

POSITIVISMO Y CIENCIA POSITIVA
EN MÉDICOS
Y JURISTAS ESPAÑOLES DEL SIGLO XIX.
PEDRO DORADO MONTERO



MARIANO Y RAFAEL PESET REIG

El jurista también pretende ser un científico. El rango de la ciencia actual, su exactitud y utilidad, le parecen metas envidiables para su disciplina. Quiere conseguirlas en el derecho, crear y descubrir científicamente.

El jurista puede limitarse a recoger datos, conectarlos entre sí, sistematizarlos. Utilizar como únicas armas la memoria, el resumen, el esquema y la anotación. Puede aspirar como fin último a la ordenación y armonización de lo recogido aquí y allá. Muy escaso será el vuelo y la repetición continua. Los conocimientos se petrificarán y, en todo caso, sólo servirán en alegaciones o en la práctica inmadura entre leyes y normas.

Si se quiere remontar buscará principios de apoyo. Unas normas quitaesenciadas y fijas, útiles para explicar, valorar y orientar. Principios abstractos, problemas abstractos, conceptos universales: Hombre, Voluntad, Edad... etc. Se confía en la razón y en el discurso humano para penetrar la realidad. Esta merecerá sólo una mirada oblicua. Por último, si se quiere abarcarla con más cuidado, dejará los principios, se acercará a ella y tratará de conocer los hechos entre los que se mueve el derecho. Examinará la ley, antes y después, en sus resultados. Opondrá realidad a idea, el hecho a la ley. Cuando crea haber traspasado la realidad se encontrará de nuevo con la idea, con el principio. Principio y realidad, son los dos polos. No conoce perfectamente la realidad. Carece de técnicas apropiadas, aunque sean imperfectas. Se debate entre los dos extremos, como ocurre, en general, al pensamiento humano.

El derecho avanza hacia la mayor justicia de sus soluciones apoyado en principios y realidad. Los dos fermentos del pensar jurídico, combinados en distinta proporción en la mente de cada jurista, logran producir distintos caminos, anhelos y esfuerzos.

Nuestra intención es más humilde: presentar el esfuerzo de una época, que quiso acercarse a la realidad, imitando las ciencias de la naturaleza. Estudiar sus problemas y soluciones. Observar cómo surge la llamada positivista y muere sin dejar casi huella.

No es momento de plantear la posibilidad del positivismo en Derecho. En las ciencias naturales expresa el contenido de una ciencia cuantitativa y exacta que parte de Galileo y Newton. En Derecho, por contagio de aquéllas, se intenta algo semejante a finales del siglo XIX.

Hasta el momento, poco se ha logrado: Todo se reduce a algunos contactos más estrechos con disciplinas positivizadas (1). El futuro podrá seguir trayendo novedades y búsquedas. Nos conformamos con un balance escueto de las pretensiones positivas. En su activo figuran:

a) Quiere ser más real en contacto con lo que existe, sin dejarse perder entre discusiones conceptuales, fantasmas abstractos y asertos no fundados.

b) Sus datos son base firme de construcciones, cabe confiar en ellos por estar extraídos con técnicas más objetivas y cuidadas que la observación vulgar.

c) Su intento es marchar acorde con lo real y no crear dos órdenes separados. No seguir normas o principios altos frente a una realidad que no se les pliega, que los desdice a cada momento.

En el pasivo colocaríamos:

a) Hasta el momento, en el campo jurídico, poco se ha conseguido. Es verdad que su aparición es reciente comparada con otras ciencias. Que el Derecho, dotado de enorme fuerza para moldear y regir la realidad jurídica, no tiene grandes preocupaciones de chocar con la realidad, antes bien, quiere estructurarla. El positivismo, en sus intentos, no ha podido desasirse de las viejas instituciones

(1) ¿Hasta qué punto es positiva una ciencia? ¿En qué proporción se conjuga el dato con la idea? ¿Todo cauce hacia la realidad es necesariamente positivo? Estas cuestiones exceden de nuestro estudio, que se refiere sólo al concreto positivismo de la segunda mitad del XIX.

y principios. No se pretende que abandone toda fuerza suprapositiva, simplemente apuntamos contra él no haber logrado una auténtica ciencia positiva, una seguridad mayor en lo real.

