

ANALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE VALENCIA
AÑO I * 1920-1921
CUADERNO 5.º

EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Facultad de Derecho

EXTRACTOS
DE LOS CURSOS BREVES Y CONFERENCIAS
DE 1921

I

Bienes de Propios y Comunes de los Pueblos.
Consideraciones históricas y doctrinales acerca
de los mismos *

POR D. AUGUSTO VILLALONGA
NOTARIO DE PEDREGUER (Alicante)

SEÑORES:

AL ser requerido por la Junta de Profesores de esta Facultad de Derecho para dar en sus aulas una lección, pensé declinar tan alto honor, y esto por una razón de gran peso, cual es la de que yo no puedo dar aquí lección ninguna, pues ni siquiera admito la posibilidad de que yo sepa algo que ustedes ignoren. Mi autoridad científica, si alguna tengo, es completamente campesina y se desenvuelve regularmente en el modesto medio rural en que vivo. Pero aquí en la

* Fué dada esta Conferencia en el Aula n.º 8 de la Universidad el día 17 de Marzo de 1921.

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Universidad, y ante ustedes, avezados a una vida intelectual intensa, aquella autoridad mía, ya modesta de suyo, forzosamente ha de encogerse más aún.

*Palabras de
cortesta*

Pero por otra parte pensé que también yo he sido alumno de esta Facultad de Derecho. Considero míos, y como vinculados al recuerdo de los mejores años de mi vida, estos claustros, estas aulas, los bancos de estas clases cuyas durezas de contacto recuerdo ahora con nostalgia. Hasta la estatua de Luis Vives que yergue en el patio su cuerpo de bronce, me parece a mí un viejo retrato de familia. Pensé todo eso; pensé además que en nombre de la Junta de Profesores me llamaba el Decano de la Facultad, uno de los contados maestros que aquí quedan de mis tiempos de estudiante, y me decidí a venir. Ruego a ustedes, pues, que no vean en mi presencia aquí, una confirmación por mi parte de ningún sentimiento de propia superioridad, sino más bien un acto de disciplina, y oiganme, si no con gusto, esto sería difícil, al menos con benevolencia.

Y no acabó el exordio todavía. Quiero descubrir a ustedes, siquiera para que no les extrañe el tono general de mi lección, y aun el tema mismo de esta conferencia, un sentimiento inveterado en mí y que con los años va adquiriendo mayor arraigo, y es este: yo venero al jurisculto. No siento, en cambio, igual respeto por aquella parte de la abogacía práctica, por desgracia muy extensa, que se ejercita de un modo casi exclusivo en el manejo del silogismo tendencioso, atenta sólo a plantear y mantener hábilmente la lucha procesal, desentendiéndose de la justicia de la causa que sirve, tendencia que tan mal nos pone con la conciencia pública que no ve en nosotros, los abogados, sino enemigos peligrosos de la tranquilidad de las familias. Pues bien: de esa mala fama que el pueblo nos ha puesto, en buena parte justificada, estamos en el caso de defendernos, demostrando alguna vez que el conocimiento de las leyes no es sólo una manera de vivir a costa de las disputas de los hombres; que sirve para algo más humano que para sacarle punta y filo a un artículo del código; que sirve para algo más noble que para levantar hábilmente esos monumentos de papel sellado que llamamos autos de un pleito, con frecuencia sepulcro de la fortuna de ambas partes litigantes. Yo no sabré dar una nota tan simpática; otros la darán perfecta, sin duda; pero intentarlo sí que puedo, y precisamente por eso, porque se presta para ello, elegí este tema, a pesar de que, aparte las escabrosidades que le son connaturales, envuelve para mí una especial, y es la de que yo me ocupé ya en Valencia en otras ocasiones de algunas de estas cosas, si bien nunca como ahora, como tema fundamental de mi conferencia.

Y ya basta de preámbulo y vamos a lo que importa, que es, para mí al menos, salir de esta situación de aprieto con escaso quebranto yo, y con la menor fatiga posible ustedes.

* * *

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

Los juristas, al ocuparse del Derecho en sus distintas modalidades, han solidado hacerlo desentendiéndose de aquellos principios fundamentales de psicología experimental que son el más precioso auxiliar de la ciencia jurídica. El conocimiento del hombre y aun el de la sociedad como cuerpo orgánico, parece como que no nos importe, o como que debamos tomarlo hecho de otras ramas del saber que si se enlazan con la nuestra, es al modo como están unidos dos campos vecinos, que se tocan, pero por el lindero nada más, sin compenetración ninguna entre ellos. Y ese criterio se aplica más rigurosamente aún al derecho de propiedad, que para el jurista clásico no es sino un conjunto de reglas abstractas que tienen todas sus raíces en la ley, cuando más en la metafísica.

La base antropológica en el Derecho

Debido a eso, una corriente ideológica salida de cualquier laboratorio metafísico y convertida en Escuela, que debido a las fatales derivaciones del pensamiento a la acción, acaba siempre por convertirse en partido, o, por lo menos, por influir decisivamente en uno de los ya organizados, se considera en el caso, en cuanto tiene la *Gaceta* en su poder, de ordenar la vida jurídica, y de un modo muy especial las relaciones de propiedad, por razones a-prioristas y conformes a un patrón preconcebido.

El punto de partida en todas las modalidades del Derecho, y en la del Derecho de propiedad por lo tanto, no es, sin embargo, la metafísica, en el sentido corriente de esta frase, sino el hombre.

Sabido es que la propiedad es el nombre que damos a la relación puramente económica, no jurídica, que establece el hombre con las cosas que aplica como remedio a sus necesidades, relación que en buena parte nos viene impuesta forzosamente por aquel doble proceso de integración y desintegración celular a que obedece nuestra vida como la de todo ser físico, y que nos pone en el caso de reparar adecuadamente las pérdidas de nuestra economía para seguir viviendo. En este aspecto las relaciones de propiedad son de carácter fatal, y, por eso mismo, por ser ellas una condición de nuestra vida, antes que como un derecho, la noción de la propiedad se da en nosotros como un sentimiento, producto de nuestras facultades representativas.

Lo que nos hace estimar en lo que valen las cosas que satisfacen las necesidades nuestras, es el recuerdo de otra necesidad anteriormente satisfecha con una cosa similar. El goce de una cosa se anticipa en nosotros al uso de la cosa misma. Representativamente la gozamos ya con solo verla o simplemente pensando en ella, aun antes de aplicarla materialmente a la satisfacción de la necesidad a que sirve de adecuado remedio. Y con ese poder de representación basta para sentir la propiedad, aunque no se tenga ninguna noción de derecho.

El sentimiento de la propiedad

El niño nada sabe de derechos y, sin embargo, mejor aún, por eso mismo que nada sabe de derechos, siente la propiedad con aquella vehemencia que con tanto asombro comentaba Pascal, y en cuanto distinguen sus ojos algo que le gusta, tras de los ojos se le van las manos, dispuestas

a cerrarse fuertemente en señal de toma de posesión sobre el objeto apetecido. Y como el niño, siente la propiedad cualquier animal dotado de facultades representativas. El caballo a la vista del pienso, le saluda con un relincho de alegría. El perro que vé en peligro el hueso que aprieta entre los dientes, manifiesta su decisión de defenderlo con el gruñido amenazador que es su primer movimiento instintivo de defensa, revelador de que en él se da, como en el caballo, como en el niño, aquel sentimiento primario, representativo, de la relación de propiedad. Esos sentimientos convertidos por su repetición en hábitos, influyen como todos los hábitos en la constitución cerebral del individuo, constitución cerebral que se transmite por herencia, determinando en cada generación una aptitud mayor para seguir sintiendo en aquella dirección.

Y de ahí, del puro sentimiento individual, completamente egoísta de la propiedad, no pasa el animal por alto que sea el grado que ocupe en la escala zoológica.

Tampoco hubiera rebasado el hombre ese límite, a no serle innata la sociabilidad. Con mucha mayor delicadeza, con mucha mayor complicación, Robinsón en su isla no hubiera pasado de sentir su propia individualidad, su propia conservación, sus propias relaciones de propiedad. Pero la sociabilidad nos es connatural y ella nos obliga a hacernos cargo de las necesidades ajenas. En una sociedad en la que todo fuera nuestro, no habría vínculo que retuviera a los demás, sino al contrario, tendrían que huir ellos de un grupo humano así organizado, formando otro en el cual sus necesidades y el derecho a satisfacerlas les fueran reconocidos debidamente.

Esa condición nuestra de seres sociables es la causa de que el sentimiento primario, egoísta, de la propiedad, se convierta en nosotros en sentimiento ego-altruista, con derivaciones jurídicas ya, puesto que va referido a relaciones interhumanas que se subordinan a la fórmula romana del *do ut des*, en el fondo completamente egoísta aún, pues conforme a ella, yo respeto la personalidad de los demás para que éstos respeten la mía; doy a los otros una parte de lo que quisiera para mí sin otro fin que el de conseguir que ellos me toleren el goce pacífico del resto, que retengo. El impulso sentimental, como se ve, es aquí egoísta todavía, y, por ello, en ese grado de la evolución de nuestra conciencia, con el cual se corresponde una buena parte del régimen económico presente, todos ponemos nuestro empeño en medir con exactitud el grado, el límite máximo de la resignación ajena, desenvolviéndose nuestro sistema contractual en un complicado proceso de regateo, tendiendo nuestra actuación, no a servir a la justicia, sino al interés, consistiendo el de cada uno en dar a los demás, no lo suyo precisamente, sino la menor porción posible, la estrictamente precisa para que no protesten, para que no perturben con reacciones violentas la tranquila posesión de lo que nos adjudicamos nosotros.

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

Pero ese sentimiento ego-altruista o indivio-social, como le llama D'Aguanno, de la propiedad, completamente egoísta aún, está sujeto como todas las manifestaciones de la conciencia del hombre, a un proceso indefinido de perfección y de progreso en el cual y lentamente deviene aquel sentimiento en nosotros, en sentimiento altruista o social; y en este último grado de la evolución sentimental, la necesidad ajena la sentimos como propia; el dolor de otro, llega a ser en nosotros un dolor propio, puramente representativo; pero efectivo y real. Y ese sentimiento altruista es el único elemento moral que nos predispone a tolerar de buen grado limitaciones impuestas a la propia acción, en beneficio de la acción ajena, y a consagrar esas limitaciones por mandato imperativo de la ley.

El conjunto de esas limitaciones en orden a las relaciones económicas, constituye el Derecho objetivo de propiedad, esto es, no el derecho como facultad, que es cosa bien distinta que a mi propósito presente no interesa, sino el Derecho como reglamentación de relaciones sancionadas por la ley.

El sentimiento de la propiedad y el derecho de propiedad son, pues, cosas totalmente distintas, pero íntimamente relacionadas entre sí, ya que el derecho como reglamentación de instituciones, es un producto de la actividad del hombre, y en la dirección, en la tendencia de esa actividad, influye de un modo decisivo el grado de la evolución sentimental del actor, al que se subordinará forzosamente su acción. El sentimiento, más aún que la idea, es el motor fundamental de la conducta de los hombres, y, por lo tanto, el impulso más poderoso de nuestra actuación en la lucha por el Derecho.

Sólo el sentimiento altruista, que se desentiende de todo estímulo de interés particular o de clase, es motor adecuado para la lucha por el Derecho verdadero, que es, como decía Vicco, no el más conveniente a un individuo o a una clase social cualquiera, sino el más conforme a los principios fundamentales de justicia y al interés total humano. Pero la imposición de ese derecho verdadero no será posible si no cuenta como precedente, con un estado de la conciencia social que se corresponda con él, que lo haga tolerable cuando menos.

Tan íntima es la relación entre la vida del Derecho y nuestra evolución sentimental, que toda reforma jurídica que se desentienda del estado medio de la conciencia de los hombres, del grado de progreso de los sentimientos del alma humana en una época determinada, no causará sino una peligrosa perturbación. La reforma de un régimen cualquiera no puede ser viable si tiene todas sus raíces en la *Gaceta*; aunque de otro modo piensen los que se consideran con derecho a recortar la vida social sobre un patrón preconcebido de escuela. Esa concepción atrabiliaria de la vida jurídica, propia del socialismo autoritario o de cátedra, que considera a la ley, no como condición, sino como causa de la vida, y entiende que ésta ha de ser como ordene el legislador sin más que por mandarlo

él, está en desacuerdo con los más elementales principios de biología jurídica, según los cuales en la vida del derecho, la herencia y el ambiente, artífices de la conciencia media de los hombres de cada época, influyen bastante más que la lucha por el derecho verdadero, lucha que corre a cargo de los mejores, de las aristocracias aristotélicas, predispuestas por su mayor capacidad ética, a reaccionar contra las injusticias del medio, actuación ésta absolutamente necesaria para el progreso jurídico; pero de una eficacia no tan decisiva como parece a los espíritus autoritarios de todas las tendencias. Esto aparte de que no todos los que creemos de buena fe luchar por el derecho verdadero, combatimos por él realmente. Con frecuencia es el fanatismo de escuela el resorte más poderoso que impulsó nuestra actuación en la vida pública, siendo las más de las veces nuestro propósito fundamental poner a salvo, no precisamente el interés humano, sino la integridad de nuestro predilecto patrón dogmático, que amamos sobre todas las cosas, con nuestro fanatismo de devotos de un credo que apasionó nuestra conciencia, poniendo todo nuestro empeño en adaptar a aquel patrón la vida civil, aunque hayamos de hacer en ella amputaciones peligrosas.

