Es decir, de cualquiera manera, se construye un Derecho penal estático. Y, lo que se necesita es un Derecho penal dinámico, que se mueva; no un derecho penal fósil. De aquí la llamada Política criminal.

La Política
criminal

La Política criminal es un Derecho penal dinámico que indaga los principios según los cuales se puede realizar lo que es posible dentro de las circunstancias de tiempo y de lugar; y por esto ha sido llamada «ciencia de posibilidades». Dado un ideal penal, toma de él lo posible, lo realizable. Ha sido definida como «conjunto sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el crimen por medio de la pena y de sus medidas afines».

En nuestros días está muy en boga esta dirección de Política criminal, de la que Liszt ha hecho una especie de escuela. Sin embargo, ha sido discutida esta dirección del Derecho penal. Claro que no debe ser atribuido a Liszt el mérito del descubrimiento. A Romagnosi, precursor en tantas cosas, se atribuye el famoso *Saggio di politica criminale* y el término alemán *kriminalpolitik* lo usaba Kleimschrod el cual sentó, con toda claridad, el alcance de la política criminal cuando se hacía estas dos preguntas: ¿Cómo debe ser ésto? ¿Cómo es? El interesante libro de Bonneville *L'amélioration de la loi criminelle* escrito en 1864, es un verdadero tratado de política criminal. Y en Beccaria y en Bentham hay capítulos enteros de Política criminal. Se ha discutido también la cuestión de fondo. Birkmayer se pregunta: ¿qué queda del Derecho penal? Sin necesidad de la política criminal, el Derecho penal tiende a que el ideal se vaya realizando,

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

porque el Derecho penal no es una utopía; y hay tratadistas, celosos de la integridad del Derecho penal, que no aceptan con calor la política criminal, sino como parte del Derecho penal, sin quebrantar la unidad del Derecho penal. Esta es la posición de Garraud y de Gretener, actualmente.

Garraud, el ilustre profesor de Derecho penal de Lyon, funda la Política criminal más bien en la prevención, en lo que la escuela de Liszt llama «política social», para diferenciarla de política criminal. Terminología de veras caprichosa, porque no parece sino que la política criminal no es social. Dice Liszt que la Política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cuál es el que ha de regir. Pero, en realidad, eso nos lo dice también el Derecho Penal, porque si el Derecho penal no nos revela eso, ¿para qué sirve el Derecho penal, ni qué inútil abstracción significa? O reservamos a la Política criminal (por oposición a la Política general) la función preventiva, o la llamada Política criminal, cabe toda dentro del Derecho penal, en el cual la filosofía nos dará el ideal, la legislación la realidad y la comparación de la legislación con la filosofía, lo que es posible, lo que es realizable.

4. Naturalmente, todos estos cambios de fisonomía han repercutido en la pedagogía penal, en la enseñanza del Derecho penal. En los días presentes, la experimentación no es patrimonio exclusivo de ciencia ninguna. El Derecho penal es también experimental. No basta para él la cátedra; requiere el complemento del laboratorio, del museo; como si digéramos, de la mesa de disección. En todas las Universidades extranjeras ha agrandado sus horizontes y han surgido los certificados de estudios penales en Francia, las escuelas de aplicación jurídico-criminal en Italia, los seminarios en Alemania, los laboratorios y museos criminológicos (así como los especiales de antropología criminal, de policía científica, etcétera), en todas partes. La Unión Internacional de Derecho penal y diversos congresos internacionales, proponen continuamente una renovación en la enseñanza de Derecho penal. En ese periodo de renovación se está en todas partes, menos en España, en donde no se ha concedido a la enseñanza del Derecho penal toda la amplitud e intensidad que merece, y en donde se impone una verdadera cruzada, en la que tome parte la opinión, para que de una vez se renueve totalmente la enseñanza universitaria de las ciencias penales.

*La enseñanza del
Derecho penal:
orientaciones mo-
dernas*

5. Esas alteraciones en la fisonomía del Derecho penal han influido además en el problema final de nuestra ciencia; porque ya no se puede decir, como se decía antes, que el Derecho penal se propone castigar el delito y por consiguiente no se puede decir que el Derecho penal marcha enteramente hacia la expiación, o hacia la intimidación o, ni siquiera, hacia la enmienda cívica. Y, si la criminalidad depende de la inmoralidad del ambiente, el Derecho penal, ¿se propone moralizar, realizar en la vida

*El problema final
del Derecho penal
moderno*

los principios de la ética? El Derecho penal no puede ser inmoral ni, por lo tanto, puede estar en desacuerdo con la ética; pero no puede sustituirla. El código castiga el homicidio, el robo, el incendio, la falsedad, el estupro, ¡no faltaba más sino que no castigase eso!; pero hay una serie de acciones inmorales contra las cuales es impotente el Derecho penal: ingratiudes, deslealtades, incumplimientos de palabras empeñadas, astutas murmuraciones difamadoras, sutiles seducciones: una multitud de acciones que ejecutan esos seres a quienes llamamos canallas, pero no podríamos llamar delincuentes: esos hombres, de quienes profundamente dice Benedikt que «se valen de las formas legales como caballo de batalla para atropellar las formas justas»; esos a quienes Ferriani ha llamado *scaltri e fortunati*, astutos y afortunados, que son como reptiles que resbalan por las márgenes del Código, porque el Código no podrá nunca condensar en fórmulas de sanción efectiva las sutiles perversidades en que ellos son tan diestros. Es que, como ha dicho Manzini, el Derecho penal tiene que limitarse a recoger «el mínimo ético necesario y suficiente para la convivencia social en cada tiempo y en cada pueblo o grupo de pueblos; pero, nada más; y, por lo tanto, el Derecho penal por sí solo no puede ni podrá jamás conseguir la integridad del fin ético de la sociedad. Hay, pues, que afirmar, sobre el Código el Decálogo, sobre el Derecho la Moral, porque en ella está la base de la justicia y la necesaria condición de todo progreso humano.

II

LAS NUEVAS ORIENTACIONES DE LA ANTROPOLOGÍA CRIMINAL

La orientación anatómica y la orientación psicológica en la Antropología criminal moderna.—La nueva concepción del hombre criminal.—La psicología experimental criminal.—El triple examen médico, psicológico y pedagógico del hombre criminal; la finalidad y los medios.—Alusión particular al problema de la responsabilidad de los criminales en sus orientaciones modernas.

El aspecto antropológico del Derecho penal

I. Uno de los aspectos en que se ha visto, y se sigue viendo todavía por muchos, el nervio de las modernas orientaciones penales, es el aspecto antropológico del Derecho penal. La escuela clásica del Derecho penal no concibió la base sociológica. Para esa escuela, el delincuente era el sujeto del delito, uno de los elementos constitutivos de la «realidad ontológica», como la llamaba Carrara, en el que el delito estriba. Por lo tanto, el estudio del delincuente tenía aspecto exclusivamente jurídico, legalista, que podríamos denominar curialesco. El delincuente era interesante para el

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

Derecho penal, y si acaso para la ciencia penitenciaria, en cuanto tomaba alguna participación en los actos del delinquir y extinguía su condena; pero antes de intervenir en la ejecución del crimen, o después de cometido, o de cumplida la pena, el delincuente no lo era para el Derecho penal, ni ofrecía ninguna especie de interés para su estudio. Pero en 1876 aparece el famoso libro de César Lombroso, *L'uomo delinquente*, y en él la afirmación peregrina del «delincuente nato» del tipo antropológico del hombre delincuente, y se produjo una honda conmoción en el mundo de la ciencia penal. Lombroso no es del todo original. Sin necesidad de acudir a Autonini, autor de la monografía *I precursori di Lombroso*, hallaríamos importantes antecedentes de su tesis en la evolución de las ideas y de las doctrinas, incluso en nuestra España. Pero es evidente que las ideas de Burjasot, de Gilabert, de Huarte y de tantos otros, como las de Pinel, Morel, Despine, Nicholsons, Maudsley y los demás precursores, cayeron en un campo que todavía no estaba abonado para que germinasen. El terreno fué abonado, principalmente por el positivismo filosófico y por el evolucionismo darwiniano, sin el cual no podríamos explicarnos a Lombroso. Las especies vivas proceden unas de otras por evolución. Se ve cómo ha ido evolucionando el cráneo, por ejemplo, desde cualquier



viviente hasta el mono, y desde éste (si el mono es el antecedente del hombre) hasta el sér humano. Pero si por cualquier causa ha habido un estacionamiento o un salto atávico, ello producirá un cráneo de hombre especial, en el que el prognatismo alvéolo-subnasal, o maxilar inferior, o las asimetrías faciales, o las irregularidades en las suturas, etc., significarán otros tantos estigmas de ese atavismo. En esto se funda Lombroso. Leyéndole y leyendo el prólogo que Letorneau puso a la traducción francesa de *L'uomo delinquente*, prólogo que es clásico en materia de antropología criminal positivista, se comprende el alcance de la hipótesis lombrosiana. El verdadero criminal, según ella, es el «delincuente nato» atávico, loco moral, epiléptico larvado, que constituye, como dijo Quatrefages, «una variedad antropológica dentro de la especie humana» caracterizada por una serie de estigmas, incluso de constitución anatómica; del mismo modo, por ejemplo, que una víbora constituye una variedad zoológica, dentro de los reptiles, con una configuración especial. Este tipo biológico, denominado «delincuente nato», ofrece diversas anomalías y asimetrías craneanas y faciales, frecuente prognatismo, gran relieve de los arcos su-

perciliares, extremada capacidad orbitaria, pómulos salientes, desarrollo excesivo del mandibular inferior, orejas pegadas en forma de asa, anomalías distintas en el pabellón de la oreja, en la nariz y en el sistema dentario, mucha capacidad torácica, braza excesiva, etc., etc. Es decir, que se trata de un tipo anatómico especial.

La escuela de Lombroso Lombroso formó escuela, y constituyeron legión sus discípulos y comentaristas. Surgió pujante la antropología criminal con los libros, las revistas, los congresos internacionales y las sociedades científicas.

Pero era muy honda la revolución que en la ciencia producía Lombroso. Era muy singular su tesis del «delincuente nato» con estigmas, incluso de constitución anatómica peculiar. Admitida esa tesis, resultaba demolido el libre albedrío de la voluntad humana, y había que orientar de un modo diferente todo el problema de la responsabilidad penal y toda la reforma penitenciaria. A los incondicionales de Lombroso siguieron los comentaristas, los críticos, los denegadores. Tan intensa labor crítica descubrió en Lombroso no pocos puntos vulnerables. En primer término se veía que Lombroso concedía una importancia que era excesiva a los estigmas anatómicos, con mengua del aspecto psicológico del hombre delincuente. El propio Ferri, en *I nuovi orizzonti*, reconocía ya que Lombroso exageraba la significación de los estigmas craneanos de la criminalidad. En segundo lugar, un tipo anatómico de hombre delincuente, sólo puede deducirse por contraste, por comparación con el tipo anatómico del hombre normal y honrado. Conocido este tipo anatómico, todo tipo que de él se aparte podrá ser denominado «tipo anatómico delincuente». Pero la ciencia no puede determinar cuál es precisamente el tipo anatómico del hombre normal y honrado; de manera, que falta término de comparación para deducir el tipo del criminal. En tercer lugar, no tardó en notarse que el andamiaje de que aparecía revestida la investigación lombrosiana era poco resistente, porque Lombroso apoyaba sus asertos en datos numéricos, insuficientes y a veces escasos, considerando como estigmas de criminalidad algunos que decía haber encontrado en la proporción del 65 y aun del 45 por 100; y, por ejemplo, considera como estigma de criminalidad importantísimo la famosa fosita occipital media o verminosa, que solamente halló en el 16 por 100 de los cráneos examinados; de modo, que Lombroso contrariaba el gran principio que Littré formulaba ingeniosamente diciendo que: «la fuerza de la máquina de la inducción depende del caudal de hechos acumulados como combustible en la caldera». En cuarto término se apreciaba una gran inconstancia en la tesis de Lombroso, el cual empezó por no reconocer sino un solo tipo anatómico de delincuente, el del delincuente nato, y más tarde, en los debates promovidos en el Congreso internacional de Antropología criminal de París, de 1889, se avino a admitir la existencia de tres tipos anatómicos diferentes de criminales: el de los asesinos, el de los ladrones y el de los estafadores. En último lugar, y dejando a un lado otros muchos significativos reparos,

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

se veían no pocas importantes contradicciones entre los datos encontrados en los delincuentes por Lombroso y los registrados por sus discípulos y continuadores como Marro, Virgilio, Dallemagne, Bordier, etc.