Sólo sirvió para entusiasmar a algunos, para hacerles cambiar de mentalidad, llenos de envidia hacia otras ciencias. Sigue el camino inverso a ellas, puesto que allí unos descubrimientos afortunados, unas comprobaciones exactas, llevaron al entusiasmo positivista. Después, quizá sin fervor, continúan cultivando las técnicas. Entre los juristas fue ilusión y contagio de otros sectores lo que provoca intentos de descubrir cauces apropiados. Por otra parte, el positivismo jurídico del siglo XIX —nuestro objeto— desapareció rápido, difuminado en otras tendencias.

b) La realidad jurídica —como la social, política, económica o cultural— no es fácil de recoger. Su extensión y dificultad de fraccionamiento para contemplarla aislada, su constante cambio y la complejidad de sus conexiones son tres escollos invencibles para el positivista. Es difícil andar el camino jurídico con técnicas positivas.

c) El positivismo suele quedar siempre un tanto escaso de ideales elevados y motores. Descansa en lo que es, sin dar el salto a mayores alturas, creyendo que el hombre —al menos individualmente— apenas puede mover el mundo. No sale de lo cotidiano, de lo menor, incluso de lo mísero.

Realidad e ideal son las dos columnas entre las que se mueve el hombre. Detrás, sobrepasándolas, está la tristeza del pecado y los engaños de la utopía; rastrear la miseria del hombre y soñar el paraíso perdido.

El esfuerzo por alcanzar la realidad es una constante. Incluso el errado cree estar sosteniéndola en su mano. Junto a ella, la idea, es siempre necesaria en el contacto del hombre con el mundo. El hombre refleja la realidad de sus ideas. La tragedia aparece cuando Kant percibió la separación irreductible entre ambos polos: cosa y mente.

El positivismo es nombre histórico para tendencias constantes. Pero el siglo XIX descubrirá algo enteramente nuevo: un medio “seguro” de penetrar la realidad, una técnica para rendirla.

Por de pronto se prescinde de “qué sea” esta realidad en sus últimas causas. Después la distingue en pequeñas parcelas y delimita el objeto de cada ciencia, multiplicando las especialidades. El problema

se simplifica al fijarse sólo en "cómo es" la realidad, al tener cada ciencia un objetivo muy delimitado. Sólo resta ir buscando y afinando las oportunas técnicas de experimentación.

La mentalidad experimental variará la manera de enfrentarse a la realidad. Esta no se ha de deducir de principio evidente por razonamientos inacabables, sino, sentada la hipótesis, descubrir la ley y, después, deducir consecuencias de la misma.

Los resultados son halagüeños, se espera solucionar paulatinamente todos los problemas y misterios. Construir inductivamente una ciencia y después una filosofía positiva. El entusiasmo crece, todavía no se llega a una filosofía basada en las ciencias capaz de penetrar la realidad desde todos sus aspectos, hasta conocerla por completo, pero se espera conseguirlo.

Con algún aditamento, A. Comte transformará la ilusión en filosofía. Será un proyecto, un vaticinio del futuro y ordenación de las ciencias en una jerarquía tal como serán en el futuro, cuando la ciencia positiva se desarrolle y sirva de base a una filosofía. El "Discurso sobre el Espíritu Positivo" en 1844 es, fundamentalmente, un manifiesto y programa para el porvenir.

Los "otros", los sabios positivos, comparten su ánimo, pero son más modestos. Perfeccionan las técnicas y van asentando las construcciones inductivas, firmemente, frente a lo anterior.

El positivismo del siglo XIX es, pues, una doctrina de entusiasmo y una confianza en una ciencia firme y eterna. Comte señaló tres etapas. La tercera, la positiva, era definitiva, cabía confiar en ella dejando la religión y la metafísica.

En derecho se vivió también este entusiasmo, incluso se intentó y realizó el experimento —aunque no en España— delimitando cuidadosamente los distintos sectores. Sin embargo, las dificultades ya enumeradas y la fuerza de lo tradicional acabaron con el positivismo, relegándolo a otras disciplinas. Quedó la Sociología, aunque con muy variados contenidos. La fortuna de la Antropología es discutible. Además, su intento e incluso su nombre no son positivistas.