Esa actuación perturbadora, frecuente en los luchadores por el Derecho, se ha manifestado más claramente que en otra alguna, en la institución de la que he de ocuparme yo esta noche, esto es, en los bienes de propios y comunes de los pueblos, barridos totalmente de las realidades de nuestra vida por una fuerte corriente ideológica, generosa y noble como todas las grandes corrientes del pensamiento humano; pero equivocada en su dirección económica, que ha venido en algunos de los aspectos de su actuación en este orden, a causar al pueblo perjuicios irreparables.

* * *

La reglamentación de la propiedad

Ya he dicho, y aunque no merezca los honores de la repetición lo expreso otra vez, que las relaciones de propiedad, que para un hombre aislado no hubieran trascendido de la esfera económica, devienen en relaciones jurídicas tan luego se establece una organización social cualquiera, pues la necesidad que siente cada hombre de aplicar a su vida los medios de conservarla, ha de respetarse por los demás. Lo contrario hubiera impedido la formación del organismo social del que hubiese tenido que huir el hombre, buscando el aislamiento como un medio de defensa de su propia vida. Por eso en todo momento de la historia hallamos reglamentadas, condicionadas por el Derecho en una u otra forma, aquellas relaciones económicas.

La originaria reglamentación de la propiedad fué comunista sin género ninguna de duda. La tribu primero, la gens después, más tarde la familia en sentido estricto, esto es, siempre una comunidad basada en los víncu-

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

los de la sangre, o en la ficción de ellos al menos, son el sujeto de aquel derecho, y en común en la tribu, en el Clan o en la familia, satisfacen los individuos, sus cortas necesidades. En todos los pueblos cuya vida primitiva nos es conocida, aunque solo sea por inducciones, el derecho de propiedad ha sido eso: un atributo de un grupo humano.

Pero el progreso no es más, como decía Spencer, que un proceso de desintegración, que produce en el organismo individual o social sometido a él, diferenciaciones más acentuadas cada vez; y debido a ello, el individuo acaba por despegarse de la agrupación social a que se mantuvo soldado durante siglos, e iniciada la personalidad individual se afirma a sí misma, vindicando para ella todos los atributos de la personalidad; el de propiedad entre ellos, que deviene en derecho individual, si bien coexistente con residuos de la anterior organización comunal que persisten hasta hoy, debido a que, como decía Azcárate, las distintas épocas históricas, con sus instituciones características, no se ofrecen como las capas geológicas de la tierra, delimitadas entre sí, sino más bien como los distintos matices de la luz que se filtran unos en otros produciendo un solo y uniforme matiz; y, por esto mismo, no son sino persistencias, aunque modificadas, como dice el citado Sr. Azcárate, de aquella reglamentación comunista de la propiedad, el Común indo, el Mir ruso, las organizaciones comunales de Servia y Dalmacia, la propiedad comunal en Francia, Bélgica y España.

Entre nosotros, el verdadero historial de los bienes comunales no empezará, si llega a hacerse alguna vez, antes de la Reconquista. Se sabe, sí, que la organización primitiva de la propiedad en España, fué comunista. Conocemos la forma de los repartos de tierras entre los vacceos de la cuenca del Duero, por las referencias de Diodoro Sículo; se afirma que la Celtiberia tuvo una verdadera constitución agraria confeccionada por su Gobernador Tiberio Sempronio Graco, en la que se reglamentó, como en Roma, un doble *áger*: el *publicus* y el *privatus*. Costa cree que la ley Semproniana, implantada años más tarde en Roma por el tribuno Tiberio Graco, la tomó éste de la Constitución Celtibérica ordenada por su padre. Se conocen igualmente inscripciones de la época romana que contienen referencias concretas a bienes del común. Más conocidas son aún de todos las disposiciones del Fuero Juzgo, especialmente las de su libro octavo, en las que se reglamentan los prados y montes del común de vecinos, que también el Sr. Pérez Pujol, sabio maestro que tan alto puso el nombre de esta casa, consideraba reminiscencias de la primitiva propiedad comunal ibérica.

Todo eso son, ciertamente, precedentes de la propiedad comunal. Pero ésta no es aquello precisamente, sino una institución más concreta, cuya historia, como dije, no empieza antes de la Reconquista, precisamente porque ese hecho histórico es el momento inicial de nuestra nacionalidad presente, que, como todas las nacionalidades, no hubiera podido

Los bienes comunales en la Historia

nacer sino al influjo de esa institución o de otra similar, ya que es evidente que, como ha dicho Meyer, ningún pueblo ha llegado a convertirse en nación, fundar un Estado y tener historia, sino a condición de haber unido fuertemente al suelo las familias que lo componía, bajo una de estas dos formas: *Régimen de comunidad*, en el cual el dueño del suelo es un grupo humano (Municipio, familia), que concede a sus miembros el uso de la tierra; *Régimen feudal*, en el que la propiedad se vincula en una jerarquía, cuya cabeza es el señor y cuya base es el labriego, y en el cual, por eso mismo, por vincularse el dominio en la jerarquía, queda la propiedad fuera de la libre disposición del individuo.

La propiedad comunal no es, pues, una creación caprichosa de la ley, sino la más fuerte levadura de la nacionalidad, el mejor de los procedimientos utilizados durante los siglos medios para asegurarle al suelo pobladores y súbditos a la soberanía.

Naturalmente que a la citada ley de biología política no había de sus- traerse nuestro pueblo que, para convertirse en nación, fundar un Estado (son varios los que fundó) y tener historia apeló, no a uno de los dos procedimientos indicados, sino a los dos a la vez, uniendo fuertemente al suelo a los pobladores, por la comunidad municipal y por la jerarquía feudal, incorporando el dominio de la tierra en una u otra de esas dos instituciones utilizadas simultáneamente durante el periodo de la Reconquista. Con lo cual no quiero significar que no existieran más que esas dos formas de propiedad, sino simplemente que son ellas las dominantes, pues los alodios, o sea las tierras de dominio individual y libre a estilo romano, que existían también, tienden a enfeudarse de dos modos distintos: el gran alodio, por enfeudación directa, o sea mediante el reparto de la tierra alodial en feudos; el pequeño alodio, por su recomendación a un señor, que se encarga de defender la tierra y que para eso la recibe del propietario de ella, a quien la devuelve después en feudo. Debido a las flaquezas del poder público, que en aquella época de fuerza no sirve de garantía al derecho privado, el pequeño alodio que se empeña en persistir siéndolo, es absorbido por el primer señor feudal que piensa en ello. Así en Francia, país feudal por excelencia, la frase *no hay tierra sin señor* era axiomática, sobre todo en los territorios del Norte. En Cataluña pudo decirse lo mismo con relativa exactitud. En el resto de España, salvo los alodios pertenecientes a ciudadanos de municipalidades poderosas, que coexisten con los comunes del pueblo, el resto de la tierra es comunal o es feudal.

*La Comunidad
y el feudo*

Pero es el caso que así como el feudo invade la comunidad enfeudándola siempre que puede, la Comunidad se infiltra a su vez en el feudo, debido al recíproco influjo que ejercen unas sobre otras las distintas instituciones sociales predominantes en cada periodo histórico, circunstancia que produce en esto confusión, y que ha inducido a mi juicio a un grave error a ilustres historiadores que, como Aureliano Gourson entre otros,

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

atribuyen al feudo un sentido idéntico al de la Comunidad familiar primitiva, de la cual le consideran derivación, sin admitir otra diferencia entre ambas instituciones que la de que en la Comunidad familiar se entra por el nacimiento o mediante la ficción de suponer pariente a quien no lo es, mientras que la Comunidad feudal nace del contrato en cualquiera de sus dos formas (recomendación, enfeudación) siendo la tierra en la Comunidad feudal como en la familiar la base de la asociación. Y esto último es, a mi ver, lo único que hay de exacto en tales afirmaciones.

Las primitivas comunidades familiares se convierten en comunidades territoriales, esto es cierto; pero el heredero legítimo de ellas no es el feudo sino el Concejo, en el cual se cumple aquella ley de evolución o de tránsito del principio de la consanguinidad que es la base de las comunidades primitivas, al de la territorialidad en que se apoya el Concejo, constituido por los pobladores sin relación ninguna a los vínculos de la sangre. Ese principio de la territorialidad, se ofrece en el Feudo lo mismo que en el Concejo; pero sólo en este último se da además una mutualidad igual para todos los comuneros, mutualidad que en el Feudo falta por completo; y la mutualidad, y no el principio de la territorialidad, es la característica de las comunidades tanto familiares como territoriales, por lo cual en el Feudo no hay comunidad, ya que en él todo el derecho está de parte del señor y toda la obligación de parte del vasallo.

Con atenuantes en algunos países, España uno de ellos, con limitaciones además derivadas de la forma de la enfeudación, que podía dejar al vasallo hombre libre, aunque obligado a determinadas prestaciones, la regla es que el señor feudal es dueño supremo y por serlo de todo, hasta lo fué de la persona de sus vasallos de vasallaje servil, a quienes pudo maltratar y dar tormento y quitar la vida, a *merci et a misericorde*, según la máxima feudal francesa. ¿Y qué comunidad era esa, ni cómo había de hacer valer sus derechos en ella un hombre como el siervo que ni siquiera era persona y que hasta la vida la tenía a merced de su señor?

La Comunidad existió ciertamente en las tierras de señorío; pero entre los vasallos nada más, siendo ello debido a que, como ya dije, la comunidad se infiltra en el feudo influyendo en él, multiplicándose en los señoríos las comunidades serviles de distinta procedencia. Unas veces nacen del pacto entre los siervos, consentido por el señor, con frecuencia impuesto por él, que buscaba en la comunidad, la solaridad en cuanto a las cargas. Otras veces preexistía a la incorporación del territorio a un feudo, una comunidad familiar o sobre familiar constituida en el dicho territorio, comunidad que por carecer de condiciones de defensa, entregaba sus bienes, por recomendación, a un señor para que éste los defendiese, persistiendo en este caso, la comunidad que anteriormente se dió en la misma tierra, a la cual comunidad se le devolvían los bienes por el señor a censo, siendo éste el origen de los feudos llamados rústicos, análogos a la enfiteusis romana. Por último, en un tercer caso era reducida por la fuer-

za a la merced de un señor, una comunidad libre que se convertía en servil. En esos tres supuestos, se da la comunidad en los feudos, pero entre los vasallos nada más, no entre ellos y el señor, por lo cual no puede entenderse que sea el feudo una comunidad, pues ésta va referida a uno de los términos de la relación feudal.

A esa comunidad personal entre los siervos corresponde otra de carácter territorial que contribuye a afirmar el error. Parece que en los señoríos, como en los realengos, cada poblador tuvo su suerte particular absolutamente inalienable, constituida por una casa y su cercado. El resto del territorio solía dividirse en dos partes: una para el señor, cultivada gratuitamente por los vasallos, y la otra para éstos en comunidad, quienes cultivaban por su cuenta esta parte, pagando de su cosecha, además de producir gratuitamente la del señor, toda aquella serie interminable de tributos que más detalladamente que en otro alguno se reglamentan en el Fuero general de Navarra. Pues bien, aquella parte del territorio feudal que quedaba para los vasallos, era lo frecuente que la explotaran éstos en común y con subordinación a uno cualquiera de los sistemas predominantes en el aprovechamiento de los bienes comunes de los pueblos, sistemas de que me he de ocupar acto seguido.

* * *

Títulos de adquisición de los bienes comunales

De esos bienes de las comunidades serviles no he de acuparme, ya que no son ellos propiedad comunal sino feudal. Los bienes comunales propiamente dichos, son los pertenecientes en común a los pobladores, a los vecinos de las ciudades y villas, siendo dos principalmente sus títulos de adquisición.