Mientras que la crítica iba anotando todos estos reparos, otras direcciones de la Antropología criminal se consolidaban para quitar transcendencia a la hipótesis lombrosiana. Alimena, el jefe del eclecticismo penal, que en Italia ha recibido el nombre de *terza scuola*, no afirmaba el tipo criminal nato sino solamente «la predisposición al tipo» adquirida por el influjo de la vida en la prisión; Gabriel Tarde se inclinaba a admitir un «tipo psicológico» más bien que anatómico, y Liszt hablaba de un «tipo profesional» semejante al tipo del místico, del militar, del artista, del crapuloso; tipo, en cierto modo, fisionómico; porque ya Lavater había notado que un gesto fisionómico correspondiente a un estado emotivo que se repite frecuentemente, tiende a perpetuarse.

La «tercera escuela»

Pero en tanto que la marcha de las ideas iba dando de sí todos estos resultados, acontecía que iban tomando cuerpo los estudios psicológicos en un sentido experimental e iban penetrando en la criminalología; de manera, que al comenzar el siglo XX podía decirse que la teoría lombrosiana estaba en evidente crisis en la ciencia. No era la anatomía lo principal en el delincuente, sino la psicología. Frente a la concepción anatómica se alzaba la concepción psicológica del hombre criminal.

2. En la hora presente triunfa la concepción psicológica sobre la anatómica. Ello se ve claro en el tratado de Sommer *Kriminalpsychologie und Strafrechtliche Psychopathologie auf Naturwissenschaftlicher Grundlage* (Leipzig, 1904). En la propia *Antropologia criminale* de Mario Carrara, el sucesor en Turín de César Lombroso, se nota también el relieve que tiene la concepción psicológica. La Psiquiatría ha avanzado tanto desde 1876, que ya se ha visto que los que Lombroso consideraba como estigmas anatómicos del crimen, no son sino estigmas degenerativos, de esos que se encuentran con tanta abundancia en los manicomios. De modo, que puede decirse que el criminal ofrece a veces estigmas degenerativos como puede ofrecer síntomas clínicos de cardiopatías, de gastralgias o de tuberculosis, sin que ello quiera decir que la presencia, por ejemplo, en la espectoración de ciertos delincuentes del bacilo de Koch sea un estigma de criminalidad. Es decir, que hay estigmas lombrosianos en los hombres criminales que son degenerados además de criminales, y, por lo tanto, que la principal anomalía que hay que investigar en el delincuente es la de su temperamento, la de su carácter, la de su personalidad psicológica, en una palabra.

Triunfo de la concepción psicológica

3. Y es que se hablaba tanto y tan exclusivamente del cráneo, de la anatomía, de la materia, que el alma reclamó su derecho a que no se prescindiere de ella, y se presentó a los ojos de los investigadores hasta en los laboratorios y, como si dijésemos, en las mesas de disección.

La psicología clásica y la experimental

En efecto, el espíritu puede ser estudiado también experimentalmente. Hay dos psicologías distintas: una es la psicología clásica, tradicional, que estudia el alma humana en general y sus facultades y propiedades; y otra es la psicología experimental, que investiga el funcionamiento peculiar del alma humana en cada sujeto. A la primera le va muy bien el silogismo, pero la segunda requiere la observación del sujeto, la experimentación. Esta segunda psicología, que empezó con aquellas indagaciones relativas a la llamada «ley psico-física de Fechsner» y que luego siguió con Wundt un camino exageradamente fisiológico, es hoy, con Binet en el libro *L'ame et le corps*, una ciencia de fondo espiritualista, enteramente formada y que posee una técnica especial, en la que tanto han laborado, entre otros muchos, Pierron, Toulouse y Vaschide, coautores del excelente libro *Téchnique de psychologie expérimentale; examen des sujets*. Hoy se pueden apreciar en cualidad y cantidad, y por consiguiente se pueden medir los diferentes procesos psíquicos del sujeto, y eso es lo que se hace en todos los laboratorios de psicología experimental. Pero eso no ha sido aplicado todavía íntegramente al examen de los hombres criminales. En las últimas ediciones de *L'uomo delinquente*, Lombroso recogió, de un modo incompleto, algunos datos, principalmente relativos a la medición de ciertos procesos sensoriales del criminal; y lo mismo Lombroso que sus continuadores y discípulos se entretienen en una serie de vaguedades referentes a la inteligencia, astucia, vanidad, imprevisión y otras características psicológicas de los delincuentes.

Pero eso no es lo que se necesita. Si verdaderamente es de importancia en el estudio del hombre criminal el examen de su psicología, interesa aplicar a la observación de los criminales la totalidad de los procedimientos inductivos de que se vale la psicología experimental. Hay, pues, que ir derechamente a una completa psicología experimental criminal que, mediante la medición de los diferentes procesos psíquicos, conduzca a la reconstitución del carácter psíquico del delincuente.

Métodos y finalidad de la experimentación psicológica

4. Importa averiguar la índole del temperamento y del carácter para poder reconstituir la integridad de la personalidad psicológica del hombre criminal, porque ello nos dará la clave de su temibilidad y del tratamiento penal que ha de serle aplicable. Esta es la finalidad importantísima que ha de tener el examen; y para eso el examen debe ser hecho desde el triple punto de vista médico, psicológico, pedagógico.

He aquí cómo debe procederse: En primer término deben recogerse todos los datos relativos a antecedentes personales y de familia, antecedentes de todo género, incluso los antecedentes clínicos (neuropáticos principalmente) y penales. En seguida debe procederse al examen anatómico y médico del sujeto para determinar concretamente el estado de su salud. A continuación, valiéndose de la técnica de psicología experimental, debe acometerse la tarea de la medición de los diversos procesos

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

psíquicos, desde los sensoriales más rudimentarios hasta los procesos afectivos y volitivos más complejos. Después debe procederse al examen pedagógico del sujeto que nos dé idea del grado de su instrucción y educación. Y, en último término, sobre esta triple base y con las luces de todos estos resultados, debe procederse a la síntesis del temperamento y del carácter, es decir, de la personalidad psíquica del sujeto.

5. Esto que debería hacerse siempre que se intenta el estudio del hombre criminal y que también debería hacerse siempre que se trata de castigarle, no se hace sino en muy contados casos. En los tribunales no se hace (y cuando se hace, no se procede siempre enteramente del modo que se acaba de indicar) sino cuando es propuesto por las partes, cuando el juez duda de la integridad de las facultades mentales del procesado. Ante todo, es menester que se tenga presente que el concepto corriente en los tribunales de justicia, impuesto por las viejas concepciones de los códigos penales, acerca de la llamada locura, es muy singular, porque para la justicia histórica no suele considerarse como loco sino al «loco de teatro», como ha dicho ingeniosamente Tardieu. Pero el término «locura» es muy general y abraza muchas enfermedades que hacen del que las padece un irresponsable. Tan restringido es el concepto «procesal» de la locura, que se declara plenamente responsable al que ha obrado en un «intervalo de razón», sin tener en cuenta la gran desconfianza que clínicamente deben producir los llamados intervalos lúcidos, porque con fundamento se dice que el tuberculoso no lo está solamente cuando tose.

Además, el criterio legalista acerca del problema de la responsabilidad en sus relaciones con el funcionamiento del psiquismo, es, como ahora se dice, de lo más simplista que puede darse. Todo se reduce a un sencillo dilema: o el procesado está loco, «loco de teatro» y es irresponsable y queda exento de pena, o no está loco, al menos con esa locura teatral, y entonces es plenamente responsable y se va a la cárcel. Pues bien: desde hace tiempo, pero singularmente desde 1904, en que lo discutió con todo detenimiento la *Société générale des prisons* de Francia, se ha debatido una interesante cuestión criminológica: la del tratamiento aplicable a los delinquentes «de responsabilidad limitada». Entre los hombres enteramente normales y los hombres enteramente anormales, se habla de una complicada y difusa gama de semi-anormales, de semi-responsables. Ya Maudsley, en sus estudios sobre el crimen y la enfermedad, nos había hablado de lo que él llamaba «zona media». Recientemente, ha desenvuelto y modernizado la idea Grasset, para el cual la responsabilidad es no sólo un problema moral y jurídico, sino además un problema médico. Él nos habla de la *responsabilité médicale*. La concepción de Grasset del *demi-fou*, del *demi-responsable*, es sencilla, porque para Grasset, entre los hombres que tienen sus neuronas psíquicas enteramente sanas y los hombres que las tienen profundamente enfermas, hay una serie de sujetos que tienen las neuronas

*El criterio
legalista*

*Orientaciones
modernas*

psíquicas parcial y funcionalmente alteradas. Es verdad que en el actual momento la concepción del semi-responsable no es unánimemente aceptada, pero tampoco es, ni mucho menos, unánimemente desechada. De suerte que queda en pie el problema penitenciario que de aquí deriva.

Cuando la cuestión fué discutida en la *Société générale des prisons* de Francia, intervinieron en el debate Prins, Van Hammel y Von Litz, y prevaleció un criterio sencillo: el de reservar el manicomio para los delincentes plenamente irresponsables, la prisión para los enteramente responsables y un tratamiento especial semi-clínico, semi-penitenciario, en establecimientos *ad hoc*, para los semi-responsables, para los semi-locos de Grasset. Y, este es también el criterio adoptado por los anteproyectos de Código penal, los cuales, como se verá en la conferencia siguiente, dictan un tratamiento especial para los delincentes de responsabilidad limitada.

Sin embargo, esta solución tan razonable no es fácil de adoptar con el viejo criterio de los códigos penales clásicos, como por ejemplo el español, que no distingue sino entre cuerdos y locos, reservando el manicomio para éstos y condenando a aquéllos al presidio. Se dirá que cabe una solución perfectamente legal: la de aplicar el número 1 del artículo 9 y considerar al semiloco como incurso en una circunstancia eximente incompleta de locura, es decir, en una atenuante del número 1 del artículo 9. Pero como esta solución es deficiente, porque sólo consiente una atenuación en el castigo, pero al fin es un castigo puramente lo que se impone al semiloco, la jurisprudencia decide que el semiloco no sea favorecido con circunstancia ninguna modificativa, o sea por interpretación benigna incluido como loco en el número 1 del artículo 8.º: al manicomio o al presidio. Dos soluciones igualmente injustas.