La división de sectores ha subsistido, es verdad, pero debida tal vez a la extensión creciente de materiales. Se siguen aplicando conocimientos positivos de otras ciencias —Medicina y leyes de sanidad—, pero el Derecho ha seguido anclado en sus antiguos métodos.

Pretendemos contemplar los intentos del siglo XIX para introducir en el campo jurídico una mentalidad positiva, acercarnos a aquel

gran entusiasmo de fin de siglo que se llamó positivismo jurídico, y por último conocer esa vivencia en un hombre: Pedro Dorado Montero. Una panorámica y un hombre viviendo sus problemas.

El problema fundamental y atrayente para los juristas del XIX es, sin duda alguna, la codificación y racionalización del Derecho. El historicismo y el positivismo, tendencias posteriores, no logran empañar esta radical preocupación.

España promulga en 1805 la Novísima Recopilación, simple acarreo de preceptos de distintas épocas, sistematizadas y adaptadas por Reguera Valdelomar. Leyes antiguas disciplinan la vida jurídica y las Partidas siguen, en defecto de la Recopilación Novísima.

Las Cortes de Cádiz, importadoras del pensamiento revolucionario francés, representan el deseo de unidad y claridad. Unos mismos Códigos han de regir las Españas. Comienzan los proyectos y las realizaciones. Nos limitaremos a los primeros Códigos para evitar una enumeración enojosa. En 1822, el Penal —que al parecer no entró en vigor—; el de Comercio, en 1829; leyes de procedimientos en 1835, 1853 y 1855; el Civil se retrasa por la oposición foralista, y los proyectos de 1821 y 1851 no logran prosperar hasta 1888-89. El anhelo y trabajo codificador estriba en alcanzar una mayor humanidad y benignidad en la ley, reacionalización y abstracción de la misma, una simplicidad y sistema en el Código. Cuando otros campos viven ya el esfuerzo positivista, el Derecho se encamina hacia la codificación durante un siglo. El ejemplo de Napoleón será seguido en toda Europa.

Cuando esta fiebre se calme un tanto, conseguido ya su objetivo, el positivismo pasará a ser el punto de encuentro de todas las tendencias. Su aparición, en el campo jurídico, debe fecharse en 1889, cuando comienza a escribir el profesor salmantino Pedro Dorado Montero. El es, sin duda, quien introduce entre nosotros de manera seria y suficiente los trabajos de Lombroso y sus dos principales seguidores Garofalo y Ferri, así como los de los restantes positivistas que conoció en su viaje a Italia.

Con anterioridad no faltaban en España hombres con intento de conectar las leyes y la práctica forense con las nuevas ideas, especialmente médicos, pero el ambiente jurídico tardará mucho en asimilar estas exigencias. La transfusión de los médicos —avanzados del positivismo— hasta los juristas, llegará nombres italianos: de Lombroso a Garofalo y Ferri. Dorado la recoge de ellos y la importa a España.

I. MÉDICOS ESPAÑOLES, ADELANTADOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO.

El movimiento de conectar la Medicina y el Derecho es muy antiguo. Los peritos médicos intervienen en juicio para ayudar a los jueces en el desempeño de la justicia. Las Quaestiones de Zacchia significan el segundo paso, estructurando una medicina legal, unos conocimientos médicos al servicio del Derecho. La tercera etapa será representada por Orfila, dando una altura incomparable a Zacchia, pero en su misma dirección. En este momento la Medicina legal alcanza su grado de madurez científica. Su tono es siempre de ayuda al Derecho. En España del siglo XIX tiene este carácter la obra de Peiró Rodrigo, Díez Moreno, Agustín Rosell, Ferrer y Garcés, Esquirrol, Yáñez, García Bueno, Maestre y Lecha Martínez, entre otros.

Junto a este normal camino de la Medicina legal existe un intento más ambicioso, de características positivistas, que trata de acercar la ciencia jurídica a las ciencias naturales; ya no se trata de ilustrar al jurista, ni descubrir técnicas para la mejor aplicación del Derecho. Aparece en España una tendencia que intenta basar el derecho en la medicina y la psicología (2).