Es el primero y más importante de aquéllos, el donativo de los reyes, a quienes pertenecía a título de conquista el territorio rescatado, una parte del cual la entregaba el monarca a los nuevos núcleos de población formados por los ciudadanos de las municipalidades libres que habían ayudado al rey en la empresa. Fué el segundo de dichos títulos, frecuente en la época histórica subsiguiente, la compra de terrenos efectuada por la municipalidad, por lo común a señores, quienes solían reservarse sobre los territorios cedidos el dominio directo, transmitiendo el útil y dejando con ello constituida una enfiteusis de las que tanto abundan en nuestro derecho histórico.

Esos bienes comunales consistían principalmente en montes, prados y tierras de labor, y sobre todo estas últimas, se aprovechan no sólo en común, sino también individualmente y por uno cualquiera de los sistemas que expondré después. De modo que no es de esencia como por desgracia creyeron nuestros desamortizadores, y digo por desgracia, porque esa creencia hizo más extenso el daño que en este punto vino a causarnos la desamortización civil, que el aprovechamiento de los bienes

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

comunales se ejerciera directa y simultáneamente por todos los vecinos, sino al contrario, ese aprovechamiento, respecto a las tierras labrantías sobre todo, era lo corriente que estuviera reglamentado de modo que el derecho de cada vecino se concretase por un periodo más o menos largo, en una porción determinada de la tierra comunal.

Esa circunstancia hace más difícil la distinción entre los bienes comunes y los de propios, que aparecen más tarde, y de los que me ocuparé después, ya que ni difieren por su naturaleza, que ofrece muchas modalidades iguales (montes, prados, tierras labrantías), ni por la forma del aprovechamiento, que era frecuentemente individual en los bienes comunes como lo fué en los de propios. La diferencia entre unos y otros está en la causa del aprovechamiento, onerosa respecto a los bienes de propios por cuyo disfrute se paga una renta que percibe la corporación municipal (salvo el sistema de cultivo a vecinal, en el que no hay disfrute para el vecino ni pago de meced por lo tanto); gratuita en los bienes comunes por cuyo uso no se debe renta ninguna, pues, *«nos han sido dados (declan a este respecto las ordenanzas de la Comunidad de Teruel y Villa de Mosqueruela), por los señores reyes de Aragón, para alimentos y propios usos de todos los pobladores pasados, presentes y aduenideros.»* Y eso son los bienes comunes: no fincas que dan renta al Concejo, sino patrimonio del pueblo para alimentos y propios usos de los vecinos, característica que quedó claramente reconocida en la Real Provisión de 26 de Mayo de 1760 que prohibía la imposición de ninguna forma de renta a los bienes que, por no ser de propios, se han venido labrando hasta ahora, se dice allí, sin cánón alguno.

Naturaleza de los bienes comunales

Otra característica tienen los bienes comunes además y consiste ella en la dificultad de determinar a quién pertenece su dominio. No se trata aquí de un caso de comunidad o con dominio, en que a cada porcionero corresponde el pleno dominio de una parte ideal del objeto de la que pueda disponer libremente. El derecho del vecino es un atributo de la vecindad, intransmisible por eso mismo. Tampoco puede estimarse el derecho de cada vecino en los bienes comunales, como un derecho real constituido en cosa perteneciente a una tercera persona, que pudiera ser en este caso la comunidad constituida por el total de vecinos, pues como dice Azcárate, la suma de los derechos de cada uno de aquéllos en los bienes comunes, agota totalmente el derecho de que esos bienes son objeto, de tal modo que la propiedad que pudiéramos reconocer a favor de esa tercera persona, ya fuese ésta el Concejo, ya la comunidad establecida por los vecinos independientemente de la concejil, sería una propiedad completamente vacía de contenido, y un derecho sin atributos no es tal derecho.

Savigny sale del paso calificando este género de propiedad, de propiedad imperfecta y sin otro contenido que el derecho y el deber a la vez de defender el único derecho efectivo que se da aquí, que es el aprovechamiento a favor de los vecinos.

Por mi parte considero evidente que el cuerpo que forman los bienes comunales y el fin a que están ellos destinados (alimentos y propios usos de los vecinos), ambas cosas combinadas, constituyen por sí una personalidad jurídica a la cual corresponde la propiedad de aquellos bienes, siendo en resumen la institución que nos ocupa una pura y simple fundación, pues sabido es que esa clase de personas jurídicas, esto es, las fundaciones, no son en puridad sino eso: conjunto de bienes adscritos a un fin. La institución de los comunales de un pueblo, establecida por donación de los reyes o de otras personas, por compra o por cualquier otro título legítimo, queda adscrita a los alimentos y propios usos de los vecinos de un pueblo o de varios pueblos a la vez; y eso jurídicamente no es sino una fundación, pues se da en la institución un cuerpo cierto de bienes adscritos perpetuamente a un fin, de alta transcendencia social por cierto.

*Aprovechamiento
de los bienes comu-
nales*

El aprovechamiento de los bienes comunes por los vecinos es lo fundamental del derecho de éstos y su estudio, lo más interesante sobre que puede recaer nuestra atención en este asunto.

D. Joaquín Costa, en su obra *Colectivismo agrario*, hace una exposición muy extensa, la más completa que conozco, acerca de las distintas modalidades que revistió el aprovechamiento de los bienes comunes en España. Pero es dicho estudio casuístico muy rico en color y en detalle, y quizá por eso mismo de un desconcertante desorden. En rigor es muy difícil estudiar esta institución de otra manera. En el orden legislativo al menos, nuestra constitución tradicional aparenta las formas de una verdadera federación municipal. El Fuero es la fuente principal del derecho, y cada pueblo tuvo el suyo diferente a los demás, diferencias que se acentúan en lo referente a la reglamentación de los bienes comunales que cada municipio en sus ordenaciones, y aun frecuentemente por la costumbre, reguló a su manera, faltando totalmente disposiciones uniformes.

Sin embargo, atendiendo a sus características fundamentales, pueden reducirse a cinco los sistemas de aprovechamiento a que se sometió la propiedad comunal, siendo las notas más salientes en cada sistema las que respecto a cada uno de los cinco paso a indicar:

*Sistemas de
aprovechamiento*

1.º Aprovechamiento directo y simultáneo: Se ejerce por todos los vecinos, cada uno por su cuenta, sin otro límite que el de no estorbar el mismo derecho que corresponde a los demás. Estuvieron sometidos a este régimen los terrenos no susceptibles de cultivo y los pastos, si bien respecto a éstos se conceden también acotamientos con las limitaciones que indicaré después.

2.º Labor en común efectuada por los vecinos en la tierra comunal y reparto del producto entre los cabezas de familia; o lo que es lo mismo: cultivo en común y reparto de los frutos por igual.

En este sistema, el más extendido en el Alto Aragón, la Junta de vecinos determinaba el cuartel de monte o de territorio comunal que se

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

hubiera de cultivar y la rotación de cosechas que habían de darse en él en un número de años que la Junta determinaba también. El trabajo se hacía en común, acudiendo a él cada vecino con sus medios, esto es, con sus yuntas quien las tuviera, y el que no trabajando a brazo, devengando cada uno su jornal correspondiente que se cobraba a la cosecha, repartiéndose ésta por igual, deducidos los jornales. Asegura Costa que en este sistema de aprovechamiento han salido muchas veces, de una sola rozada, hasta 39 fanegas aragonesas de centeno por familia, y que tanto apego sentían por ese régimen de cultivo en el Alto Aragón, que ha habido pueblo, y cita entre otros el de Used, en el cual ha conocido él trabajar de ese modo grandes extensiones de terreno que habían sido siempre del pueblo, sólo que la Hacienda se las había desamortizado (no sería éste el vocablo propio) y el pueblo las compró para seguir las cultivando según su estilo tradicional, corriendo el riesgo de que se las desamortizaran otra vez.

Una variante más perfecta del mismo sistema se hallaba muy extendida en Extremadura y Zamora. Conforme a ella, la Junta de vecinos se constituía en Cabildo, en el cual se inscribían cuantos vecinos quisieran entrar a la parte, incluso las mujeres cabezas de familia. Transcurrido el período de inscripción, quedaba el Cabildo constituido con los vecinos inscritos por aquel año, y en sesión pública de sus miembros, convocada por el alcalde, procedían éste y cuatro electores designados por la Junta, al nombramiento de dos Jueces que dirigían durante el año todo lo concerniente al cultivo en común, incluso la imposición de multas por faltas en el trabajo, siendo los fallos inapelables.

3.º Sistema de escalios y presuras: Consiste en la ocupación, mejor dicho, en el cultivo por el vecino de una porción inculca de la tierra común.

En este sistema todo vecino podía ocupar una extensión determinada por él libremente, de la tierra comunal, a condición de que esa ocupación recayese sobre tierra yerma o inculca y que se cultivara realmente por el ocupante. No se admite en este sistema la ocupación simbólica o simplemente jurídica, sino sólo la ocupación por el trabajo, y mediante el cultivo de esa porción quedaba ésta fuera del alcance del aprovechamiento de los demás vecinos, mientras se siguiera cultivando por el escalador y miembros de su familia, directa y personalmente, sin que pudiera ser objeto de arrendamiento ni trabajarse aquella tierra con servicios de asalariados. Si se dejaba de cultivar el escalio, se perdía, recobrando la tierra su naturaleza común originaria, pudiendo ocuparla desde aquel momento cualquier otro vecino, sin que en el ocupante anterior restase derecho ninguno, ni aun siquiera el de reclamar mejoras.

Esta forma de aprovechamiento, muy extendida en España, fué la más común y corriente en todo el valle del Ebro, reglamentándose sobre las líneas generales que llevo expuestas, en multitud de disposiciones del derecho aragonés histórico. En la legislatura de las Cortes de Huesca de

1247, en el Fuero Scalís, sancionó Jaime I el derecho de escaliar el pedazo de yermo que cada vecino señalara libremente, a condición de que lo roturase dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que lo rayó, y perdiendo todo derecho el ocupante si dejase la tierra inculta dos años; disposición que se reproduce en las Ordenanzas de Zaragoza de 1467, si bien con ligeras modificaciones en cuanto a los términos de caducidad.

En forma parecida se seguían los escalios en Navarra como en la Rioja y Vascongadas.

No sólo en las tierras labrantías, sino también en las de pastos, se admiten los acotamientos, aunque limitados a un período de meses cada año.

A este sistema de escalios corresponde una clase especial de ocupaciones, que estuvieron prohibidas en la mayor parte de las ordenaciones municipales, y que por excepción se permitieron en algunos sitios. Me refiero a la ocupación de porciones de tierra comunal para la construcción de edificios u otras obras permanentes de fábrica, ocupaciones que llevaban aneja, allí donde estaban permitidas, una servidumbre especial. Así en el territorio de Denia, al que edificaba casa o corral de encerrar ganado, además de legitimársele la ocupación del solar, se le reconocía el derecho a lo que allí recibía y aun recibe el nombre de «*eixampliu*» consistente en la facultad que asistía al que edificó la obra, de impedir otras ocupaciones para ningún objeto, ni siquiera para la roturación del terreno, en una zona de 120 pasos alrededor de la casa; y tan honda hue-lla dejan estas cosas en la conciencia popular, que a mi, como Notario, se me ha pedido muchas veces por el comprador de cualquier trozo montuoso cultivado, con casa de labor, si la casa estaba adjunta a propiedad ajena, que hiciera constar en la escritura el «*eixampliu*» de la casa. Claro que eso no es posible en nuestra actual reglamentación de la propiedad, pues equivaldría a extender el linde de lo adquirido sobre la propiedad ajena empujando al vecino más allá. Pero aquel derecho, hoy completamente imaginario, aún perdura, aunque borrosamente en la conciencia de aquellos pueblos. Y recuerdo por cierto que ese dato, con otros tan curiosos como él, lo transmití al gran Costa, en mi buen deseo de ayudarle en su formidable labor de buceo en las entrañas de nuestra tradicional organización agraria.

4.º Sistema de sorteo.—Era el predominante en tierra de León. Dividido el territorio comunal en lotes demarcados propiamente, se procedía a sortearlos entre los vecinos, siendo preferidos por lo común los no hacendados. Los sorteos se repetían en plazos, por lo común de 5 años.

5.º Suertes o quiñones vitalicios.—Son el *Alment*, tan originario de España como de la misma Suiza, pues fué el sistema predominante en una buena parte de Castilla la Vieja.

Costa expone el método vigente en Vera de la Sierra, en la provincia de Segovia, a cuyos vecinos correspondía por privilegio de 1385 el dere-

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

cho de disfrutar los baldíos vacantes. Ese derecho correspondía al vecino y después de éste a su viuda, vitaliciamente. Muertos los dos, la suerte o quíñón vacante correspondía al primer vecino que entrase en ella a labrarla, sin saltar surco. Costa no explica el sentido de esa frase, sin saltar surco; pero está claro que lo que se expresa con ella, es que no se admite la simple toma de posesión, sino que se exige el cultivo, y no un cultivo simulado, sino una labranza formal y verdadera, con los surcos arrimados uno a otro, sin saltar ninguno.