Conclusión

El grado de responsabilidad del delincuente no puede ser deducido con certeza en ningún caso, sino de un detenido examen médico-psíquico-pedagógico. Debería siempre, no sólo cuando se solicite por las partes o cuando lo acuerde el juez, sino siempre, procederse a ese triple examen, como diligencia inexcusable del enjuiciamiento. Porque sólo se practica excepcionalmente, es por lo que escapan al tratamiento oportuno no pocos anormales de difícil diagnóstico, no pocos semilocos embozados, y por lo que en los presidios hay muchos hombres que no deberían estar en ellos. Y eso es algo más que una cuestión de interpretación y de curia: es una triste cuestión de equidad, de justicia, y hasta de caridad cristiana.

III

LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD EN
EL DERECHO PENAL NUEVO

1. *La nueva concepción de la pena; criterios cardinales en que se funda.*—
2. *La protesta contra las cortas penas privativas de libertad.*—
3. *La condicionalidad y la indeterminación en la pena moderna.*—
4. *La pena y la medida de seguridad en el nuevo Derecho Penal.*—
5. *Las nuevas concepciones penitenciarias.*—
6. *El Código y la Sociedad en la lucha contra el delito.*

1. Una de las instituciones del Derecho Penal que más ha evolucionado es la pena. Claro es que subsiste no poco de aquella vieja concepción de Grocio: mal de pasión infligido por un mal de acción; claro es que todavía subsiste, como pena-tipo, la reclusión «que tiende a hacer inofensivo al reo por el procedimiento de la llave y el cerrojo» según la pintoresca expresión de Röder; pero, es evidente que el espíritu de las diversas escuelas filosóficas que se han sucedido en la ciencia penal ha impreso profundas modificaciones en la idea de la pena. Los venerables partidarios de la expiación y de la intimidación la definían como un mal o como un escarmiento y formulaban aquellos conceptos de los cuales Aramburu decía que le parecían enunciados por un congreso de presidiarios. Después, la escuela correccionalista concibió la pena como un medio de enmienda moral, como un tratamiento reformador. Luego, la escuela positivista italiana que nos ha hablado de un criminal nato incorregible, nos ha hablado, por boca de Garofalo, de eliminar, de segregar. Y, la Unión Internacional de Derecho Penal, no poco al margen de la controversia de las escuelas filosófico-penales, ha afirmado que la pena es un acto de defensa social mediante la intimidación, o la corrección, o la segregación, según los casos. Y, en efecto, no se puede juzgar de la naturaleza de la pena con criterios exclusivistas. La pena es un poliedro y cada una de sus caras significa una finalidad distinta. Es intimidativa predominantemente, unas veces; correctora, otras; y puede ser, a veces, incluso un tratamiento pedagógico o clínico.

*Evolución del
concepto de la pena*

Antes, la pena era el único medio de luchar contra el delito; pero, para el Derecho Penal moderno, es uno de tantos medios de lucha; y si en la delincuencia hay un aspecto interesante que la constituye en un fenómeno social, en un estado morbosos de la sociedad, como diría Tarde, junto a la pena estarán los medios preventivos, de higiene social, para aminorar el incremento de la criminalidad. Interesa prevenir, antes que

*La pena en el
Derecho Penal mo-
derno*

reprimir; y cabe aspirar a que, en la lucha contra el delito, la pena sea la *ultima ratio*. Beccaria, y después Bentham, ya lo comprendieron así y, antes que ellos, el gran Luis Vives. Sobre todo, lo ha sistematizado con primor, en los comienzos de la escuela positivista italiana, Enrique Ferri, autor de la teoría de los *sostitutivi penali*, como él los llama. Dos grandes fases ha tenido la idea de la prevención en el Derecho penal: se castiga para intimidar, para escarmentar, para prevenir, es decir, se previene castigando (*spezialprävention*, según los penalistas alemanes); se previene mediante una compleja acción social de saneamiento para evitar tener que castigar (*generalprävention*).

El Derecho preventivo

Ha surgido así todo el Derecho preventivo, con tal pujanza, que ha podido decir Dorado Montero, que ese sería el Derecho penal del porvenir; derecho preventivo que comprende, entre otras muchas cosas, la lucha contra la infancia moralmente abandonada y discolpa, la lucha contra el alcoholismo, la lucha contra la miseria y la vagancia, la complicada policía de las costumbres, etc. Se ha llegado, en el afán preventivo, hasta los últimos límites; para evitar los peligros de una herencia fisiológica criminal, se ha preconizado en Norteamérica la esterilización, la asexualización de ciertos delincuentes, medida sancionada en Indiana en 1907 y aceptada por otros Estados de aquella gran confederación, pero que no ha prosperado, hasta ahora, en Europa, porque naufragó en el Congreso de Antropología criminal de Colonia de 1911; si bien empieza a aceptarse algo parecido, ya que el último anteproyecto de código penal general suizo prescribe que se proceda al aborto en ciertos casos.

La decadencia de la pena

Se comprenderá, pues, que en la ciencia penal moderna haya disminuído la importancia de la pena y se haya incluso discutido su eficacia. Ferri considera que es insuficiente; Listz opina que es, en muchas ocasiones, medio incierto y peligroso y aboga por los medios preventivos; Garraud sostiene que no es el medio más eficaz; Tarde ha escrito que hay una «criminalidad de lujo» (incendios, atentados al pudor, etc.), para la cual es intimidativa la pena y otra «criminalidad necesaria» (robo por hambre, etcétera), para la que es mejor la prevención. No nos extrañemos, por lo tanto, de que Carnevale haya escrito en su *Critica penale*, un capítulo sobre la decadencia de la pena.

Fundamentos de la protesta contra las penas cortas privativas de libertad

2. Lo indudable es que en el Derecho Penal moderno, la pena ha ido sufriendo diversas recortaduras y embestidas. La primera embestida ha estado en la protesta contra las cortas penas privativas de libertad. Ya en la primera mitad del siglo XIX se protestaba contra ellas. Mas adelante, el Congreso internacional penitenciario de Roma formuló en 1885 la protesta que repitió en 1889 la Unión Internacional de Derecho penal en su sesión de Bruselas. Después, la protesta ha sido constante y unánime en el Derecho Penal. Se ha convenido en que las cortas penas privativas de libertad amargan inútilmente a los delincuentes primarios y no intimidan

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

a los reincidentes. Si la pena corta no se cumple en una prisión celular sino en una cárcel de hacinamiento, esa corta pena no sirve sino para contaminar al condenado por primera vez mediante su convivencia con los delincuentes endurecidos. Son penas que sólo sirven para convertir hombres honrados o corregibles en delincuentes habituales. Se teme la deshonra de haber estado en la cárcel; pero si esa infamia ha caído sobre el hombre, deshonrado ya, con el estigma ya, ¿qué le importa volver a delinquir?

Ante la unanimidad de la protesta, en el Derecho Penal moderno, se han propuesto diversos sustitutivos de esas cortas penas privativas de libertad. Se ha propuesto: 1) la prestación de trabajo sin reclusión; 2) la caución de buena conducta prestada por el delincuente bajo fianza (frecuente en Inglaterra y ya en Nueva York); 3) la represión judicial; 4) el arresto domiciliario; 5) el perdón judicial en casos leves, admitido por los anteproyectos austriaco y suizo, para menores, y por el alemán más ampliamente.

Sustitutivos propuestos contra dichas penas

3. Otra recortadura ha sufrido la pena moderna: su condicionalidad, lo cual ha dado origen a la condena condicional. Significa la condena condicional la suspensión de la pena pendiente de la condición de que el culpable no ha de volver a delinquir. Esta institución de la condena condicional es más perfecta según el sistema norteamericano que según el europeo, porque allí va unida a otra institución, la del *probation officer*, que no figura en el viejo continente con el esmero yankee. Sin embargo, el art. 41 del anteproyecto suizo, autoriza al tribunal para que decrete que el remitido sea sometido a los auspicios de un patronato y observe ciertas reglas de conducta; y el art. 52 del anteproyecto austriaco del Gobierno dispone un periodo de prueba que puede dejar sin efecto el beneficio de condena condicional.

La condena condicional

El Derecho penal nuevo entiende que la pena no debe ser predeterminada en la sentencia, al menos en lo que se refiere a su duración. Ya lo entendía así el correccionalismo, para el cual una vez lograda la enmienda del culpable, es abusivo cuanto se le siga imponiendo del castigo. En los Estados Unidos se dijo: «Las sentencias fijas deben ser reemplazadas por las sentencias indeterminadas». Y el tema se ha discutido en todos los Congresos y últimamente en el internacional penitenciario de Washington de 1910 y en el de Antropología criminal de Colonia de 1911.

La sentencia indeterminada

Hay dos modos de entender las sentencias indeterminadas. Hay una manera relativa, según la cual se fija en la sentencia un máximo y un mínimo; antes de éste no puede ser liberado el culpable; después de aquél no puede ser retenido. Van Hammel y Garraud defienden este criterio relativo, en el que ven una mayor garantía contra el abuso. Pero hay otra manera absoluta de entender las sentencias indeterminadas, según la cual el tribunal pronuncia tan sólo el género de pena aplicable, no la

Sus dos modalidades

duración de ella, que queda encomendada a la administración penitenciaria. Entre los escasos partidarios de este criterio absoluto figura Kraepelin en su monografía *Die Abschaffung des Strafmasses*.

El Derecho penal norteamericano ha entrado fácil y generalmente por el camino de la indeterminación de las sentencias, para las cuales ha sido más refractario el derecho europeo, porque no ha aplicado francamente el sistema sino a las medidas de seguridad.

Distinción fundamental entre la pena y la medida de seguridad

4. He aquí otra recortadura de la pena, en el nuevo Derecho Penal. Característica principalísima de los sistemas de penalidad de los anteproyectos es la existencia, al lado de la pena, de la llamada medida de seguridad. No resulta muy clara la distinción fundamental entre pena y medida de seguridad. La medida de seguridad circunscribe la esfera de la pena propiamente dicha. La medida de seguridad tiene una finalidad especial que estriba en proteger singularmente a la sociedad de determinados sujetos, particularmente peligrosos o excepcionalmente dignos de protección. De suerte, que la pena es necesariamente consecuencia del delito y la medida de seguridad puede no serlo (por ejemplo, en la mayor parte de los casos de protección de menores de edad); así es, que mientras que la pena tiene un sentido retributivo, la medida de seguridad no tiene precisamente ese carácter. Listz ha dicho que las medidas de seguridad procuran la adaptación de los individuos a la sociedad o el aislamiento de los incapaces de adaptación; y Stoos entiende que la pena se encamina al sufrimiento, y la medida no. Conti nos ha hablado correlativamente de pena y «suplemento penal».

Variación de estas medidas, según los delincuentes

Estas medidas de seguridad son variadas. Figuran, entre ellas, el internamiento de delincuentes locos, de alienados peligrosos y de alienados parciales en establecimientos especiales; el de delincuentes ébrios y alcoholizados en asilos para bebedores y el de vagos y mendigos en casas de trabajo. En el anteproyecto suízo está además la custodia de delincuentes profesionales y en el austriaco de ciertos delincuentes reincidentes.

Delincuentes locos

Ante todo, medidas de seguridad para delincuentes locos. Ya no es de hoy la cuestión de los manicomios judiciales, de los que posee dos Inglaterra y varios, muy perfeccionados, Norteamérica.