Los comienzos de esta línea se encuentran en la Ilustración. La medicina ha alcanzado gran altura con Morgagni, Haller, Jenner, etcétera; tiene conciencia de su firmeza, su progreso. No es extraño que el médico se considere superior al jurista, y quiera señalarle el camino que antes anduvo él. Decisivo en esta tendencia es François Emmanuel Fodéré por su libro "Les lois éclairées par les sciences physiques ou Traité de Médecine legal et d'hygiene positive", publicado en 1798.

En 1802 Antonio Higinio Lorente publicará "Errores médico-legales cometidos por el ciudadano Francisco Manuel Fodéré en su obra titulada "Las leyes ilustradas por las ciencias físicas o tratado de Medicina legal e Higiene". Un año más tarde aparece el discurso de Porto sobre la "Influencia de la Higiene en la Legislación".

(2) Sobre esta dirección CARRERAS ARTAU, T., *Estudios sobre médicos-filósofos españoles del siglo XIX*, Barcelona, 1952; COMENGE, L., *La Medicina en el siglo XIX. Apuntes para una historia de la cultura médica en España*. Barcelona, 1914.

López Mateos

El año 1810 continúa la dirección Ramón López Mateos con su ambiciosa "Pensamientos sobre la razón de las leyes derivadas de las ciencias físicas, o sea, sobre la Filosofía de la Legislación". Especialmente en la primera parte de este libro se aborda la necesidad de un derecho más justo fundado en la naturaleza. Se preocupa de la influencia de lo físico en lo moral, sexo, temperamento, educación, clima... El resto del libro se dedica a las enfermedades mentales, delitos contra la honestidad e higiene.

La ley justa se ha de fundar en razón o motivo, derivado mediata o inmediatamente de la naturaleza. Como el conocimiento de ésta es privativo de las ciencias naturales, se hace necesario acudir a ellas en busca de ayuda. El legislador que se separe de la naturaleza no será justo, ni conservará la libertad del ciudadano. Es preciso conocer al hombre, su mecanismo moral, su energía, el valor de los actos libres (3). El último fundamento de esta invasión de la medicina es-triba en no olvidar que un mismo legislador hizo la religión —el derecho también— y la naturaleza (4).

Fundamentalmente se examinan las cuestiones tradicionales de la medicina legal, pero su intento tiene un aliento nuevo, un querer fundar firme el derecho en la ciencia natural. Es ya una intuición de la nueva Antropología cuando el movimiento positivista no se ha iniciado todavía.

Fabra y Soldevila

La misma postura es seguida por Francisco Fabra Soldevila, autor de la "Filosofía de la Legislación natural fundada en la Antropología o el conocimiento de la naturaleza del hombre" (5). Consta de dos

(3) *Pensamientos sobre la razón de las leyes*, 2.
(4) *Ob. cit.*, 92.

(5) Base de esta obra son sus discursos "¿Convendría a los progresos de la Antropología y a la dignidad del hombre separarle del reino animal y formar con el género humano otro reino de la Naturaleza, que podría llamarse reino hominal o humano?" e "Influencia de la educación en las propiedades físicas y morales del hombre". Citados por *CARRERAS ARRATU, T.*, *Ob. cit.*, 44. El libro de Fabra se edita en Madrid, 1838.

partes: una dedicada al estudio del hombre, sus instintos, pasiones, facultades intelectuales y morales; la otra, de LXXX inducciones antropológico-legislativas, preocupándose del Derecho a la luz de los adelantos de las ciencias naturales (6).

Varela de Montes

De tono menor, dentro de esta dirección antropológico-jurídica, está José Varela de Montes, quien, en 1844-45, publicará su "Ensayo de Antropología, o sea, Historia fisiológica del hombre en sus relaciones con las ciencias sociales y especialmente con la Patología y la Higiene". En cuatro volúmenes amalgama las nuevas ideas con las antiguas y empieza a tratar las cuestiones que asoman a la conciencia europea: épocas del globo, escala de los seres, nueva idea del hombre, sus variedades y origen, contrastado con el relato evangélico... (7).