Lo corriente en este sistema era que vacante un lote, no pertenecía al primer ocupante, como en Vera de la Sierra, sino que lo adjudicaba el Concejo, reunido al efecto, al vecino que lo pidiese, y si eran varios los solicitantes y mediaban iguales condiciones entre ellos, se efectuaba la adjudicación por sorteo. Era frecuente que en cada ordinación se marcara el número máximo de suertes o quíñones que podía reunir un solo vecino.

Este sistema era sin duda el más acertado, pues como dice Lavelaye, un usufructo vitalicio (el que nos ocupa era además de vitalicio sucesivo para marido y mujer) tiene para el usufructuario estímulos casi tan intensos como los de la propiedad plena, sin los inconvenientes de ésta.

* * *

En su origen, todos los bienes de los pueblos debieron ser comunes. *Bienes de Propios. Su origen*
Los de Propios son, sin duda, diferenciación provocada en los Comunales por las necesidades Concejiles, mayores a medida que se complica la vida municipal y aumentan los servicios públicos a cargo del Concejo, que como toda persona, necesita medios económicos para realizar sus fines.

Con el propósito de arbitrarse los recursos necesarios para su propia vida, procedió cada municipio a segregar del patrimonio comunal para la formación del suyo propio un cierto número de fincas cuya propiedad exclusiva se atribuyó, destinadas a dar renta aplicable al levantamiento de las cargas concejiles, segregación que debió hacerse con el beneplácito del común de vecinos. Esta es la opinión de Cárdenas y Azcárate entre otros. Y así debió ser, aunque no pueda ello justificarse plenamente, debido a que en ésta, como en la mayor parte de las instituciones de nuestro derecho histórico, lo difícil es determinar dónde, cuándo y cómo aparecieron ellas. Son hijas de la necesidad y suelen ser tan espontáneas como la causa que las provocó.

La que dió origen a la creación de los bienes de Propios, debió poner a los Concejos en el caso de buscar por su cuenta la solución del problema, sin contar para nada con la acción de un poder público rudimentario, confiando el asunto cada Concejo a sus propias iniciativas y sin preocuparse siquiera, una vez encontrado el remedio, de registrar de un modo auténtico el acto que dió margen a la nueva institución. Y como ocurre siempre en estas improvisaciones, si son eficaces, se extienden rápida-



mente y de ellas nos da la primera noticia, a veces siglos después de nacidas, la ley que las recogió como una realidad preexistente en la vida civil.

Su concepto

Quizá mejor que nadie ha definido los bienes de Propios el rey Sabio en las Partidas, si bien con aquel estilo casuístico propio de la época y peculiar en aquel legislador. «Campos e viñas e olivares e otras heredades e ganados e siervos e otras cosas semejantes que dan fruto de sí, e como quier que sean comunalmente de todos los moradores, non puede cada uno apartadamente usar para sí de tales cosas; más los frutos e rentas que salieren dellas, deuen ser metidas en pro comunal de toda la cibdad o villa cuyas fueren las cosas onde sale.» En nuestro derecho histórico esas rentas han tenido la consideración de ingresos naturales del municipio, siendo los demás arbitrios, medios supletorios, subsidiarios de la renta de Propios, a los cuales, antes del saqueo de estos patrimonios por las aristocracias campesinas, que han sido en España todo lo contrario de las aristocracias aristotélicas, no hubo necesidad de recurrir, pues como dice Canga Argüelles, la renta de Propios había bastado para la satisfacción de las atenciones concejiles, dejando aún un sobrante medio anual que calcula él en más de 30 millones.

Sistemas de aprovechamiento de los bienes de Propios

En cuanto a las formas tradicionales de aprovechamiento de los bienes propios, fueron las dos siguientes:

1.º Administración directa por el Concejo.

Tiene por base este sistema la aplicación al Concejo y el ejercicio por su parte, del derecho de facendera feudal, siendo a su vez este régimen el precedente de la prestación personal de nuestros tiempos.

Solían recurrir a este procedimiento los pueblos de corto patrimonio y conforme a él, la tierra concejil la lleva el Concejo por su cuenta, cultivándola gratuitamente para él los vecinos, reglamentándose el servicio de éstos de modo que no estorbase el trabajo propio de cada uno.

Carlos III, a cuya labor legislativa debemos una buena parte de lo que se sabe acerca de estas instituciones tan interesantes de nuestra economía agraria, que con tanto celo trató él de poner a salvo, de acuerdo con el informe de la Junta general de Comercio, reguló ese género de prestación personal con algún detalle, debiendo darse el servicio por los vecinos, acudiendo éstos a ello, con sus yuntas, el que las tuviere, los días en que se hallasen desocupados y marcarse la justicia.

Comentando las excelencias de este sistema, el gran polígrafo D. Joaquín Costa, rebuscador como nadie de todos los rincones de España, en los que han venido a refugiarse aquellas instituciones tradicionales en que vació nuestro pueblo lo mejor de su espontánea potencia creadora, lleva acerca de este extremo datos muy elocuentes en sus estudios sobre los bienes de los pueblos. Entre otros muchos, cita el caso de las Cerradas de Soria, acotamientos concejiles que, labrados simultáneamente por todos los vecinos en un solo día y recogida la cosecha por todos los vecinos

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

asimismo y en otro solo día también, bastaban sus productos para el levantamiento de todas las cargas de la municipalidad.

Otra modalidad o aplicación de importancia tuvo la facendera municipal. Abundan las ordenaciones que imponen a cada vecino la obligación, por una sola vez en su vida, de plantar árboles en el monte concejil, en el número y de la especie que la Ordenanza determine, y darlos arraigados. Esa misma plantación se exigía al forastero como condición para concederle la vecindad. Algo parecido a ese precedente que nos ofrece nuestra constitución tradicional agraria, podría satisfacer la necesidad apremiante de repoblación forestal en el país, bastante mejor que fiestas copiadas del extranjero y, por eso mismo, puestas en moda hoy, y de una eficacia tan lenta, que con solo ellas es seguro que no saldrán de calvos nuestros montes.

2.º Arriendo.

En este sistema, el Concejo, propietario de las fincas, cede el uso de ellas por cierto tiempo y por una merced en dinero o en especie.

Era este sistema el más conveniente, no por representar mayores ingresos para el Concejo, pues ocurría lo contrario, sino porque permitía al municipio reducir el número de vecinos que no fueran cultivadores por su cuenta, lo cual podía conseguirse con solo dar la preferencia para cederles las fincas en arriendo a los pobladores que no fueran hacendados.

El municipio, mediante este sistema, tenía en sus manos un medio eficaz para servir el interés público, con solo aflojar un poco en la defensa del suyo privado de propietario de los bienes, cediendo éstos por renta módica y a vecinos que carecieran de tierra propia y tuviesen capacidad reconocida para el cultivo. Con ello, a más de elevar el nivel medio del bienestar de los vecinos, colocando a éstos en condiciones de relativa igualdad en cuanto a sus medios económicos, podía intensificar la producción mediante el mayor estímulo que siente siempre el que labra la tierra por su cuenta, que el que lo hace para otro y a jornal.

Este segundo sistema era el tradicional en España, pues regía desde la época romana. El *ager publicus* de las ciudades, se daba en arrendamiento por un plazo que no podía ser mayor de cinco años. Ese plazo se limitó por disposiciones del Gobierno, y desde que éste intervino en la administración de los Propios, reglamentándola en las disposiciones de que después me ocuparé, hubieron dichos bienes de arrendarse en subasta cada año, plazo que se alargó a seis años por la Instrucción de 1828.

El plazo corto y la subasta pudieron dejar mejor servido el interés privado del Concejo, propietario de los bienes. Pero imposibilitaban aquella acción benéfica de tutela social de que antes hablé, que es el aspecto más importante de la cuestión. Cierto, que la actuación libre del Concejo en la época de su completa autonomía, pudo desenvolverse en la dirección interesada que le dieran las justicias municipales que, de faltarles la conciencia del deber, pudieron abrigar y satisfacer plenamente el pro-

pósito de beneficiar a los suyos. Pero debieron pensarse otras trabas adecuadas para evitar el abuso sin suprimir a la vez la posibilidad de que en el Municipio se cumplieran aquellos otros fines de tan alta transcendencia social.

* * *

*Decaimiento de los
bienes de Propios
y Comunes*

La supresión de las autonomías municipales provoca el decaimiento de estas modalidades de la propiedad colectiva.

Ya dije antes que el feudalismo estorbó el normal desenvolvimiento de la propiedad comunal con su tendencia constante a absorberla. Como toda institución culminante en una época, estuvo dotado el feudalismo en la suya de una fuerza de expansión formidable a la que sólo resisten las municipalidades poderosas capaces de organizar fuertes milicias.

El absolutismo monárquico sustituye a la anarquía feudal y a un enemigo sucede otro en su actuación de ataque a los patrimonios populares. La monarquía absoluta resucita en todo su vigor el concepto del dominio eminente de los emperadores romanos que se atribuyen los reyes.

En Francia, país en el cual se extreman más que en otro alguno las reacciones históricas, por lo mismo que en la época precedente había sido un estado feudal por excelencia, fué también en la subsiguiente el más absolutista, llegándose a reconocer a favor del rey el señorío no ya jurisdiccional sino económico, de toda la tierra, señorío que pensó explotarse en tiempos de Luis XIV, en beneficio de la corona, imponiendo un diezmo real sobre toda propiedad. A pesar del endiosamiento peculiar de aquel rey, asegura D'Aguzzo, que llegó a enfermar de caviloso que le puso aquello que consideró una mala acción; pero los Doctores de la Sorbona acudieron con el remedio y actuando de maestros en el arte de la adulación, desvanecieron los escrúpulos del monarca, dictaminando que ciertamente todos los bienes de los súbditos le pertenecían a él. Y del dictamen salió no sólo consolado sino convencido además, por lo visto, puesto que en sus instrucciones al Delfin, que produce Troplong, decía el rey, que «nadie debe poner en duda que todo cuanto existe en el perímetro de nuestros Estados, decía él, nos pertenece, pues los reyes son señores absolutos a quienes corresponde la libre y plena disposición de todos los bienes, tanto de clérigos como de seglares».

*El decaimiento de
estos bienes en Es-
paña*

Esos grandes cambios de dirección del pensamiento humano que motivan transformaciones radicales en la estructura de los Estados, no circunscriben su acción al país en que la nueva corriente se inicia, sino que invaden los demás. La nueva corriente absolutista inundó la comunidad civilizada de entonces y, naturalmente, de ella no había de quedar libre nuestro país. También nuestros reyes se atribuyen el dominio eminente sobre todo el territorio, y de un modo muy especial se consideraron con derecho, y esto aun antes de la época propiamente llamada de la monar-

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

quía absoluta, para hacer merced a sus favorecidos, de bienes propios, de las comunidades municipales, ya que en su mayor porción procedían tales bienes de liberalidades reales. Pero la justicia obliga a reconocer que en España esos actos de algún rey, Carlos I uno de ellos, se rectifican por el mismo autor del abuso o por algún sucesor suyo, a instancia de los procuradores en Cortes, y con frecuencia fueron los reyes la mejor y más desinteresada defensa de la integridad de aquellos patrimonios colectivos.

El mal que a éstos causó la monarquía absoluta, lo recibieron las comunidades por derivación de la reforma política. Al régimen representativo en la organización de la vida pública municipal, que es el propio de la autonomía, sucede, fomentado por los reyes, el sistema contrario, o sea el de la delegación, que convierte las administraciones municipales en simples organismos burocráticos, con autoridad delegada del rey, no nacida, como en el régimen precedente, de la representación que les confirió el pueblo. En Castilla, sobre todo, empieza el tránsito de uno a otro sistema aun antes del período histórico que caracterizó al absolutismo, pues ya en los tiempos de Alfonso XI, hubo regidores perpetuos con sus alcaldes de Real nombramiento.

El cambio de sistema repercute de un modo lamentable en la vida económica de los municipios. Los cuerpos capitulares, como en los cacicatos de nuestros días, quedan copados a guisa de juro de heredad en los prepotentes de los pueblos, quienes disponen de los bienes concejiles como de cosa suya, arraigando en ellos la creencia de que lo era realmente, debido a la costumbre de tenerlos constantemente a su merced. Martínez Alcubilla, reproduce diferentes Reales Cédulas relativas a casos concretos que prueban esto mismo. En una de ellas se relata la hazaña de cierto alcalde de Cercedilla, que había incorporado a su patrimonio bienes del pueblo y que tan convencido se hallaba por lo visto, de estar a derecho al obrar de esa manera, que metió en la cárcel, sin duda por desacato a su digna autoridad, a dos regidores que se atrevieron a reclamarle la restitución de aquellos bienes del Común. Felipe V, por Real Cédula de 1736, estableció que no era admisible la prescripción como medio de legitimar por la posesión aquellas expoliaciones, agregando que los años de posesión respecto a tales usurpaciones, debían contarse para el solo y único efecto de determinar la cuantía de las rentas que juntamente con los bienes debería restituir el expoliador y que debía pagar éste además los intereses de tales rentas.