Semiresponsables

Además, medidas de seguridad contra delincuentes semiresponsables. Para ellos propone Prins asilos especiales, Aschaffenburg (en *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*), instituciones intermedias entre manicomios y casas de trabajo y Grasset pena atenuada y a continuación internado en casa de salud especial. Los anteproyectos suelen combinar también ambas cosas. Principio fundamental de esta medida de seguridad es la duración indeterminada.

Ebrios y alcoholizados

También medidas de seguridad contra delincuentes ébrios y alcoholizados. Se prescriben los asilos para bebedores habituales que se propusieron en diversos Congresos y que últimamente preconizó el de Was-

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

hington. En Inglaterra, por ejemplo, hay ya numerosas instituciones de esta clase. La idea ha pasado al terreno de la legislación y el anteproyecto suizo, y de manera semejante el alemán, faculta al juez para que después de la pena ordene la colocación del alcoholizado en asilo para bebedores.

Igualmente, medidas de seguridad contra vagos y mendigos. Antiguamente se les conminaba con azotes y mutilaciones. Ahora, se prescribe la asistencia y protección para los que los son accidentalmente y para los inválidos, y el internado prolongado en casas de trabajo forzoso para los profesionales. En Bélgica hay depósitos de mendicidad y el art. 42 del anteproyecto alemán, y de modo semejante el anteproyecto suizo, faculta al tribunal, cuando el delito es consecuencia de una conducta disoluta o de la holgazanería, a imponer, además de la pena o en su lugar, el internado en una casa de trabajo hasta tres años.

Vagos y mendigos

En fin, medidas de seguridad contra delincuentes reincidentes y habituales. El problema de la lucha contra la reincidencia es capital. Será difícil ir contra la delincuencia pasional y aun contra la ocasional; pero puede y debe aminorarse la reincidencia. Debe pensarse seriamente en la reincidencia, sobre todo por el estado peligroso que ella entraña. Ese es el criterio moderno. La legislación penal norteamericana pide la reclusión perpetua después de cierto número de reincidencias. El código penal noruego, en su art. 65, decreta la continuación del reincidente, después de cumplida su condena, en reclusión indefinida que no exceda de 15 años. Parecido criterio es el de la legislación inglesa y el anteproyecto suizo prescribe la relegación indefinida, temporal o perpetua, en establecimientos especiales.

*Reincidentes
y habituales*

En la penúltima lección del presente curso breve, se expondrán las medidas de seguridad aplicables a los menores de edad.

5. Naturalmente, esta especialización de tratamientos penales supone una transformación muy interesante del régimen penitenciario. En materia de sistemas penitenciarios se vivió hasta el siglo XIX en una confusión muy semejante al caos primitivo de que nos habla la cosmogonía. Ese caos está pintado con excelentes colores en aquella curiosísima *Relación de la cárcel de Sevilla* que escribió Chaves. Después de Howard y de Bentham, ya en el siglo pasado, en plena marcha la reforma de las prisiones, surgieron los clásicos sistemas que todo el mundo conoce, de Filadelfia, de Auburn, de Crofton. Hoy estamos bajo el imperio de los reformatorios norteamericanos. Los hay para hombres y para mujeres. Los condenados son clasificados en grupos, desde el punto de vista del delito, del grado de instrucción, de la religión que profesan y se les da también una organización militar. Los criterios cardinales del régimen están en el sistema progresivo, en la indeterminación de la duración de la sentencia y en la libertad *on parole*, sobre palabra, por vía de recompensa. Como se le somete al condenado a un tratamiento integral que es penitenciario, pero

*Transformación
histórica del régi-
men penitenciario*

*Idea de los refor-
matorios norte-
americanos*

que es también higiénico, industrial, agrícola y hasta de cultura artística, el reformatorio no tiene tanto el aspecto de una penitenciaría como el de una granja, una fábrica, un internado, con edificios independientes dentro del mismo recinto, con jardines, con talleres, con gimnasio. Y claro es que el personal penitenciario necesita de una aptitud especialísima, en la cual quizás es más que la instrucción técnica, la vocación y la voluntad. Verdad es que eso fué siempre lo importante en el tratamiento de los presidiarios. El inolvidable coronel Montesinos, cuya memoria es singularmente venerable en Valencia, no hubiese dado cima a su empresa admirable en el presidio de San Agustín si no hubiera poseído las admirables dotes de carácter que le adornaban. Désele a un general mucha táctica, pero si carece de carácter, no logrará la victoria. Désele a un artista mucha técnica, pero que no tenga corazón, que no esté inspirado, y sus obras no serán artísticas.

*Importancia de la
asistencia social
en esta lucha*

6. Uno de los motivos en los cuales se podría basar la decadencia de la pena, está en el aspecto moderno de la lucha contra el delito, en la cual más puede y debe hacer la Sociedad que los mismos Tribunales de justicia. En la moderna lucha contra el delito es más la iniciativa social que la oficial. Se requiere indispensablemente la asistencia social, la organización de la sociedad por medio del patronato. Es el patronato penal el fenómeno más importante que en la época presente ofrece el Derecho penal. Patronato en las prisiones para la instrucción de los reclusos (conferencias, donativos para bibliotecas, etc.), para su educación moral (visitas, asistencia religiosa), para la protección de su salud (inspección higiénica, socorros diversos para los enfermos). Patronato penal fuera de la prisión para los liberados de ellas y para las familias de los reclusos. Patronato preventivo para la organización de campañas antialcohólicas, de moralización de costumbres y espectáculos públicos, de tutelación de la miseria y de la vagancia, de protección de menores abandonados y de las jóvenes obreras, etc., etc. Patronato en el cual debe tener importante intervención, no sólo el filántropo, sino también el sacerdote, el médico, el maestro; y lugar preeminente la mujer. Este es el patronato en todas partes. Pero ¿lo es también en España? La ley ha creado las juntas locales de patronato, pero esas juntas formadas por personas de significación oficial pero que no están especializadas en el problema penitenciario, esas juntas que no disponen de fondos, no tienen otra existencia, si acaso, que la mezquina vida de los libros de actas en las que no hay otro acuerdo concluyente que el de la aprobación del acta de la sesión anterior. La ley ha creado también las Juntas de libertad condicional y ha ordenado que ellas estimulen la organización de sociedades de patronato; pero, eso ni ha bastado ni basta.

*Su vida ficticia
en España*

Y se impone urgentemente que en España, al igual de todos los pueblos cultos, la Sociedad se organice frente a la criminalidad; porque se

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

necesita una intensa e incesante labor social de saneamiento y de purificación del ambiente. No se pueden desconocer las que Paul Adam llamaba «responsabilidades de la atmósfera». Para reprimir el delito, no bastan los Tribunales.

IV

LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE LOS NUEVOS CÓDIGOS PENALES

1. *Los códigos viejos, los códigos nuevos y los anteproyectos recientes.*—2. *El criterio moderno sobre arbitrio judicial en materia penal.*—3. *La nueva medida penal.*—4. *El sistema de las penas paralelas del código noruego.*—5. *El sistema de la individualización según lo que es, lo que será y lo que debería ser en los códigos penales.*

1. Es imposible conocer a fondo el Derecho penal, sin saber la legislación comparada. Débese a la Unión Internacional de Derecho Penal el haberse hecho cargo principalmente de esta necesidad y a la obra de Liszt *Die Strafgesetzgebund der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, el que podamos contemplar esa legislación comparada, en su conjunto. La reforma de la legislación penal española, si ha de estar bien inspirada, requiere también ese previo conocimiento. Pero en España se ha sabido, hasta ahora, muy poco de legislación extranjera, de la cual no se ha tenido mejor noticia que la que nos han suministrado las acotaciones, harto trasnochadas ya, de Pacheco y Groizard y la colección de códigos inordenada y escueta de García Moreno. Hay que poner algún orden en la exposición de la legislación extranjera. Falta aún en las obras clásicas de Liszt, Foitnisky y van Svinderen. Es lo que se propone, aunque muy en resumen y eligiendo tan sólo puntos de vista cardinales, la presente conferencia.

Necesidad de conocer la legislación comparada

En el Derecho penal, como en todo en la vida, hay códigos viejos y códigos nuevos. Hay códigos que representan el pasado, los hay que encarnan el presente y hay también proyectos que pretenden anunciar el porvenir.

Al empezar el siglo XIX, el perfeccionamiento del organismo del Estado y la delimitación de sus poderes, la mayor complicación de la vida social, la diferenciación de las diversas ramas jurídicas y la emancipación del Derecho Penal, inaugurada por Beccaria y por Bentham y consolidada por Romagnossi y por Feuerbach, eran ya hechos consumados o en vías de completa sazón. De manera que fué, consiguientemente, un hecho en ese siglo, la codificación penal. Podría decirse que en seguida nos ofrece

La codificación penal

Sus dos ramas dos ramas distintas la codificación penal: la rama latina y la rama germana, aunque ésta notablemente influida por aquélla. Es que Francia fué, y ha seguido siéndolo mucho tiempo después, un foco que lo iluminó todo; la Revolución francesa conmovió todos los cimientos en todas partes y hasta en el orden político internacional se sintió el influjo de Francia, porque a virtud de las guerras napoleónicas se organizó en Viena toda la política europea.

Influencia del Código penal francés de 1810 De modo que el Código penal francés de 1810 tuvo un influjo enorme en la evolución legislativa penal. Significaba ese código el principio del apriorismo y el sistema de la medida penal tasada. Entronizaba la división tripartita de las acciones punibles, la asimilación de la frustración y de la consumación en el crimen, el criterio del discernimiento en materia de responsabilidad por edad.

El Código penal napolitano de 1819 Hijo de este código fué el Código penal napolitano de 1819, consecuencia de las iniciativas del Gobierno de las Dos Sicilias de reformar la legislación penal, y obra del grande penalista Nicolini; grande, sí, considerado el espíritu jurídico-penal de su tiempo; pero demasiado curialesco, juzgado con un criterio más moderno. Es verdad que ese código distingue la frustración de la consumación, desenvuelve bien la teoría legal de la complicidad y regula con mayor primor toda la materia penal, pero fundamentalmente no discrepa del código francés; de manera que se puede decir que es un código francés de 1810, más completo, más corregido, más perfeccionado; y, por lo mismo, más apriorístico y más esclavo de la medida penal tasada.

La legislación penal que forman ambos códigos, sin duda que satisfacía a Rossi y a Berner, con cuyo criterio coincide.

Pues bien: todos los códigos penales hasta el año 1881, mayormente los latinos, son reproducción de ese modelo; son hijos del código napolitano y nietos del código francés. Hasta los germanos. Desde luego, incluso los españoles.

El Código español de 1822 Los trabajos meritorios de Lardizabal y el proyecto de Calatrava, fueron precursores del Código penal español de 1822. Ese código es un código excelente, si se tiene en cuenta el espíritu jurídico-penal de la época. Desde luego, es muy superior al código penal de 1848. La división de las acciones punibles según un criterio intencional, los preceptos sobre conmutación de penas, rebaja de las mismas, rehabilitación, indemnización a inocentes, etc., y los atisbos que en él se perciben de sentencia indeterminada, son cosas notables que ya quisiéramos haberlas visto en la legislación penal española posterior.

Los de 1848 y 1870 Pero, no las vemos. El Código penal de 1848, elaborado por la comisión legislativa de 1845, está calcado en el código napolitano, visto a través del brasileño de 1830, y está atiborrado de apriorismo y de indigesta medida penal. Lo que se hizo en España en 1870 fué una reforma muy superficial del código de 1848, entre otras razones, para adaptarle a la

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

constitución política de 1865; de manera que se puede decir que en España, en 1921, continuamos viviendo, en el orden penal, bajo el régimen legislativo de 1848.