Esos abusos que debían venir de larga fecha, pues en parte se previenen en una ordenanza de los reyes católicos, de 9 de Julio del año 1500, motivaron, por fin, la franca y decidida intervención del poder público en estos asuntos, y Carlos III, en 30 de Julio de 1760, promulgó el Reglamento orgánico de los bienes de Propios, sujetando su administración a la dirección suprema del Consejo de Castilla y a la Contaduría general de Propios y Arbitrios. Tres años más tarde ordenó el mismo rey la con-

fección de un reglamento para cada pueblo, debiendo cada reglamento encabzarse con un inventario detallado de los bienes; inventario al que se procedió realmente, antecediéndole como precedente necesario una rebusca tenaz de los bienes de esa procedencia que se habían venido filtrando en los patrimonios privados de las aristocracias campesinas. Se confeccionaron doce mil reglamentos para otros tantos pueblos, cada uno de los cuales, dice Martínez Alcubilla, tiene el carácter de una verdadera constitución concejil. Costa, dice de aquel trabajo, que es un monumento egregio de la administración del antiguo régimen, título de gloria para el Consejo de Castilla y para los pueblos, verdadera constitución de su propiedad colectiva, propiedad que constituye una de las más importantes modalidades de nuestra vida nacional.

Con este género de propiedades se relaciona íntimamente también otro aspecto de la gigantesca labor legislativa de Carlos III, en el orden agrario. Me refiero a sus disposiciones sobre colonización interior correspondientes a los años 1766 al 1770, en las que se ordenaba el reparto de tierras labrantías en ciertas condiciones, y que tan equivocadamente han sido interpretadas, habiéndose dicho de ellas que fueron la aplicación más atrevida en el siglo XVIII en toda Europa, de los principios de la escuela individualista y que en este particular aspecto, Carlos III se había anticipado a la tendencia general pulverizadora de la propiedad en que se inspiró pocos años más tarde la Revolución francesa. Esa afirmación la recoge también el Sr. Azcárate, en su historia de la propiedad, y con ello parece imprimirle el sello de su autoridad indiscutible en estas cosas. Pero es indudable que existe aquí un error fundamental de apreciación, ya que aquellas disposiciones no afectan al dominio de los bienes, que conservan intacto las comunidades, sino que se limitan a reglamentar el aprovechamiento, haciéndolo en forma y con subordinación a una tendencia que debe ser para nosotros lección.

La colonización interior la inicia en el orden legislativo la Real Provisión de 1766, dictada para Badajoz nada más, la cual se hizo extensiva al resto de Extremadura y a Andalucía en 1767, y a toda España en el año subsiguiente. La Real Provisión de 26 de Mayo de 1770, que cierra el ciclo de la reforma y que está incluida en la Novísima Recopilación, no alteró substancialmente las disposiciones anteriores sobre la materia, pues no hace sino alterar el orden de preferencia establecido por aquéllas entre los vecinos con derecho a ser favorecidos por los repartos. Pues bien: en esa Real Previsión de 1766, que en lo fundamental no se altera ni modifica por las subsiguientes, se decretó el reparto de las tierras baldías y concejiles en lotes o quñones entre los vecinos más necesitados, quienes deberían trabajarlos por sí, perdiendo el lote quien lo cediese en arriendo o lo dejara inculto dos años. Si por haber ordenado eso deshizo Carlos III las propiedades colectivas de los pueblos anticipándose a la corriente individualista que impulsó a la Revolución francesa en este punto, habrá que

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

admitir que esa revolución tuvo en esto aquí en España un precursor en más de cinco siglos más antiguo, y fué éste Jaime I de Aragón, que en Huesca, en el Fuero Scalís, reglamentaba los acotamientos de un modo parecido; y otro precursor más viejo aún debe tener la tendencia y es Sancho Ramírez de Navarra, que en 1092 decía a los pobladores de Argueda, en el Fuero que les otorgó, que les hacía merced «*para que podades escaliar en la bårdena o a vos ploguier en el yermo*», agregando que en la tierra roturada no entrasen unos sobre otros, esto es, que se respetasen las posesiones; pero estableciendo que éstas se perderían por diez años de no cultivarlas.

Es indudable, pues, que aquellas disposiciones tienen una significación muy diferente a la que con tanta injusticia se las ha atribuido. Carlos III, que a falta de cualidades relevantes, tuvo la muy estimable de saberse rodear de hombres de enorme talento, y la discreción de no estorbar las generosas iniciativas de sus ministros, no hizo al decretar aquellas disposiciones, sino sancionar la tendencia general de la política agraria del gran aragonés Conde de Aranda, tendencia que no era otra que la de poner la tierra en manos de labradores efectivos, de los que empuñan la esteva. Y echó mano, naturalmente, de los bienes concejiles; pero sin el intento siquiera de expropiarlos, sino con el solo fin de regular su aprovechamiento, sustrayendo éste a la codicia y malas artes de las clases prepotentes, cuya resistencia y sistemática oposición, verdaderamente inicua, pues no obedeció sino al deseo de perpetuar sus propias depredaciones, neutralizó la reforma.

Que solo ese era el propósito se explica con absoluta claridad en las mismas disposiciones de que vengo hablando, las cuales llevan a guisa de preámbulo, informes completos de autoridades y vecinos calificados de distintas comarcas, coincidentes todos ellos en asegurar que los prepotentes de los pueblos, rompían en dehesas y baldíos aplicándose a sí y a sus parciales lo mejor, con exclusión de los menesterosos a quienes, como decía el Personero de Sevilla, además de privar de lo suyo quedándose con ello, tenían, mediante ese procedimiento, más y mejor a su merced, como más necesitados del jornal. Contra eso iba la reforma agraria del gran político aragonés, reforma que no tiene ningún punto de parentesco, ni aun por afinidad, con la desamortización del período histórico subsiguiente.

* * *

La fuerte corriente ideológica individualista que, como ha dicho Altamira, era el germen de infecundidad que llevaba la revolución francesa en sus entrañas, da el asalto definitivo a las propiedades comunales, investida la tendencia con la fuerza y majestad del poder público, en la época de la Revolución. Inicia la aplicación legislativa de la doctrina en España, el

Asaltos legislativos contra los bienes de Propios y Comunales

Decreto de 4 de Enero de 1813, ordenando que se redujeran a propiedad particular todos los baldíos o realengos y los de Propios y Arbitrios. «De cualquier modo que se repartan esos terrenos, habrá de ser, dice el artículo 2.º, en plena propiedad», ordenándose en el 9.º un reparto gratuito de un lote a cada capitán, teniente o subteniente, que se hallaran en ciertas condiciones, y lo mismo a las clases y soldados licenciados de la última guerra, si hubiera bienes de esa clase en el distrito en que fijaran ellos su residencia; pero siempre y a todos en pleno y libre dominio. Lo del dominio pleno y libre era lo único que merecía la atención de los reformadores, que en su fanatismo de escuela se desentendían de todo lo demás, aun de la justicia misma del reparto.

Esa misma tendencia que dominó desde entonces, culmina con los resultados definitivos y por desgracia irreparables, de la ley de 1.º de Mayo de 1855, que en su artículo 1.º declaró en estado de venta, entre otros, los Propios y Comunes de los pueblos. A esa declaración de estado de venta, respecto a los bienes de Propios, no se hizo otra salvedad que la referente a las dehesas destinadas a pastos de los ganados de labor en pueblos en que no las hubiese comunales suficientes para ese objeto. En cuanto a los bienes comunes, se exceptuaron de la venta «los que sean hoy, dice la ley, de común aprovechamiento», previa justificación de serlo realmente; efectuada esa justificación en el expediente oportuno, expedientes que resolvería el Gobierno, oídos el Ayuntamiento o Diputación interesados en el asunto, y que deberían iniciarse en el término de un mes.

Ni en ese plazo establecido por la ley de 1855, ni en las sucesivas prórrogas concedidas en disposiciones posteriores, se incoaron apenas expedientes; y como a la incuria de los municipios en España, corresponde otra idéntica para estas cosas por parte del Estado, los pocos que se llegaron a iniciar, se cubrieron de polvo en los archivos del Ministerio, según confesaba paladinamente el Sr. Camacho en 1886. Pero el Estado se perdonó a sí mismo su propia incuria, castigando la de los pueblos a quienes declaró decaídos de su derecho por no haber solicitado la excepción de venta conforme a la ley de 1855, y mediante esa declaración previa, en la ley de 1888, reglamentó el legislador a su gusto los bienes comunales, en términos notoriamente antijurídicos.

La justificación exigida por la ley de 1855 era racional y pudo, además, prestar un gran servicio, puesto que cada expediente hubiera podido ser a la vez un inventario de los bienes comunales de cada pueblo. Dicha ley, que suprimió totalmente los bienes de Propios, respetaba en cambio los Comunes de los pueblos, no imponiendo a ese respecto otra condición, que la de que se probase que tales bienes comunes lo eran realmente. La ley 8 de Mayo de 1888 altera substancialmente en esto la del 55, pues atribuye al Gobierno la facultad de determinar los bienes que, como de propiedad comunal, podría conservar cada pueblo. De modo que para

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

dicha ley eran comunales, no los bienes que el pueblo justificase pertenecerle por ese concepto, sino los que el Gobierno entendiera que le bastaran al común de vecinos para sus necesidades peculiares, extremo éste que debería resolverse por el Gobierno previo informe de la Junta de Agricultura, Diputación Provincial y Dependencias provinciales de la Hacienda Pública, organismos perfectamente burocráticos y totalmente a merced del poder central, quien desde Madrid y sin más antecedentes, declaraba de su competencia exclusiva, dejándola a su cargo, la facultad de tomarles a los pueblos, sin moverse de la corte, la medida exacta de las necesidades peculiares de cada uno de ellos. Lo que es igual que si una ley estableciera que son míos, no los bienes que legítimamente me pertenezcan y pruebe yo además que lo son, sino sólo aquellos que diga una autoridad cualquiera que a mí me bastan para satisfacer mis propias necesidades, medidas además éstas, no por mí, sino por dicha autoridad. Y consecuente con ese principio tan irracional el artículo 5.º de la misma ley, exigía que se acompañase al expediente una certificación del Ayuntamiento acreditativa de no haber en el pueblo otros bienes exceptuados que bastasen para el aprovechamiento a que la finca hubiera de destinarse. Y es que el Gobierno iba a lo suyo, y lo suyo no era hacer derivar las reformas de la Revolución por cauces de justicia y de conveniencia social, sino acabar con la propiedad comunal vendiendo los bienes de esta clase como de Propios, con lo cual, además de incautarse el Estado del 20 por 100 del precio de la venta, mejor dicho, de la totalidad de aquel precio, pues el 80 por 100 restante se obligó a entregarlo a los Ayuntamientos cuando liquidara con ellos sus cuentas atrasadas (liquidación que debe ser obra de romanos, pues en 1917 aún estaba totalmente por hacer), además de esa incautación, repito, dejaba servido el individualismo de la tendencia revolucionaria. Lo importante era no dejar en pie ninguna de las modalidades de la propiedad comunal. La propiedad había de ser toda ella individual y libre.

*Consideraciones
críticas*

Además, que aquellos nuestros hombres de gobierno parece que no tuvieron noción exacta de lo que eran los bienes comunales; o aparentaban no tenerla, y esta interpretación sería más grave todavía. Para ellos leñas y pastos eran los únicos aprovechamientos posibles en la propiedad comunal y por eso, sin duda, el citado artículo 5.º de la ley del 88 ordena que se cuenten las vacas, caballos y mulos de cada pueblo y por su número, regula las hectáreas de la tierra adhesionada en cada término municipal: dos hectáreas por cabeza si el prado era de primera, tres si de segunda y cuatro si de tercera. Pero el cultivo aplicado a bienes comunales estaba para ellos completamente fuera de lugar. Sobre todo, lo que no concebían nuestros desamortizadores, era el aprovechamiento individual de la tierra común previo su reparto en lotes, pues consideraban de esencia que el aprovechamiento de este género de propiedad fuese simultáneo para todos los vecinos. El reparto en lotes contradecía aquel principio y por eso mis-

mo, bienes cultivados previo su reparto en vitas, suertes o quñones, modalidades del aprovechamiento que con tan exuberante frondosidad supo crear la actividad espontánea de nuestro pueblo, aunque hubieran sido evidentemente comunales, se entendió que decayeron de su condición sólo por haber sido repartidos, degenerando por ello, aunque no mediara otra circunstancia, en bienes de Propios que deberían venderse.