Todos los códigos, principalmente los latinos, son hijos del código napolitano y nietos del francés. Hasta el año 1881, en el cual termina el período de los códigos penales viejos. En aquella fecha, habían ya fructificado las nuevas escuelas penales y al calor de ellas pasaron algunos de sus criterios al terreno legislativo. Con este nuevo espíritu, apareció en 1881 el código holandés, obra de Modermann; en 1889 el código italiano; en 1891 el código penal del cantón suizo de Neuchatel; en 1904 el código noruego, obra de Getz; en 1907 el código japonés. Y, unos más, otros menos, en todos ellos se ve algo de los criterios nuevos.

Los Códigos penales nuevos

Esos cinco códigos penales, con otros menos importantes, forman el grupo de los códigos penales nuevos. Significan la decadencia del apriorismo y de la medida penal (código holandés); la diferenciación de tratamiento penal de criminales habituales y ocasionales (código de Neuchatel); las medidas de defensa social (código noruego); el eclecticismo entre la antigua y la nueva ciencia penal (código italiano).

Su significación

Suiza (excepto Neuchatel), Alemania, Austria, Servia, Dinamarca, Suecia y otros Estados, se quedaron un tanto rezagados en este movimiento de reforma penal; y ello les ha consentido prepararla posteriormente de modo que han podido recoger con más amplitud e intensidad las nuevas orientaciones penales. Así ha surgido una serie de anteproyectos de código penal que serán los códigos penales del porvenir: anteproyectos suizos, entre ellos el reciente de 1916; anteproyecto alemán de 1909 y contraproyecto de 1911; anteproyecto austriaco de 1912; anteproyecto servio de 1910; anteproyecto danés de 1917; anteproyecto sueco de 1916, etc. En ellos aparecen recogidas la condena condicional, la sentencia indeterminada, la elevación del límite de la menor edad penal, el tratamiento especial de los semiresponsables, las medidas de seguridad.

Los Códigos penales del porvenir

Italia, a pesar de que posee un Código que no es de los anticuados, trabaja actualmente, con grande ahinco, en la reforma de su legislación penal. Un Real Decreto de 14 de Septiembre de 1919, publicado por el Ministerio italiano de Justicia, creó una «Comisión para la reforma de las leyes penales», la cual, el 12 de Enero del presente año (1) ha ultimado un proyecto preliminar de Código. Con decir que de la Comisión forman parte, entre otros, Ferri, Garofalo, Florian, Ottolenghi y Berenini, ya se puede suponer que el anteproyecto italiano ha de recoger todos los avances del pensamiento contemporáneo en materia penal. Y, en efecto, los recoge en términos naturalmente más depurados, aunque en ocasiones más discutibles que los otros anteproyectos de que se acaba de hacer mención.

(1) 1921.

El antiguo arbitrio judicial y el moderno

2. Los códigos nuevos inician la decadencia del apriorismo, que en los anteproyectos queda reducido a escasas proporciones. El viejo principio era el formulado de esta manera: *optima lex est quod minimun arbitrii iudicis relinquit*. Es más excelente la ley que menos deja al arbitrio judicial. Era una consecuencia de la Revolución francesa que quería extremar las garantías de justicia al ciudadano y el culto al derecho del hombre; era concluir con la antigua penalidad, penalidad cruel, entre otras razones, porque era arbitraria. En Derecho penal arbitrio era sinónimo de capricho y capricho era sinónimo de barbarie. Y, no obstante, quizás tiene razón Nowicow cuando dice de la evolución que constituye un ciclo que acaba de la misma manera que empieza; porque el nuevo Derecho penal vuelve al arbitrio judicial. La nueva legislación no es una legislación apriorística que supone una serie de previos criterios y de previas reglas de las que el juez no puede separarse. Por el contrario, en la nueva legislación decae el apriorismo y renace vigoroso el arbitrio judicial. El viejo arbitrio, no; porque estaba cerca de la tortura y de la venganza. El nuevo arbitrio, sí; porque está ilustrado por las luces de la criminología.

Sus expresiones en la nueva legislación

El arbitrio judicial tiene en la nueva legislación, entre otras, las expresiones siguientes:

La decadencia, si no la desaparición, del régimen de circunstancias atenuantes tasadas y de cantidad tasada de la pena. Estas dos manifestaciones del arbitrio judicial están en el código holandés, que da al juez una absoluta libertad para apreciar motivos de atenuación y una gran libertad para poder, en consecuencia, descender al mínimo de pena de un día o de medio florín.

La condena condicional, acerca de la cual hay ya, como es sabido, una legislación especial en todos los países.

El perdón judicial. Se comprende la amnistía, que significa una medida política de pacificación; pero no se comprende el indulto mecánico y abusivo, resto atávico de la vieja justicia; y como quiera que el perdón del ofendido solamente puede surtir efectos jurídicos en el reducidísimo número de delitos que pueden ser perseguidos a instancia de ese ofendido, se ha pensado en el perdón otorgado por el juez en ciertos casos leves, de esos que llevan como pena una privativa de libertad de corta duración; es decir, una de esas cortas penas contra las cuales es unánime la protesta del nuevo Derecho penal, como se ha visto en la conferencia anterior. Francia, desde 1885, ha elaborado diversos proyectos de ley sobre perdón judicial. El código italiano de 1889 faculta al juez para conmutar la pena si no excede de tres meses de confinamiento, uno de arresto o trescientas liras, por la admonición; y el art. 83 del anteproyecto alemán le faculta en ciertos casos, especialmente leves, para atenuar libremente la pena o perdonarla.

Las sentencias indeterminadas. En la conferencia anterior se ha visto que constituyen el régimen de los reformatorios y la característica de las medidas de seguridad de los anteproyectos.

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

La libertad condicional que está incorporada al régimen penitenciario moderno aun para penas de duración predeterminada.

La nueva legislación penal se basa en una mayor confianza en la rectitud, en la ilustración y en la honorabilidad consiguiente del juez. En España, será difícil que se abra franco y rápido camino el arbitrio, porque el caciquismo, de una parte, y la falta de especialización de la instrucción profesional, por otra, no puede negarse que han engendrado una desconfianza en el juez.

3. La medida penal. El sistema de penalidad de un código es el conjunto de principios y de reglas que prescribe para aplicar las penas a los delitos. En los viejos códigos el sistema de penalidad descansa en la base de la medida penal tasada y, por lo tanto, del más absoluto apriorismo legal. Ello era consecuencia del principio fundamental de «a tal delito, tal pena» concretado en el tradicional y famoso criterio de la «proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre la pena y el delito».

El sistema de penalidad en los viejos códigos

Véase, por ejemplo, el código español del 70, cuya «parte artística», como la denominó Rueda, es el más acabado modelo de proporción, de simetría, de medida penal, de apriorismo, de proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre delitos y penas. Sean, por orden de gravedad, A, B, C y D una serie de delitos, y a, b, c y d una serie de penas. Tendremos en principio:

La «parte artística» del Código español de 1870

A — a
B — b
C — c
D — d

Sean ahora, A, A' y A'' un delito consumado, un delito frustrado y una tentativa de delito y a' y a'' las penas inmediatamente siguientes en gravedad a la pena a. Tendremos:

A — a
A' — a'
A'' — a''

Sean, X, Y y Z un autor, un cómplice y un encubridor del delito A. Tendremos:

XA — a
YA — a'
ZA — a''

Sean + A y — A un delito con agravantes y con atenuantes y + a y — a una porción mayor o menor de la pena a. Tendremos:

+ A = + a
— A = — a

Los delitos se ponderan con báscula como los garbanzos o con vara

de medir como la percalina. Con mucha razón ha dicho Modermann, que tratar de conseguir la proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre el delito y la pena, es lo mismo que tratar de averiguar el número de kilogramos de hierro que se necesitan para contruirse un traje de paño. Y, con no menor razón ha dicho Ferri que la justicia histórica tiene tres aspectos: delito, pena, juicio, sin que el delincuente merezca la menor atención.

Sencillez del sistema de penalidad moderno del Código italiano

Pero, contra este sistema de tasa minuciosa, de medida penal aritmética, de apriorismo refinado que descansa, entre otras cosas, en la interminable lista de penas del art. 26 del código penal español, tortura de estudiantes en las Universidades, en las famosas seis escalas graduales y en las numerosas reglas, y casos, y distingos comprendidos entre los artículos 64 y 98 nada menos, véase, por ejemplo, la sencillez del sistema de penalidad del Código italiano. Su lista de penas comprende las siguientes principales: ergástolo o reclusión perpétua, reclusión, detención, destierro, interdicción de funciones y multa de 100 a 10.000 liras (para delitos) y arresto, multa y suspensión (para faltas); la pena accesoria de vigilancia de la policía y el sustitutivo penal de la reprensión judicial. Nada más. La sencillez, por otra parte, estriba en que las penas no están previamente divididas en grados y en que el juez disfruta de arbitrio para imponerlas.

Sistema de las penas paralelas del Código noruego

4. Pero, aún es más sencillo el mecanismo de penalidad del Código noruego, el cual plantea francamente el sistema de las penas paralelas. Se funda este sistema en que así como hay dos criminalidades que son paralelas, debe haber dos penalidades correlativas también paralelas. Esas dos criminalidades paralelas, que Dostoiewsky ha descrito reciamente en *La casa de los muertos*, son paralelas, en efecto, pero distintas; son la criminalidad altruista y la egoísta, la criminalidad por exceso de conciencia y la criminalidad por falta de conciencia. Es la criminalidad del marido agraviado que mata al amante y la criminalidad del amante adúltero que mata al marido para librarse de ese obstáculo; la del padre deshonrado y la del padre incestuoso; la del asesino que mata por venganza y la del homicida que mata por arrebató, etc. Eso exige dos penalidades así mismo paralelas, pero distintas: una penalidad infamante y una penalidad no infamante que Garçon ha denominado *peine non deshonorante*.

Pues bien: el art. 24 del Código noruego, cuya razón de ser es la que se acaba de exponer, desenvuelve con toda sencillez el criterio del paralelismo de la penalidad y dice que, siendo la pena de *foengsel* la única privativa de libertad prescrita por la ley, podrá ser reemplazada por una pena de *hefte* de igual duración «si las circunstancias permiten deducir que el acto no es resultado de una perversa intención». He aquí la penalidad paralela, porque la *foengsel*, que dura hasta quince años y a veces es perpétua, es siempre rigurosa y puede ser agravada en ciertos casos

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

dejando al condenado a pan y agua, poniéndole en celda lóbrega, etc. y, pronunciada por un año o más, lleva aneja la pérdida de ciertos derechos; mientras que la *hefte*, que puede durar hasta veinte años, supone un tratamiento más suave, permite el trabajo de libre elección, consiente la mejora de la alimentación a expensas del propio recluso y no lleva consigo, por regla general, pérdida de derechos.