Ese es el criterio predominante en todo este período histórico y el que desde 1855 vino aplicando nuestra jurisprudencia administrativa por el cual, por fortuna, no se dejó llevar tan ciegamente el Tribunal Supremo salvando éste, con el suyo más ecuánime, algunos fragmentos de nuestra propiedad comunal. Y precisamente para impedir esa actuación del Supremo, debió pensarse en la promulgación de la ley de 1888.

Uno de los pueblos que inició el expediente de excepción, y sirva este caso de ejemplo y de confirmación a la vez de lo que vengo diciendo, fué Bermillo de Sayago. Pidió la excepción del término municipal entero, por ser en él las tierras, así de pasto como labrantías, de aprovechamiento común y haberse venido ellas cultivando por lotes distribuidos entre los vecinos por sorteos periódicos. Esos bienes, pensó seguramente nuestra Administración, son de Propios aunque el pueblo de Bermillo los bautice de comunales. Y así lo resolvió, acordando que el término municipal entero se vendiera como bienes de Propios de aquel Ayuntamiento. Pero no se resignó el pueblo e interpuso recurso contencioso y lo ganó, sentenciando el Supremo en 1873 que aquellos bienes eran comunes a pesar del reparto, pues la forma de realizarse éste no contradice la comunidad sino al contrario, la confirma, pues si bien es cierto, decía el Supremo en la sentencia, que la distribución del territorio en lotes sustrae el asignado a cada vecino del aprovechamiento de los demás vecinos, esa privación es recíproca y tiene como compensación para cada uno, la asignación del uso exclusivo de otro lote similar, teniendo el reparto la clara significación de ser un orden de aprovechamiento más beneficioso para todos los comuneros. El aprovechamiento común, sigue diciendo el Supremo allí, no ha de entenderse de un modo tan mecánico y literal que se oponga y excluya todo arreglo que se estime conveniente por los interesados en él.

Pero esas razones no hicieron mella en el Gobierno. La propiedad comunal había de ser barrida para siempre del gran cuadro de nuestras instituciones tradicionales. El individualismo, prepotente entonces, lo exigía así; y sin duda para armar la tendencia con un título jurídico que la preservase de percances como el que la hizo sufrir el Supremo en casos como el que cité, se ideó la ley del 88 mediante la cual ni el Supremo siquiera tuvo ya la posibilidad de poner diques de justicia a la arrolladora corriente, ya que según esa ley serían en adelante bienes comunales, los que diga el Gobierno que lo son, y ni un palmo de tierra más.

Ese es el sentido de nuestra desamortización civil, la cual en orden a

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

los bienes de los pueblos, tiene otra significación más ingrata aún: la de que fué un acto de despojo sin atenuante ni justificación de ningún género, pues no lo era la mala reglamentación de aquella propiedad. Y fué un acto de despojo, porque el desposeído, aun suponiendo que ciertamente lo hubiera sido por razones de utilidad pública, no recibió indemnización ninguna, y, por eso mismo, la desamortización en este extremo no puede considerarse como una variante de la enagenación forzosa por causa de utilidad pública, cuyo requisito esencial es el pago de la indemnización debida al expropiado.

La gran masa de bienes comunales labrantíos vendidos como de Propios, quien los perdió no fué el Ayuntamiento sino el común de vecinos, que no pudo seguir aprovechándolos desde el momento en que pasaron ellos al dominio privado del comprador. Aunque el 80 por 100 del precio de esas ventas se hubiera invertido en títulos de la Deuda consolidada, como ordenaba la ley, y se hubiera efectuado la entrega inmediata de esos títulos al Ayuntamiento respectivo, ¿qué compensación representaba eso para los pobladores, para los vecinos que antes pudieron labrar aquella tierra para ellos aprovechándola gratuitamente en cualquiera de las formas usadas que antes expliqué? ¿Qué tienen de común para estos efectos, el Ayuntamiento y los vecinos, ni cómo ha de ser indemnización adecuada para éstos la entrega de títulos o rentas a aquél? El desposeído, y lo fué en este orden el común de vecinos, despojado quedó de lo suyo por un acto de fuerza; que eso y nada más es toda ley a la que falten fundamentos de ética.

Respecto a los bienes de Propios, ocurre lo mismo en parte. Cierto que esos bienes eran propiedad de la corporación municipal como persona jurídica, no del común de vecinos, y por lo tanto podría entenderse compensada la pérdida de aquella propiedad, mediante la entrega a los Ayuntamientos de los títulos de la Deuda en que se hubiera invertido el precio obtenido en la venta de los dichos bienes de propios. Pero esa compensación es incompleta también, pues deja fuera de su alcance a una de las partes perjudicadas que fué el común de vecinos en los bienes de Propios también, ya que la vecindad daba el derecho de tomar en arriendo tales bienes. Ese argumento se aducía por Carlos III en la Real Provisión de 1767 como un justificante de la reforma que por esa Provisión se iniciaba. Y ese derecho, el de tomar en arriendo los bienes de Propios, lo pierde el vecino también, sin que nadie le indemnice, lo cual envuelve una evidente injusticia, más de lamentar aún si se tiene en cuenta que mediante esos arriendos, y esto lo indiqué ya anteriormente, podía el Ayuntamiento armonizar y hasta subordinar su interés de propietario, a una finalidad de alta transcendencia social cual es la de aliviar la situación de los vecinos desposeídos de tierra propia. Eso precisamente se venía haciendo en aquellos pueblos que tuvieron la fortuna de contar con una aristocracia campesina compuesta de hombres de bien. En las Cortes de 1855 un dipu-

tado extremeño, abogando por la conservación de los Propios de su país, alegaba eso mismo; esto es, que las tierras allí no se arrendaban en subasta, sino que por razones de equidad se repartían por sorteo entre los jornaleros y por una corta retribución o renta.

Pero no hubo entonces, como no habría hoy ni las habrá nunca, razones que convenzan a un doctrinario; y nuestros hombres públicos han solido serlo siempre. Los del periodo histórico, muy reciente, a que me vengo refiriendo, consideraban un deber acabar con las propiedades comunales. Era eso un convencimiento arraigado en ellos y para dejarlo servido pronto y bien, no se contentó el Estado con hacer suyo el patrimonio de los pueblos, malvendiéndolo, sino que se dedicó además, a fomentar las expoliaciones particulares, provocándolas. La ley de 10 de Junio de 1897, en su artículo 7.º, autorizó a los roturadores de terrenos comunales, para legitimar aquella posición viciosa, a condición de que tuviera diez años de fecha y mediante la formación de expediente de roturación arbitraria, pagando el roturador un cánón de un 6 por 100 del 40 por 100 del capital en que se tasara el terreno sobre que recayó la roturación, el cual quedaba gravado con un censo, que se declaró redimible. Es evidente, pues, que el Estado puso todo su empeño en rodearse de colaboradores en la tarea de despojar a los pueblos de lo suyo. Una particularidad notable ofrece esa ley: los expedientes de roturación arbitraria debían iniciarse dentro del plazo de un año. Transcurrido ese plazo sin que el expediente se intentase, quedaba el roturador decaído de su derecho y obligado a devolver la tierra; y parece lógico que hubiera de devolverse aquella al pueblo, si la roturación arbitraria recayó en bienes comunales. Pues no se dispuso así, sino que se ordenó que de los terrenos se incautaría el Estado, quien procedería a su venta. ¡Todo, hasta el despojo evidente, antes que volver a las andadas! Esto pensarían nuestros hombres públicos de entonces, que por pecar de todo, hasta pecaron de ignorancia supina al confundir lamentablemente las modalidades diversas de nuestra amortización midiéndolas a todas por igual rasero y hasta creyendo que al obrar de esa manera se convertían en ejecutores de una aspiración nacional secular.

Alusión a otras formas de des-amortización

Ciertamente, la tendencia contraria a determinadas formas de amortización, es antiquísima en España. La prohibición a iglesias y monasterios de adquirir propiedades territoriales o por lo menos la tendencia a limitar fuertemente tales adquisiciones, es tan vieja entre nosotros como la historia de nuestro derecho. En ese sentido se legisló en las Cortes de Benavente, para León, y en las de Nájera, para Castilla, consignándose análogas disposiciones en el Fuero Viejo de Castilla, en el Fuero Real y en el Ordenamiento de Alcalá, sin apenas otra contradicción que la de las Partidas que sancionan en esto las máximas ultramontanas de Graciano. Fueros municipales y actos de corte van contra la mano muerta, en la cual concurren, como decía Jovellanos, el derecho indefinido de aumentar la

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

propiedad y la prohibición absoluta de disminuirla, doble resorte que había de producir forzosamente la acumulación ilimitada de los bienes en aquellas manos, temibles por eso. Una ley de Juan II, de 1452, incluida en la Novísima, gravaba con el 5 por 100 de su valor, las transmisiones de bienes raíces a dichas manos muertas. Carlos III en 1763, prohibía que se admitieran instancias de dichas entidades para adquirir ellas bienes, aunque se ofreciera el caso y sus circunstancias vestidos de la mayor piedad; y en una Instrucción para el reino de Valencia de 1796, como un precedente que justificaba sus disposiciones, se hace referencia a la prohibición ordenada por Jaime I en 1238, de adquirir bienes raíces las iglesias, monasterios y demás entidades de esa índole, a las que ya había dotado él suficientemente para los gastos del culto.

Pero todos esos precedentes referidos de un modo muy especial a la amortización eclesiástica, la más temible por venir ella favorecida por una fuerte corriente ideológica sentimental, no facultaban a nuestros desamortizadores para confundir lastimosamente los bienes de los pueblos con las demás modalidades de la amortización. No ya al mismo nivel que la eclesiástica, sino al de un simple mayorazgo, pusieron ellos en punto a consideraciones y respetos, las propiedades comunales de los pueblos. Y esto es de una evidente sinrazón.

Un mayorazgo, modalidad la más corriente de nuestra amortización civil, no se inspiró en otro motivo, que el perfectamente pueril y vanidoso de rodear un apellido del lustre que pueden dar los bienes de fortuna y es el motivo tan baladí, que no hay derecho a exigir que la sociedad, por respetos a él, consienta a perpetuidad que eternamente también se prive a la propiedad de su condición natural de transmisible y se sacrifique a causa tan liviana, el bienestar de los demás hombres, aun de los de igual linaje, pues el mayorazgo es eso: la acumulación de la propiedad en uno solo, en cada generación, condenando a la miseria a los propios hermanos del favorecido, para que éste continúe siendo rico, no por su mérito, como decía Jovellanos, ni por su virtud, sino por la casualidad del nacimiento. En estas mismas ideas abundaba, en cuanto a los mayorazgos, un valenciano ilustre, como dice Alcubilla, nada sospechoso en esto, el Sr. Aparisi y Guijarro, que no veía en los mayorazgos sino lo que realmente hay en ellos: la voluntad vanidosa de un hombre, voluntad que le sobrevive, encarnando en una turba de vínculos sin provecho social de ningún género.

¿Y cómo comparar, sin los fanatismos de escuela que impulsaron a los hombres públicos en nuestro periodo revolucionario, antecedente al actual de dudas y titubeos, los bienes comunales con esas otras modalidades de la mano muerta? Costa, en su obra «Colectivismo Agrario en España», consagró una sentencia que comprueba su visión exacta de un porvenir ya muy próximo entonces. Decía él: «El parlamentarismo español permanece fiel a sus tradiciones de cuna; cada vez más doctrinario, más

incapaz de arrepentimiento y de enmienda. Dispuso, dice, hace cuarenta años la desamortización civil contra la voluntad declarada de los pueblos y sigue puesto a ello, en guerra loca de la nación contra sus propios municipios. Y es lo peor que no acabará ese pleito como suelen terminar los pleitos ordinarios ante los Tribunales de justicia, cuando se acaben los bienes litigiosos, sino que entonces precisamente vendrá a enardecerse la lucha y será ella más temible que nunca, pues hablará la parte que ahora calla y cuya voz es la voz de Dios».

* * *

Nuevas tendencias legislativas favorables a los bienes de Propios y Comunes en España

El arrepentimiento que Costa echaba de menos en las frases transcritas, aunque tardío y hasta ahora incipiente, ha llegado a producirse. Su primera manifestación fué la ley de Colonización interior de 30 de Agosto de 1907, cuyos preceptos se desenvuelven en el Reglamento de 23 de Octubre de 1918. No está a la altura de sus pretensiones consignadas en su preámbulo, en el cual sus autores se proponen el próspero suceso que no obtuvo ninguna de las disposiciones de una inacabable serie de ellas que allí se cita, entre otras las de Carlos III que expuse yo anteriormente.