5. El sistema de las penas paralelas es ya una excelente iniciación del sistema de individualización penal. Ya se ha visto que los viejos sistemas de penalidad parten del principio de que la pena es para el delito: a tal delito, tal pena. Pero la pena, como decía Garofalo, debe ser para el delincuente como la medicina no es para la enfermedad, sino para el enfermo. El nuevo Derecho Penal marcha hacia la individualización del tratamiento, aunque no la ha conquistado plenamente todavía. Pero el Derecho del porvenir será eminentemente individualizador. No se dirá ya: a tal delito, tal pena, como decían los clásicos. Se dirá: a tal delincuente, tal pena. El primer paso firme lo ha dado el código noruego con su paralelismo y los demás códigos, como el holandés, que si no de un modo tan preciso, también contienen penalidades paralelas. Ese es el primer paso que se recorre lentamente y que ha tardado en escogerse; porque en los viejos códigos no hay criterio ninguno de individualización; solamente de un modo excepcional y en casos muy limitados se hace algo que pudiera parecerse a individualización; por ejemplo, el código español impone al menor de 15 años que obra con discernimiento una pena discrecional; al marido homicida, por adulterio de su mujer, un castigo muy atenuado, etcétera; pero eso no significa haber concebido el criterio y la necesidad. La individualización del tratamiento será, en un porvenir muy cercano, lo que de individualización tienen los anteproyectos; es decir, que la individualización del tratamiento estará representada por tres instituciones contenidas en ellos: la condena condicional, la sentencia indeterminada y las medidas de seguridad que varían, según categorías distintas de sujetos especialmente necesitados de un tratamiento distinto.

Lo que es la individualización penal

Lo que será en un porvenir cercano

Con significar esto un gran avance, no representará todo cuanto puede y debe conseguirse en el sistema de individualización de la pena. Si el principio, a tal delito tal pena, debe ser reemplazado por este otro: a tal delincuente tal pena, hay que variar la base del sistema de penalidad de los códigos que parte de una escala de delitos para adaptar a ella una escala de penas. Hay que acudir a la antropología criminal, hay que proceder a una clasificación práctica de los delincuentes y hay que establecer en los códigos una escala de delincuentes para adaptar a ella una escala de tratamientos penales (1).

Lo que debería ser

(1) Véase E. de Benito, *Individualización penal*. Madrid 1916.

Eso es lo que debería ser la individualización penal; y mientras que no lo sea, no habrá progresado verdaderamente el Derecho penal ni se habrá luchado eficazmente contra la criminalidad.

V

EL NUEVO DERECHO PENAL DE LOS MENORES

1. *Los criterios modernos del problema de la menor edad en el orden penal.*—
2. *Los menores de edad por quienes se interesa el Derecho Penal moderno.*—
3. *El moderno tratamiento protector y penitenciario de los menores; las nuevas orientaciones y las nuevas iniciativas.*—4. *Los tribunales para niños.*

El problema de la criminalidad infantil

1. El presente tema constituye un asunto muy sugestivo e importante. No es un problema de rigorismo, de represión, sino de ternura y de amor. El problema de la infancia es, en todo caso, trascendental: lo es en la moral, como en la higiene; y, particularmente, lo es en el Derecho. Es donde se requiere una mayor elasticidad de la ley.

Por lo que al Derecho penal se refiere, es, acaso, en donde más ha progresado el Derecho. Es verdad que lo exigía así la importancia del fenómeno; porque, la criminalidad infantil ha llegado a constituir, en las estadísticas, la tercera parte de la criminalidad total. La historia del presidio es eternamente una novela, en cuya primera página está escrito el abandono moral de los días de la niñez, la rapacería cometida en la infancia.

Cómo lo resolvía el antiguo Derecho

El antiguo Derecho penal resolvía el problema del delito y de la responsabilidad del menor con un criterio de apriorismo legal inspirado en el principio del discernimiento. Se decía: el niño debe ser responsable si ha obrado con discernimiento, y el niño debe ser castigado a condición de que, por haber obrado con discernimiento, sea responsable. Era la ley la que daba la pauta que tenía que seguir el juez. Un precioso ejemplo de este sistema está en el *Programma* de Carrara y en cualesquiera de los Códigos inspirados en la escuela clásica, en el español vigente entre otros. Se establecen diversos períodos: hasta los siete o los nueve años el niño es irresponsable, porque se entiende que no obra con discernimiento; hasta los doce o quince, será responsable si de la prueba practicada al efecto se deduce que ha obrado con discernimiento; hasta los dieciséis o dieciocho años, será responsable en todo caso, bien que con cierta atenuación a causa de la irreflexión consiguiente a los años adolescentes; desde los dieciséis o dieciocho años, será responsable plenamente, como adulto.

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

Ser responsable quiere decir sufrir la penalidad general del código. De modo, que este sistema plantea un terrible dilema: o el niño es irresponsable, porque ha obrado sin discernimiento, y se le entrega a su familia, sea como quiera esta familia, con encargo, y no más que con encargo, de vigilarle y educarle; o el niño es responsable, porque ha obrado con discernimiento, y se le envía a presidio, se le encierra en la cárcel, por muy fermentada que la cárcel sea.

El problema de la delincuencia del menor, no es solamente un problema penal, un problema represivo; es un problema no solamente legal; es un problema también moral, pedagógico, higiénico, social. Escribió Victor Hugo en *Los Miserables*, que el crimen del hombre empieza en la vagancia del niño. Es un problema, además, de herencia, de atraso orgánico, de abandono moral, de haber respirado en el seno de la familia una atmósfera abyecta. Observando Roux 385 jóvenes reclusos en el correccional de Lyon, encontró entre ellos 223 privados del padre, de la madre o de ambos. Es verdad que 162 tenían padre y madre, pero habían recibido de éstos malos tratos. De los 385, había 42 cuyos padres tenían antecedentes penales, 187 pertenecían a familias de mala reputación, 127 a familias de reputación dudosa y solamente 51 estaban normalmente atendidos por sus familias; pero, en cambio, 158 estaban insuficientemente atendidos, 145 del todo abandonados y 51 habían sido instigados al delito por su propia familia.

Complejidad de este problema

Por esta razón, el moderno Derecho penal ha variado radicalmente de criterio en lo que a los menores de edad concierne. El nuevo Derecho penal se inspira en los criterios fundamentales siguientes:

Criterios en que se inspira para resolverlo el nuevo Derecho

I. El problema de la delincuencia infantil, no es problema de expiación, de intimidación, sino de protección, de reformación, de tutela, de pedagogía.

II. Abandono absoluto del principio de discernimiento y de los consiguientes períodos diversos de irresponsabilidad, responsabilidad condicional, responsabilidad atenuada y responsabilidad plena, por razón de edad.

III. Elevación del límite de la menor edad penal hasta los dieciocho o los veintiún años. De aquí para abajo, todo menor es igualmente digno de protección y tutela.

IV. Proscripción consiguiente de la justicia histórica procesal incompatible con las necesidades pedagógicas del tratamiento de los menores.

V. Absoluta y concluyente proscripción de la cárcel para la represión del menor.

Estos son, principalmente, los contornos del nuevo Derecho penal de los menores. Por eso, el profesor de Derecho penal de la Universidad de París, Garçon, ha dicho que «el niño ha salido del Derecho penal», y Garraud, profesor de Derecho penal de la Universidad de Lyon, ha dicho que en adelante «el Derecho penal constará de tres códigos: uno penal

para los delincuentes primarios, otro de seguridad para los reincidentes y los anormales y otro de educación para los menores».

Aplicación de estas orientaciones en la nueva legislación penal

La nueva legislación penal se inspira ya en estas orientaciones. Por ejemplo: el anteproyeto suizo, divide a los menores en niños (hasta los 14 años) y adolescentes (hasta los 18). Para los primeros, si están moralmente abandonados, o son pervertidos o están en peligro de serlo, prescribe la colocación en familia o en establecimiento de educación; y fuera de estos casos decreta la absolución, la represión o el arresto escolar. Para los segundos, si son pervertidos, prescribe la reclusión en casa correccional especial; si están moralmente abandonados o en peligro de perversión, la casa disciplinaria; si son normales, la condena condicional o la represión; si son patológicos, establecimientos especiales.

Parecido es el criterio del anteproyecto servio que extiende sus prescripciones a los menores de 21 años.

Los menores por quienes se interesa el nuevo Derecho Penal

2. Si no es precisamente el discernimiento el que influye en el crimen del menor y si el atraso orgánico, la infección familiar, el abandono moral, el Derecho penal no puede circunscribir su interés al niño delincuente tan solo. Junto al problema penal, hay un problema preventivo que se extiende a toda la infancia moralmente abandonada y peligrosa. La vida moderna es admirable, pero ha producido una serie de seres, los olvidados, o los vencidos en la fiebre de la vida, que algún escritor ha llamado «hombres inferiores» y que son como despojos de la sociedad que el oleaje de la civilización moderna arroja al olvido en las playas de la vida. En esa muchedumbre de desheredados, que tantas veces pasan inadvertidos entre los esplendores de las grandes ciudades, están los niños vagabundos, los niños abandonados moralmente, los hijos del arroyo. No han sentido el calor de la protección y del cariño en el hogar y se agitan al borde de un abismo de corrupción y de crimen.

El nuevo Derecho penal se interesa, pues, por tres especies distintas de menores: los menores moralmente abandonados, los menores pervertidos o en riesgo de perversión y los menores delincuentes.

El moderno tratamiento protector y penitenciario de los menores

3. Por tanto, junto al tratamiento penitenciario, que será exclusivo de los menores delincuentes, el nuevo Derecho organiza un sistema de tratamiento protector para éstos y para los demás menores.

Ante todo, el nuevo Derecho intenta una reforma de la legislación civil en lo que concierne al ejercicio de la patria potestad y la tutela; un mayor esmero en la reglamentación de las causas de suspensión y pérdida de ambas cuando se trata de padres o tutores indignos; y la posibilidad del ejercicio de la tutela y aun de la patria potestad por sociedades de patronato. Ese es el sentido de las leyes danesas sobre menores, de 1905, y de otras.

Además, se ha planteado la colocación en familia. Si no hay nada tan

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

educador, moralmente tan salutar como el hogar, se ha pensado que interesa proporcionar un hogar al niño que carece de él o cuyo hogar es corruptor; y se ha planteado la colocación del menor en familia honesta, a ser posible campesina. Está en diversas leyes y anteproyectos a partir de la ley prusiana de 1900.

Además, también, como consecuencia de la necesidad de especializar el tratamiento protector y el tratamiento penitenciario de los menores, establecimientos múltiples de diversos sistemas. Por ejemplo: los establecimientos ingleses regidos por el *Borstal system*, de que trata la *Children Act* de 1908, parecidos a los reformatorios norteamericanos, con educación moral y física, enseñanza profesional, sistema de recompensas y libertad a los seis meses de tratamiento, caso de merecerla. Otro ejemplo es el de las colonias industriales norteamericanas del tipo de la de Lancaster, por pabellones regidos por matrimonios ejemplares y competentes y con instrucción militar; o del tipo de la de Industry, en Nueva-York, con granja agrícola, instalación fabril y colegio; o del tipo de la *Junior Republic George*, de Freville, en las que los menores son sometidos a un ensayo de régimen político, con gobierno, cámaras, tribunales, etcétera, lo cual se hizo ya en España, en pasados siglos en los *Toribios* de Sevilla.

Establecimientos diversos de protección

Todo esto requiere cierta unificación y como centralización administrativa, a la cual se va llegando en todas partes, incluso en España, en donde funciona el Consejo Superior de Protección a la Infancia; pero, es en Norteamérica en donde mejor se ha llegado. Allí, la ley de 13 de Abril de 1911 ha creado una Oficina de Niños en el Departamento de Comercio y Trabajo, que se ocupa de todo lo referente a natalidad, mortalidad, degeneración, tuberculosis, abandono, accidentes y a todo cuanto con los menores tiene relación.

4. Pero, la iniciativa y la institución más peculiar que ha dado de sí el nuevo Derecho penal de los menores, es la que se llama los tribunales para niños: que no entiendan de los delitos de los menores, sino tribunales especiales con arreglo a ciertas bases y a cierto procedimiento. Es una institución norteamericana que comenzó en Chicago en 1899, que se extendió a Pensilvania y al resto de la Confederación, que pasó a Australia y a Europa y que hoy está implantada en todas partes.

Los tribunales para niños

Varias son las características del tribunal para niños. En primer término, juez especial, juez de niños, que no haya de entender de otros asuntos que de los referentes a criminalidad infantil. De carrera o no, a condición de que demuestre competencia y entusiasmo. ¿Tribunal colegiado o unipersonal? El criterio más generalmente admitido es favorable a este último; porque se entiende que en el tribunal colegiado hay algo del aparato intimidativo de la justicia histórica, incompatible con las orientaciones en que debe inspirarse el tratamiento de los menores. Juez

Sus características

único, eso sí, asesorado en todo momento, del médico, del maestro, del sacerdote, etc.

En segundo lugar, desaparición de las fórmulas procesales históricas y, por lo tanto, procedimiento familiar, sin necesidad de fiscal ni de defensor.

En tercer lugar, no publicidad de las sesiones, que han de dejar, en el tierno espíritu del niño, una imborrable estela emocional que acaso truncará para siempre su carácter. El menor no puede servir de pasto a la sed sádica de un público ávido de sensaciones fuertes.

En cuarto lugar, y en todo caso, examen médico-psicológico-pedagógico del menor sometido a juicio; porque, ese examen es la base indispensable para deducir el tratamiento aplicable.

En quinto lugar, poco espíritu represivo y mucho espíritu pedagógico.

En sexto lugar, absoluta proscripción de la cárcel.

En séptimo lugar, elevación del límite de la menor edad penal, por lo menos hasta los dieciocho años.

En último término, estrecha compenetración del tribunal con las sociedades de patronato para menores, en todo momento.

Estado del problema en España

¿Cuál es el estado del problema en España? La ley de 31 de Diciembre de 1908 sobre prisión preventiva de los menores, no se cumple, de manera que, preventivamente, el menor va a la cárcel. La ley de 25 de Noviembre de 1918 crea los tribunales para niños. Esa ley tiene deficiencias de mucho bulto: acepta el criterio del discernimiento, comprobado el cual, el menor será recluido en un establecimiento del Estado; no declara obligatorio el examen médico del menor; el tribunal que crea es colegiado, admitiendo timidamente la posibilidad de que la mujer sea vocal del tribunal, siendo así que la mujer, como mujer y, además, por su vocación para la maternidad, debería en todo caso formar parte del tribunal de niños.

Pero, no se debe negar que la ley de 1918, es un paso, un importante paso, no exento de aciertos, en el camino de la implantación en España de las nuevas orientaciones que constituyen el actual Derecho penal de los menores. Pero, naturalmente, exige la ley que el tribunal no se organice allí en donde no exista establecimiento especial para el tratamiento de los niños delincuentes y por eso es una ley de cumplimiento despañoso porque, hasta ahora, son rara excepción las ciudades españolas que poseen establecimientos de esta índole. Valencia, que es en todo la tercera capital de España, no debe dejar de serlo en este orden tan importante. Desde 15 de Julio de 1919 tiene un patronato; ese patronato ha abierto un concurso al cual respondió muy bien Valencia; merced a dicho concurso el patronato dispone de una finca en la que sólo se requieren ciertas obras de adaptación para convertirla en un excelente establecimiento especial para menores; intervienen en esta hermosa obra

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

personas competentes y entusiastas. Sólo falta que el público valenciano, material y moralmente, ayude en todo momento al patronato para que la obra sea pronto un hecho y Valencia se corone de gloria.

Se impone una cruzada para salvar al niño del peligro de su corrupción. Se cultivan con esmero las flores, en abundancia pasmosa en los campos levantinos. Pero, el niño es la tierna flor de la humanidad, que más constantes cuidados exige y si se quiere una humanidad fuerte es menester, día tras día, cultivar con mimo la infancia.

VI

LA POLICÍA JUDICIAL CIENTÍFICA

1. *El valor del testimonio y el valor de la prueba científica en el moderno procedimiento criminal.*—2. *El lenguaje de las huellas.*—3. *El detective.*—4. *La identificación métrica y la identificación dactiloscópica.*—5. *La identificación universal.*

1. Este asunto se sale un poco del marco propio del Derecho penal. Es propiamente un Derecho penal adjetivo, cuyo puesto más propio está en el Derecho procesal. Pero, se trata de problemas que, aunque con gran lentitud, ya van poco a poco siendo conocidos en España, en donde se exige una mayor difusión de ellos. Además, mientras en el extranjero hay una enseñanza universitaria de la Policía científica, con cursos especiales y laboratorios, en España esa enseñanza está descuidadísima en las Universidades, las cuales no se esmeran en preparar jueces.

Los malhechores perfeccionan cada día más las armas de que se valen. ¿Es útil seguir defendiéndose de ellos con fusiles de chispa? Durante mucho tiempo, hasta hace muy pocos años, todavía ahora en muchos casos, hemos seguido enjuiciando como en el siglo XVII. Muchas veces, apenas se podría hallar una diferencia esencial entre un proceso moderno y cualquiera proceso antiguo tomado al azar de un archivo. Fuera de la forma de la letra y de la pátina de antigüedad que puedan tener la tinta y el papel y de algún arcaísmo más en el estilo de redacción, no podría encontrarse diferencia ninguna. La prueba testifical sigue imperando omnimoda y a ella se refiere y se reduce todo. La prueba pericial es reducida a una declaración más, declaración que se presta contrayéndose a preguntas del juez. La prueba indicial se deduce exclusivamente del testimonio. Las famosas piezas de convicción no son, por regla general, sometidas a ningún examen. La inspección ocular del lugar del delito y

Formas anticuadas de enjuiciar

de la víctima tiene también el alcance de un testimonio corroborado de visu, en el cual es el juez el testigo que declara. Y, ciertamente, que estas famosas diligencias de inspección ocular que se reducen a un relato escrito en los autos, tienen escasisimo valor probatorio; porque el valor de esas diligencias depende de muchas circunstancias muy hipotéticas: depende de las condiciones de observador que tenga el juez, de su grado de atención y de retentiva, del estado de su retina, de sus facultades literarias para describir bien lo que ha visto y de la imaginación del lector, fiscal, jurado o magistrado ponente, para reproducir mentalmente lo que en la diligencia de inspección ocular se relata.

*Valor verdadero
de la prueba testi-
fical*

Todo gira, pues, al rededor del testimonio y es llegado el momento de examinar el verdadero valor de la prueba testifical. No hablemos del testimonio comprado, del testimonio amañado y del testimonio cohibido por la amenaza y por la cobardía; aunque de todo esto podríamos presentar numerosos y tristes casos. Supongamos un testimonio espontáneo, leal; aunque eso sea mucho suponer. Pues bien; no se requiere haberse especializado mucho en la psicología para comprender que el valor de ese testimonio es muy relativo porque depende de muchas condiciones: depende del sexo, de la edad, del grado de cultura, de la atención, del estado de ánimo y hasta de la memoria si ha transcurrido tiempo entre el hecho y la declaración acerca del mismo. Una vez, el profesor Claperède, hizo penetrar en su cátedra de la Sorbona a un enmascarado, gesticulando y profiriendo palabras incoherentes. Expulsado del local, el profesor siguió imperturbable su curso. Una semana más tarde, Claperède sometió a sus alumnos a un interrogatorio. ¿Llevaba sombrero el enmascarado? ¿Cómo era el sombrero? ¿Llevaba guantes? ¿Dijo palabras incoherentes? ¿Qué palabras fueron? etc., etc. Terminado el interrogatorio, los alumnos debían reconocer el disfraz del enmascarado, colocado entre otros disfraces. Ninguno de los 25 estudiantes que tomaron parte en esta curiosa experiencia supo reconocer el disfraz y todos ellos discreparon en la contestación a las preguntas del interrogatorio.

Y nada se diga si no hay testigos presenciales del delito; que los malhechores suelen no procurarse espectadores que puedan comprometerlos; porque, en tal caso, el valor de la prueba testifical queda reducido a muy escasas proporciones.

*La prueba
científica*

Frente a la prueba testifical se ha alzado la prueba científica; la aplicación de los procedimientos científicos al esclarecimiento del delito; la aplicación del dibujo, de la fotografía, de la química, de los rayos X, de los procedimientos científicos de todo linaje a la interpretación de los rastros y de los indicios, al examen del cuerpo, de los instrumentos y de los efectos del delito, al reconocimiento de los complicados en él. La ciencia no puede ser cohibida, amenazada, amañada y el objetivo no puede enfermar de ningún catarro a los ojos.

¿Cómo resolver este pleito entre el testimonio y la prueba científica?

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

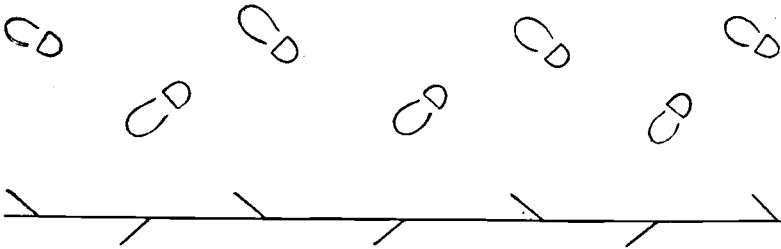
No dando preferencia a ninguna de las dos pruebas y dándosela a ambas. Es lo que acontecía cuando las famosas disputas entre los partidarios de la ópera italiana y los wagnerianos. Decían unos que la voz humana era lo principal y que la orquesta no era sino el acompañamiento de esa voz; decían los contrarios que lo principal era la orquesta y lo secundario el canto; y se resolvió la disputa sentando que la voz humana era uno de tantos sonidos e instrumentos del conjunto, que había momentos en los cuales la voz humana no tenía más parte que los demás instrumentos, que había ocasiones en que el canto era lo que debía predominar y, por el contrario, que había otros pasajes en que era la orquesta lo que debía sobresalir. Eso mismo sucede con la prueba testifical y los demás medios probatorios.

2. Pero, no se debe desconocer la importancia, muchas veces decisiva, de la prueba científica. El principio de que parte la moderna Policía judicial científica es el de que todo delincuente deja, visibles o invisibles, huellas de su paso y de sus actos. El problema está en descubrir esas huellas y en interpretarlas. La interpretación es perfectamente posible; porque las huellas del delito tienen su lenguaje, más o menos oculto. Son como un alfabeto o como un escrito que queda en el lugar del crimen y que puede ser descifrado y leído para conocer la historia criminal.