Por lo que se refiere a los bienes comunales, permiten que se vendan a colonos, mediante el consentimiento de las tres cuartas partes de los vecinos; y ya es algo que el legislador caiga en la cuenta de que el vecino es alguien, cuya conformidad debe solicitarse en las enagenaciones de bienes de este género. Efectuada la venta, el colono adquirirá los bienes a censo reservativo, siendo el cánon el del 2 por 100 del valor de la finca y declarándose el censo que ha de constituirse sobre ésta, redimible en cincuenta anualidades y otras tantas pagas iguales. Los colonos, ya se constituya la colonia con bienes comunales, de Propios o del Estado, han de organizarse en cooperativa, a la cual se conceden respecto a las suertes que se enagenaran por el colono, los derechos de tanteo y retracto, y caso de utilizarse éstos, el lote adquirido por la cooperativa, deberá entregarse a otro colono. Sin el consentimiento de la cooperativa, no podrán los colonos hipotecar su lote, salvo en los casos de hipoteca legal. Establecida una hipoteca voluntaria, si por falta de pago pasara el lote al acreedor, no podrá éste desmembrarlo, frase ésta poco afortunada, pues no da clara idea de lo que se quiere con ella significar, sobre todo si se tiene en cuenta que ya la ley en otro precepto, ha declarado los lotes indivisibles. Por último dispone la ley, y este es su punto flaco, que en el dicho caso de pasar el lote hipotecado a poder del acreedor, deberá éste poner en la tierra otra familia de colonos; y no caben en este caso sino dos soluciones: o el nuevo colono no ha de pagarle renta alguna al acreedor adjudicatario del terreno, y en este supuesto, de bien poco ha de servirle al dicho acreedor la adjudicación del lote en pago de su crédito, o la familia de colonos entra en el lote en las condi-

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLÓS

ciones y por la renta que le marque el nuevo dueño; y si ésto es así, seguramente que a la vuelta de pocos años acabará la colonia y los colonos y todos los efectos útiles que hubiese podido producir la ley, muy inferior a las de Carlos III, aunque otra cosa hayan creído sus autores; sus disposiciones revelan un criterio vacilante entre dos sistemas de propiedad completamente irreductibles, siendo el resultado de ello que la propia de esos colonatos ni es en definitiva individual y libre ni tampoco comunal o corporativa. Y semejantes vacilaciones están reñidas con toda reforma seria y eficaz.

El primer acto formal de contricción que conozco es el Decreto de 3 de Marzo de 1917, en cuyo artículo 4.º, y en uso de la autorización al Gobierno contenida en la ley del día anterior, se declaran en suspenso las leyes de 1.º de Mayo de 1855 y de 11 de Julio de 1856, así como todas las demás referentes a la venta de bienes y derechos pertenecientes a los pueblos, ordenándose la devolución a éstos, de las fincas que se hallen en estado de venta, reconociendo a favor de aquellas corporaciones el dominio y la administración, conforme a las leyes, de cuantos bienes vayan apareciendo de esa procedencia.

* * *

Si no fuera, como es, tardío aquel acto de enmienda, pues han desaparecido enormes masas de propiedad comunal, podría ser el Decreto del 17, el punto de partida de una intensa labor reconstructiva de nuestra economía agraria. Pero a la altura a que hemos llegado, el Decreto servirá para bien poco. Nuestros hombres de gobierno y con ellos nuestras clases directoras, debieron pensar en ese remedio, cuando era tiempo aún para aplicarlo. Debieron pensar ellos que la propiedad individual libre, favorece en grado sumo la economía nacional, pues es ella un estímulo poderoso para quien sabe que el esfuerzo que incorpora a sus bienes, pasará con éstos a los suyos. Sin esa seguridad, y esto el comunismo no quiere verlo, no hay un solo dogmatismo que comprenda entera una sola verdad, decae nuestra actividad personal, el trabajo, sin aquella seguridad, es una carga, y la preocupación natural en cada uno no es otra que la de aliviarse de fatigas cuanto puede. Suprimido por falta de los adecuados estímulos el sobre-esfuerzo que supone toda acumulación de trabajo, la riqueza del país bajaría de nivel, y baja sería por consecuencia, la línea media del bienestar humano.

Pero también debieron pensar, y como ellos entonces, nosotros ahora, que con un régimen como el instaurado por la Revolución Francesa, que confía exclusivamente la dinámica económica del pueblo al libre juego de los resortes individuales, suprimiendo de paso como un estorbo, toda institución de defensa social creada por los siglos, volarán muy alto los fuertes, las águilas del pensamiento y de la acción, impulsadas por el lucro,

*Reflexiones
críticas*

que bien impropriamente por cierto ha calificado Maura de santo alguna vez; pero se llevarán en su vuelo a la región de las nubes las fuentes más copiosas de la riqueza y el bienestar, dejando solo a ras del suelo, al alcance de los que nacieron sin alas, lo que a ellos no les cupo entre las uñas.

Sobre todo en el orden agrario, un régimen que no admite otra propiedad que la individual y libre, es un régimen de fuerza que solo favorece a los de mayores iniciativas; es un régimen de garra libre, que en cierto modo estaría justificado si hubiera venido a establecerse espontáneamente, como consecuencia de hondas evoluciones en la conciencia del pueblo. Pero no fué así. Se impuso violentamente, por prejuicios de escuela, y esto creo haberlo demostrado; se impuso por la fuerza del Estado, destruyendo deliberadamente las organizaciones comunales, creaciones espontáneas de la conciencia popular, merecedoras de mayor respeto. El pueblo comprendió con su certero instinto, que la libertad de disponer de los bienes en un régimen de competencia, de lucha, de actividades contrapuestas, en la cual cada uno ataca y se defiende con todos sus medios, tan distintos de hombre a hombre, era también la libertad de quedar en la miseria los más débiles, los peor dotados de medios de combate, sobre todo los que carecen de garras de acero y que, precisamente por eso, por no tenerlas, suelen ser éticamente los mejores. Y eso que pensó nuestro pueblo tenían el deber de haberlo pensado nuestros hombres públicos con mayor claridad aún, pues sabían historia, y en la del mismo pueblo romano, cuyo concepto del dominio ha venido a resucitarse, pudieron y debieron hallar enseñanzas saludables. La organización patriarcal de la propiedad romana, con sus trabas a la enagenación de los inmuebles, produce un régimen democrático que a todos alcanza en un limite medio parecido. El *jus utendi et abutendi* de los tiempos posteriores, provoca las grandes desigualdades sociales; a la división de la propiedad sucede el latifundio; provincias enteras pasan a manos de unas contadas docenas de hombres poderosos; el ciudadano manirroto o simplemente débil o desgraciado o cuyo padre lo fué, cuando no le queda tierra que vender, vende su persona y se entrega como esclavo en pago de sus deudas; se extingue por fin, debido a todo ello, aquella clase tan pujante de pequeños propietarios, cultivadores directos de lo suyo, que tanto escasea ya en España también, plantel de soldados que tanta gloria dieron a su patria, y con la gloria el dominio del mundo; y se los dieron porque la patria era para ellos la libertad, el bienestar, el derecho, la justicia, aspiraciones y a la vez atributos de la conciencia del hombre de todos los tiempos y de todos los lugares.

Nuestro pueblo campesino, sin saber historia, llevaba esculpidas aquellas enseñanzas en su conciencia como un instinto de defensa, y la propiedad que en común recibió, en común la conservaba sin revolverse tampoco contra la propiedad individual que con la comunal coexistía y debió haber seguido coexistiendo.

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

Esas instituciones, seculares creaciones espontáneas de la conciencia popular, tienen un alto sentido biológico que los hombres de gobierno no deben poner en olvido. La propia evolución del organismo social, como la de cualquier otro, le va dotando de los órganos más adecuados para su propia defensa y no pueden ellos sustituirse a capricho de los pensadores, por otros distintos que parezcan más excelentes, aunque realmente lo fueran; que nunca la ortopedia, por mucho que progrese, le ganará la mano a la naturaleza en lo de dotar a cada sér de los miembros más adecuados para la realización y desenvolvimiento de su propia vida. Se puede influir en la evolución del organismo social, acelerándola y procurando imprimirle la dirección conveniente; y si obedeciendo a nuestro influjo, el movimiento evolutivo se llega producir, ya provocará él de suyo reformas orgánicas que serán espontáneas, desde el momento en que hayan sido ellas estados definidos de conciencia, no en un pensador ni en una minoría de pensadores, sino en el pueblo, que no es lo mismo. Lo que no puede hacerse, al menos impunemente, es alterar la estructura del organismo social desde fuera y por amputaciones caprichosas o por agregaciones yuxtapuestas. Eso es más fácil que provocar cambios íntimos, estados nuevos de conciencia en el organismo social; pero, aunque más sencillo el procedimiento, pues para aplicarlo basta con tener la *Gaceta* a nuestra merced, es el sistema completamente ineficaz, mejor aún, altamente pernicioso.

Y por lo más fácil, por apoderarse de la *Gaceta* y recortar desde ella la vida civil sobre el patrón de su escuela, optaron nuestros desamortizadores, acoplando violentamente la economía agraria nacional en el marco raquíptico de sus concepciones dogmáticas. La propiedad de la tierra debía ser toda ella individual y libre, e individual y libre es, pues de la otra, apenas si queda algo y esto lo peor.

Cierto que los estímulos individuales han conquistado al yermo una buena parte del territorio nacional, reducida al cultivo. Pero también lo es, que nuestra población rural está compuesta de un modo casi exclusivo de masas campesinas totalmente indotadas de suelo que pudieran labrar para ellas y por su cuenta, y cuajado el país de latifundios, los cuales provocan el yermo otra vez, con lo cual vienen a contrapesarse las ventajas de la individualización con los inconvenientes de la acumulación. Y esto lo prueba la estadística.

El 59 por 100 de la superficie total de la nación está inculto, y un 78 por 100 de ese 59 por 100, no sólo está inculto, sino desprovisto, además, de toda vegetación. El 41 por 100 restante de la superficie total de España, se cultiva; pero en condiciones tan desfavorables, que sólo una mitad de ese 41 por 100 de nuestra superficie total, viene a dar cosecha cada año. Pues bien; la causa de ello, la fundamental al menos, no es el suelo ni es el clima, que al fin todos los suelos y todos los climas son favorables para determinados aprovechamientos, ni es siquiera nuestra falta de medios

económicos y culturales. Todas esas circunstancias influyen en el mal; pero no de un modo tan decisivo como comúnmente se cree. La causa fundamental de nuestro atraso agrario está en el latifundio precisamente; y aún a costa de prolongar un poco más la fatiga de ustedes, citaré algunos datos, para mi elocuentes, que prueban mi afirmación.

Nosotros los valencianos, con una población campesina casi en masa analfabeta, que además no sabe castellano, y el castellano es entre nosotros el principal instrumento de cultura, ya que la ciencia y el arte, hasta en Valencia, en castellano nos hablan; con todas esas condiciones desfavorables, nosotros los valencianos, repito, regamos, sólo en la provincia de Valencia 107.000 hectáreas de tierra, de ellas más de 30.000, con aguas que hay que elevar a máquina y algunas veces a brazo. En cambio, Sevilla, con el Guadalquivir y sus afluentes a la mano, riega 5.251 hectáreas, esto es, poco más de la sexta parte de lo que nosotros regamos con agua alumbrada artificialmente; un total de 102.000 hectáreas menos, en números redondos, que nosotros; y eso que tiene la provincia de Sevilla cerca de 400.000 hectáreas de tierra más que la nuestra. Pero nosotros le llevamos la ventaja de una división, quizá extremada, de nuestra propiedad territorial, y la de un sistema de arriendos que, aunque muy lejos de la perfección todavía, sirve al menos para interesar de un modo directo y personal en la producción de la tierra, a los mismos que la fecundan con su esfuerzo y la riegan con el sudor de su frente.

Y aún puede rebajarse la comparación estableciéndola con otras comarcas no tan favorecidas por la naturaleza como la nuestra. Y así la misma provincia de Sevilla, con uno de los mejores suelos, de los mejores climas y de los mejores ríos de España, está en lo referente a la extensión total de sus cultivos por debajo de Segovia, por ejemplo, que no reúne ninguna de aquellas condiciones favorables y que, a pesar de ello, cultiva el 63 por 100 de su suelo, mientras que Sevilla no pasa del 55 por 100. Y como en Sevilla, en Córdoba.