Las huellas y su interpretación

Por ejemplo: las pisadas. Sobre un terreno blando, carretera polvorienta, arena, nieve, lodo, etc., el criminal y la víctima al andar dejan muchos o pocos rastros de sus pisadas. Esas pisadas constituyen un rico lenguaje. En primer término, cabe trazar idealmente una línea (la línea de

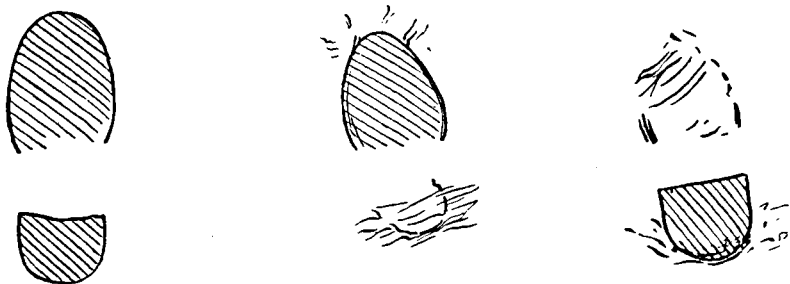
Las pisadas



marcha) que una los extremos de los tacones y una serie de líneas (ejes de huella) que unen los extremos longitudinales de cada pisada. Pues bien: ya el estudio de estas líneas nos conduce a importantes deducciones. La longitud de la línea de marcha nos dará idea de la distancia recorrida; y su dirección de la dirección que ha seguido. La línea de marcha recta o cuyas ondas tienen largo desarrollo pertenece a una persona normal. La línea de marcha curva cuyas ondas son muy cortas, si otros indicios no

Importantes deducciones de su estudio

permiten suponer otra causa de la alteración, corresponde a un normal permanente o transitorio; a un tabético, por ejemplo, o a un ebrio. La separación de los ejes de huella entre sí, también es significativa: en el adulto que sigue una marcha normal es de unos 75 centímetros y mucho mayor si corre; de modo que el aumento de separación está en razón directa de la velocidad de la marcha; por el contrario, una menor separación puesta en relación con la longitud del eje de huella y con la configuración de ésta nos descubre el sexo y la edad aproximada del que marcha. Fácilmente se ve que cada eje de huella forma con la línea de marcha un ángulo. Pues bien; la abertura de ese ángulo es mayor en el hombre que en la mujer y en ésta que en el niño. Ese ángulo resulta por intersección de la línea de marcha con el eje de la huella; pero, en los ancianos, en las personas muy gruesas y en las mujeres en cinta, falta esa intersección; y en los que caminan llevando grandes pesos sobre sus hombros, no sólo no hay intersección, sino que, además, el eje de la huella resulta paralelo a la línea de marcha. Aparte estas y otras deducciones, que por sí solas tienen extraordinaria importancia en el descubrimiento del misterio criminal, pueden también, del examen de la configuración de la pisada, derivarse conclusiones interesantes. En la pisada del pie calzado queda el contorno de la suela y del tacón; si el sujeto corre queda sólo el de la suela y no queda o queda muy débilmente el contorno del tacón; por el contra-



rio, si corre a gran velocidad, es el contorno de la suela el que no queda o queda debilitado. Si el sujeto marcha descalzo y por llevar el pie sucio o impregnado de sangre, deja sobre el terreno una impresión de la planta del pie, esa impresión tiene extraordinario valor policiaco. Ante todo, porque el dibujo epidérmico, que varía según los sujetos, es un gran medio de identificación; además, porque en la impresión de un pie en quietud el dedo gordo es más corto y más estrecho que en la impresión de un pie en marcha.

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

3. Hay, pues, una serie de investigaciones posibles al rededor de cualquier delito cometido, independientemente de las declaraciones testimoniales; investigaciones que exigen una técnica especial. De ahí que haya surgido también una profesión especial y se haya hablado del *detective*. Conan Doyle, el famoso novelista inglés, ha popularizado, al crear el tipo de Sherlock-Holmes, esta nueva especie de profesionales de la policía. Aunque la obra de Conan Doyle es novelesca, tiene un fondo científico bastante estimable que después ha sido copiado y adulterado burdamente por escritores menos hábiles. Pero, Conan Doyle es, en la Policía científica, algo parecido a una especie de Julio Verne de la vulgarización científica general.

El agente técnico de policía judicial

Claro es que el *detective* de la realidad ha de discrepar no poco del fantástico personaje imaginado por el novelista; pero el *detective*, no ha de ser ya el policía intuitivo que todo lo fia a la inspiración del momento, al arrojito personal y a la delación más o menos anónima. El agente de policía moderno ha de ser un técnico, como lo es un ingeniero o un arquitecto. Un técnico que interviene en el esclarecimiento del delito técnicamente, aplicando los auxilios de la ciencia, la ayuda del laboratorio. Por eso, puede decirse que una de las consecuencias de la moderna policía judicial ha sido la de dignificar la condición de los agentes policíacos.

4. En donde mejor se ve la utilidad de la Policía científica es en el descubrimiento e identificación de los delincuentes. Antes se procedía a la busca y captura de los criminales, suministrando a los encargados de la persecución una reseña descriptiva del culpable: nombre y apellidos, estatura, edad, color del pelo y del bigote, traje, etc., Todavía, aunque parezca mentira, se emplea este medio tan inútil. Inútil, no sólo porque en la mayor parte de los casos se hacen constar datos aproximados o erróneos, sino porque aunque se haga la reseña con toda fidelidad, esa reseña no sirve para nada: el culpable, mientras que se le busca, puede modificarla a su capricho, afeitándose, tiñéndose el pelo, cambiando de ropa, etcétera; y, además, entre dos personas enteramente distintas cabe un parecido en la fisonomía o en el traje, que darán lugar a equivocaciones lamentabilísimas.

Identificación de los delincuentes: procedimiento antiguo

El sistema de las reseñas antropométricas ideado por Alfonso Bertillón significó un notable progreso, porque la identificación se hacía cotejando los datos antropométricos que se obtenían del sospechoso con los que de él constaban en el casillero o registro correspondiente y esos datos consistían en una serie de medidas escrupulosamente tomadas con instrumental especial; medidas que el sujeto no puede alterar a capricho: largo y ancho de la cabeza, largo de la oreja, del antebrazo, del dedo medio y del pie, anchura bizigomática, estatura, braza, coloración del iris, etc., etc. Sin embargo, este procedimiento tiene graves inconvenientes: exige un instrumental bastante numeroso y complicado que requiere instalación

Las reseñas antropométricas de Bertillón

especial; es procedimiento algo lento y expuesto a que algunos datos no se obtengan con toda la exactitud que es precisa; hay medidas que son modificables por la edad y por las enfermedades, al menos en algún milimetro, siendo así que ciertas dimensiones antropométricas han de hacerse constar en las fichas apreciadas en milímetros.

*Clasificación
de Vucetich*

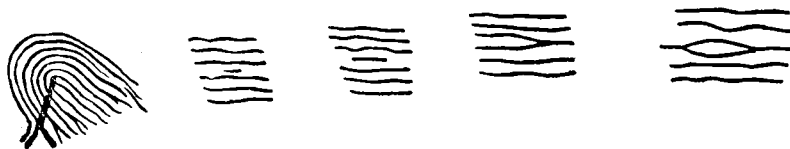
Juan Vucetich, jefe de la Policía argentina, aprovechándose de los estudios clínicos hechos sobre los dibujos epidérmicos dactilares, ideó aplicar estas investigaciones a la identificación judicial, previa una clasificación sencilla y práctica de tales dibujos. La ciencia había descubierto dos importantes cualidades de los dibujos epidérmicos dactilares, la variedad y la inalterabilidad. El dibujo dactilar varía en cada sujeto. El dibujo dactilar permanece idéntico a sí mismo, en cada sujeto, desde el sexto mes de la vida intrauterina hasta la descomposición del cadáver.

Ante todo, era menester reducir la inmensa variedad de dibujos dactilares a tipos fundamentales muy reducidos y Vucetich ha establecido cuatro tipos fundamentales: arcos, presilla interna, presilla externa y



verticilo. El arco se caracteriza por una serie de surcos en forma como de arcos superpuestos, sin deltas (o ángulos de intersección); la presilla interna consiste en una serie de surcos en forma de horquillas de derecha a izquierda del observador, con un delta a la derecha; la presilla externa estriba en una serie de horquillas superpuestas, de izquierda a derecha del observador, con un delta a la izquierda; el verticilo se compone de surcos en forma de círculos concéntricos, espirales o remolinos, con dos deltas, uno a cada lado.

Pues bien: es evidente que si el pulgar del sujeto que se busca debía ser un verticilo y es un arco, por ejemplo, se trata de sujetos distintos.



Siendo, no obstante, tan escasos los estilos fundamentales de dibujos dactilares, cabe que un sujeto tenga un estilo de arcos en su pulgar iz-

ORIENTACIONES MODERNAS DEL DERECHO PENAL

quierdo, por ejemplo, y otro sujeto enteramente distinto tenga en ese mismo dedo el mismo estilo de dibujo dactilar. Pero, es que, además del estilo fundamental del dibujo, han de tenerse en cuenta las particularidades características: número de surcos desde el vértice del delta al núcleo central del dibujo, islotes (o surcos muy cortos entre otros dos), cortadas (o surcos más largos entre otros dos), bifurcaciones (o surcos que se ramifican en dos distintos), encierros (o surcos que se bifurcan para volver a reunirse); número del espacio en el cual existe la particularidad. Cotejados dos dibujos dactilares y reconocidos, en sus estilos y particularidades, diez o dieciséis coincidencias y ninguna discrepancia, puede afirmarse con toda seguridad que ambos dibujos pertenecen a la misma persona. Y así han sido descubiertos delitos que permanecían en la impunidad.

Ahora bien: el nervio de la identificación dactiloscópica, como el de la identificación antropométrica, estriba en agrupar prácticamente las fichas de identificación obtenidas de modo que los millares de ellas que componen un determinado registro, puedan ser reducidos a paquetes de diez o veinte, para que las operaciones de cotejo se abrevien notablemente y no resulte imposible resolver el problema fundamental de la identificación judicial que se enuncia así: dada la ficha de identificación que se acaba de obtener de un sujeto, determinar si esa ficha existe ya en el registro correspondiente, para descubrir los datos de identificación personal que en ella hayan sido consignados. Vucetich, lo mismo que Bertillón, ha resuelto fácilmente esta dificultad adoptando en su casillero un hábil sistema de clasificación por paquetes de las fichas. Y, como quiera que los dibujos dactilares son permanentes e inalterables en cada sujeto y una ficha en que se hagan estampar las impresiones dactilares, base de la identificación, es fácil de obtener, porque sólo requiere un sencillo instrumental que se puede hasta improvisar, resulta que el método de identificación judicial verdaderamente práctico, y por lo mismo adoptado ya en todas partes, es el método dactiloscópico.

El problema fundamental de la identificación judicial

5. Pero, la dactiloscopia de Vucetich, como la antropometría bertillonnesca, no son absolutamente eficaces planteadas como hasta ahora. Solamente son sometidos a identificación los sospechosos y los procesados. Si un delito es cometido por quien jamás haya pasado como procesado o sospechoso por ningún gabinete de identificación, de nada importará que se obtenga su ficha dactiloscópica; el identificado podrá inventar las particularidades personales que quiera; la suplantación no será descubierta porque no existe la ficha en el registro. Si en el lugar del delito han quedado impresiones dactilares de quien no pasó nunca por el gabinete de identificación, de nada servirá remitir a esta oficina las tales impresiones porque en ella no existe la ficha de aquel a quien pertenecen. Es decir que, en realidad, Vucetich como Bertillón, no han resuelto otro problema que el de descubrir reincidentes.

La identificación universal obligatoria.

Debería, por lo tanto, implantarse la identificación universal obligatoria, la identificación de todos los ciudadanos; y así como hay un registro de nacimientos y de defunciones, debería existir un registro dactiloscópico en el que cada ciudadano tuviese su ficha. De otra manera, habrá que seguir resignándose a que muchos delitos queden impunes con mengua de la justicia (1).

(1) E. de Benito.—*Policía judicial científica*. Madrid, 1915.