En cambio, el latifundio es allí formidable, y esto explica lo otro. En el término de Córdoba, una dehesa dedicada a la recría de reses bravas, mide 3.300 hectáreas, y otra en Almodóvas del Río, destinada al mismo objeto, comprende 3.800 hectáreas; entre ambas fincas 85.000 hanegadas, medida del país que los valencianos nos representamos mejor y más pronto; esto es, dos veces el término municipal de cualquier pueblo mediano de nuestra provincia, destinadas a una explotación que da lo suficiente para que vivan con fausto dos familias de ganaderos, para que se mantengan penosamente en una vida poco menos que salvaje, un centenar de pastores, y para que se conviertan en millonarios apenas salidos de la adolescencia, unas docenas de matadores, kalifas del toreo que además de los millones, se llevan envueltos en los caireles de su capa la devoción y el embeleso del pueblo más inconsciente de la tierra.

En diecisiete pueblos de la provincia de Sevilla quedaron ultimados

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

los trabajos catastrales en Junio de 1919; pues bien, el 55 por 100 de la superficie total de esos diecisiete términos municipales, correspondía a 328 personas. En Jerez, entre veintitrés propietarios, tenían repartidas 48.000 hectáreas de tierra, y en Montoro, 25.500 hectáreas, se las distribuyen entre veintiocho personas solamente, saliendo cada una a una cuota de 38.000 hanegadas, medida de nuestro país, que es como si dijéramos un término municipal entero de los nuestros para un hombre solo.

Los latifundios, que ya perdieron a Italia, según la frase de Plinio, son la consecuencia del régimen individualista aplicado como exclusivo a la propiedad de la tierra por la Revolución Francesa, que para abrir paso a la tendencia derribó cuantas barreras se le oponían como obstáculo, por seculares y connaturales con el pueblo que ella fuesen.

* * *

En el punto a que hemos llegado no creo yo que la solución de este problema, no sólo de interés social sino de estricta justicia, pues se trata aquí de devolverle al pueblo aquello que se le hurtó, esté en declarar en suspenso la ley del 55 y las demás desamortizadoras, cuando ya han sido ellas implacablemente aplicadas a enormes masas de propiedad colectiva que pasaron por títulos legítimos, inatacables dentro del derecho estricto, al dominio privado. La restitución de lo que queda de los bienes de esa procedencia, es una medida risible por lo desproporcionado entre el remedio y el mal que se trata de reparar; tanto es así, que sin la evidente buena fe de sus autores, el Decreto de 3 de Marzo de 1917 tendría la significación de una burla sangrienta al proletariado campesino, pues ni siquiera puede representar eso la aplicación de aquella frase de «romperle a alguien los cascos y lavarlos después», ya que aquí no quedan ni aun los cascos que se rompieron al pueblo y que pudieran lavarse ahora.

*Soluciones
prácticas*

El Estado, si quiere reparar la injusticia, debe comprar a costa de todos, ya que todos por acción o por omisión, directa o heredada, somos responsables del despojo, bienes en cada término municipal, bastantes para establecer en cada pueblo un patrimonio comunal, concediéndose a sí mismo para ese efecto la expropiación forzosa, que debería recaer ante todo sobre yermos, cotos de caza, terrenos dedicados a la cría de reses bravas, aunque con este último se encrespara un poco la afición, y todo género de latifundios.

Ya me hago cargo de que no sería posible remediar un mal tan extenso de un solo golpe. La reparación habría de ser forzosamente lenta, todo lo lenta que exija nuestra escasa potencia contributiva; pero la voluntad y no los medios, nos faltarán si acaso, pues de querer, aunque parsimonioso el remedio, no lo sería tanto que a la vuelta de algunos años no fueran bien visibles sus resultados. Con un presupuesto de 50 millones de pesetas anuales y con la aplicación implacable de una ley especial de expro-

piaciones al servicio de la reforma, que debería empezar por los pueblos y comarcas más necesitados de ella, mucho podría hacerse, y en corto plazo, en el sentido que indico.

Esos patrimonios colectivos deberían entregarse a los pueblos, sin distinción ya entre bienes comunes y de propios, con el carácter de absolutamente inalienables e imprescriptibles, sujetos a un registro detallado y reglamentándose su aprovechamiento gratuito por los vecinos no hacendados conforme al sistema de lotes o quñones vitalicios y sucesivos para marido y mujer, que expliqué anteriormente, y sin otro gravamen que el pago por el poseor del lote de la contribución territorial correspondiente, aunque fuese ésta algo superior a la impuesta a la propiedad libre, y abono además de un sobrecargo que percibirían los Ayuntamientos, cuyas averiadas haciendas tan necesitadas están de refuerzo.

Un reparto en pleno dominio, remedio simple al que tantos reformadores recurrieron, representaría un alivio momentáneo, ya que los lotes que en propiedad plena se adjudicaran a los cultivadores, se acumularían otra vez y al poco tiempo en una sola mano. Costa, cuyas enseñanzas tenemos el deber de vulgarizar los que fuimos sus admiradores cuando él vivía y que hoy veneramos su memoria por lo que tuvo de gran patriota y de gran hombre de bien, más aún que por lo que tenía de pensador insigne, citó muchas veces en sus propagandas agrarias el caso de D. Juan Quintanilla, quien instituyó herederos a los pobres de Lora del Río. En *El Imparcial* de Madrid, se relató la historia detalladamente: albaceas escrupulosos, formaron con los bienes hereditarios 2.200 lotes, cuyos títulos, ya inscritos en el Registro de la Propiedad, esto es, completamente libres de gastos, se entregaron a otros tantos herederos. A los seis meses justos, mil de aquellos lotes habían pasado a manos más ágiles. En 1903, no quedaban más que cien lotes en poder de los adjudicatarios primitivos, que a los pocos meses perderían también; esto es, que duró aquello un par de años escasos.

En contraposición a lo ocurrido con la herencia de D. Juan Quintanilla, citaba el mismo Costa una fundación de Jaca recayente sobre el terreno llamado «Suertes de boalar» procedente esa fundación del siglo XVII, en que la instituyó Doña María del Castillo; este terreno, que antes fué prado y hoy huerta en su mayor parte, está dividido en 176 suertes que se adjudican a otros tantos vecinos que, además de vecinos, han de ser naturales de Jaca o casados con mujer de allí y no pagar contribución directa por ningún concepto. La propiedad de la tierra pertenece a la fundación, adjudicándose solamente el disfrute al vecino, por toda la vida de éste y la de su mujer además, si bien se pierde el lote en vida de los adjudicatarios, por adquirir éstos bienes propios o por dejar impagado el pequeño cánón anual que grava cada suerte. Vacante una de éstas, se sortea entre los vecinos que la pidan y reúnan las condiciones exigidas. A pesar de su reducida extensión (no llega la de cada lote a la de ocho

BIENES DE PROPIOS Y COMUNES DE LOS PUEBLOS

áreas) es esa institución, dice Costa, que aseguraba conocerla de visu, la causa principal de que en Jaca sea desconocida la mendicidad, pues calculaba él en una peseta diaria, los ingresos líquidos producidos por cada lote, con sólo aplicar a él los ratos perdidos de cada trabajador.

Combinado ese procedimiento con la creación de Bancos agrícolas reglamentados de modo favorable a la movilización del crédito especial de los usuarios de la tierra, a cuyos préstamos podría aplicarse la prenda agrícola u otra garantía similar (la hipoteca de la finca, como también la del derecho del cultivador sobre ella, debiera prohibirse en absoluto), no es dudoso que dejaríamos sentados los cimientos de una más justa constitución agraria, altamente favorable a nuestro progreso nacional.

Estamos en el deber de pensar alguna vez en la necesidad de aplicar con urgencia aquella ley de biología política que al principio de mi conferencia citaba yo, según la cual no debe perderse de vista que ninguna nación llegó a serlo, sino mediante la incorporación de los pobladores al suelo, sujetándolos a él por lazos de intereses permanentes, pues las razones puramente ideológicas y sentimentales no bastan para hacer arraigar fuertemente en la conciencia de los hombres, el sentimiento de la patria. Nuestra táctica ha venido siendo lo contrario de lo que debió ser según aquella ley fundamental, ya que toda nuestra actuación tendió a romper todo vínculo entre el cavador y la tierra; y debido a ello nuestras masas campesinas de hoy, que representan el 71 por 100 de nuestra población total, en su gran mayoría apenas si tienen otro estímulo para considerar suyo este país, que el bien deleznable del jornal, y digo deleznable porque un salario más alto que el de aquí, lo obtiene un cavador español en cualquier parte con una jornada más corta de trabajo.

¿Que el Gobierno no habría de acoger esta fórmula que indiqué ni otra alguna mejor que ella que signifique nuevas cargas para el erario, aunque se la propusieran, no ya un indocumentado como yo, sino las mayores autoridades del país? Ya sé yo eso; pero esto mío no es tampoco un memorial dirigido por mí al Gobierno desde aquí, único caso en que tendría yo el deber de ser discreto pensando de antemano en la acogida que pudiera tener mi pretensión en las alturas. Esto no es más que la exposición de una idea tan modesta como su expositor, y al formularla aquí, ya que me dieron ustedes la ocasión, creo cumplir lo que considero el más elemental deber de todo universitario, que es el de pensar mejoras realizables para el proletariado; yo, por mi parte, para el proletariado campesino, que es el que mejor conozco por razones de convivencia; con lo cual no hago sino estar a la recíproca, pues si yo pienso por él, él suda por mí, y el sudor de su frente se lo pago con el sudor de mi cerebro, sintiendo sólo que el que yo le ofrezco no tenga la virtud vivificante del suyo que él me da.

HE DICHO.

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

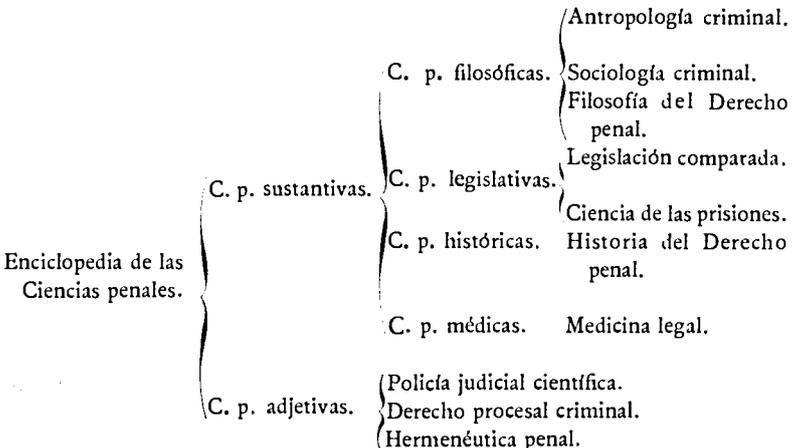
encierran tantas amadas tradiciones. La escuela clásica acertó a fundar los primeros principios, las ideas madres del Derecho penal. Vengan a juxtaponerse a ellas las nuevas adquisiciones de la ciencia. Pero miremos con respeto esos primeros principios, que son el núcleo central, y como el cimiento,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



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 delinquentes 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 delinquentes 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 delinquentes 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, Serbia, 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 fementida 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

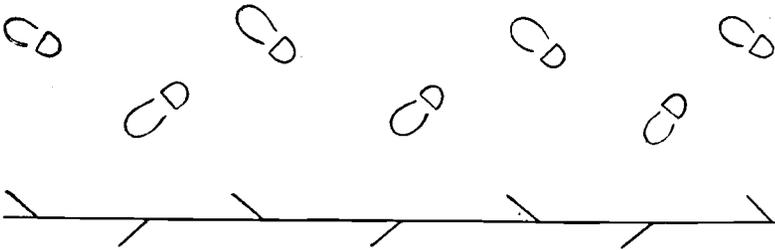
No dando preferencia a ninguna de las dos pruebas y dándosela a ambas. Es lo que acontecía cuando las famosas disputas entre los partidarios de la ópera italiana y los wagnerianos. Decían unos que la voz humana era lo principal y que la orquesta no era sino el acompañamiento de esa voz; decían los contrarios 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

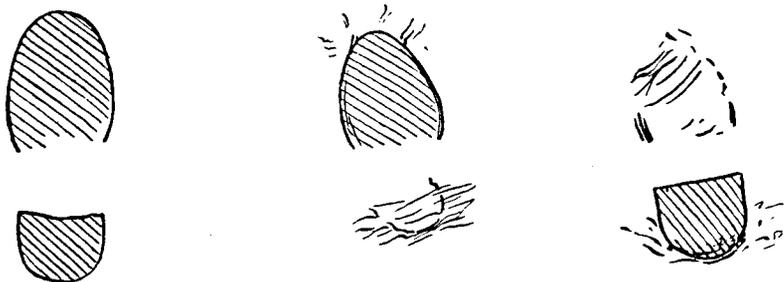
Las pisadas



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.