A mediados del siglo, las ideas empiezan a concretarse en nombres, verdaderos símbolos de la renovación positiva. Darwin, Spencer, Comte y, algo más tarde, Lombroso. Paulatinamente el pensamiento europeo se afirma en el materialismo, progresismo, evolucionismo, sociologismo, psicologismo, por resumirlo en una palabra, en el positivismo del siglo XIX.

Estos médicos españoles viven las nuevas ideas durante su aparición, cuando empiezan a marcarse en Europa, incluso con años de antelación a los momentos de madurez. Los veinte años centrales del siglo muestran la cumbre de las nuevas direcciones. En 1859 se publica "El origen de las especies"; en 1864 se denuncian sus errores en el "Syllabus" y la "Quanta Cura" de Pío IX. En cambio, el movimiento jurídico está defasado, comienza a finales de siglo y primeros años del presente. Su iniciador, César Lombroso, escribe en 1874, en el declive de la corriente. Los médicos habían comenzado antes; cuando penetre el movimiento en la doctrina jurídica lo seguirán un momento y, después, lo dejarán llamados a otros caminos.

(6) GRANJEL, L. S., "Nota sobre la *Filosofía de la Legislación natural* del doctor Fabra y Soldevila", *Arch. Ib. Hist. Med.*, 1952, IV, 566 ss.

(7) GRANJEL, L. S., "Dos notas sobre la Medicina española en el s. XIX", *Arch. Ib. Hist. Med.*, 1951, III, 565 ss.; OTERO PEDRAYO, R., *El doctor Varela de Montes: médico humanista compostelano del s. XIX*, Santiago de Compostela, 1952.

Pedro Mata y Fontanet

En esta dirección, aunque más dedicado a los concretos problemas de la medicina legal, está la ingente figura de Mata. Junto a su labor en Medicina legal —introducción de Orfila y creador de la enseñanza de esta disciplina en nuestras facultades—, despliega otras actividades. Pretende hacer una filosofía positiva, dentro de los problemas tangenciales a la medicina del Derecho. Antivitalista, enemigo de metafísica y abstracción, sembrará sus ideas entre los médicos españoles con tanta profundidad, que Letamendi —su antítesis— será excepción en el ambiente. Su “Tratado de Medicina y Cirugía legal” aparecida en 1846 (8) alcanza sucesivas ediciones. Su “Criterio médico-psicológico diferencial de la pasión y la locura”, de 1868, sostiene la necesidad de intervenir peritos médicos ante Tribunales, sentando las bases diferenciales de esta distinción, abordada también en la anterior obra (9).

Ignacio Valentí y Vivó

También participa de la dirección Valentí y Vivó, catedrático de Barcelona, donde publica su “Antropología médica y jurídica” en 1894, fecha en que los círculos de doctrina jurídica conocen ya el intento de Lombroso. Igual que Letamendi —algo anterior— escribe cuando la introducción del positivismo en el derecho se ha realizado, con mayor o menor fortuna. Busca apoyar la Medicina legal en la Anatomía y Fisiología —ciencias médicas— y, también, en la Antropología y la Filosofía del Derecho, ciencias sociológicas impregnadas de la nueva savia. Por lo demás, su obra resulta extraña y dispar: desde un recorrido histórico inverso, del presente hacia el pasado, hasta una enumeración biográfica y doctrinal de médicos y juristas.

(8) Aparte el *Vade Mecum de Medicina y Cirugía legal*, Madrid, 1844, existen ediciones del Tratado en 1857, 1866-67, 1874-75, 1903-4, 1912, 1922...; SANCHO DE S. ROMÁN, R., “Pedro Mata y el somaticismo psiquiátrico”, *Cuad. Hist. Med. Esp.*, 1962, t. I, 58 s.

(9) MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, Santander, 1948, VII, 349 ss.; recientemente SANCHO DE S. ROMÁN, R., “Pedro Mata y el somaticismo psiquiátrico”, *Cuad. Hist. Med. Esp.*, I, 1962, 25 ss.; DOMÍNGUEZ SERRA, F., “El doctor D. Pedro Mata y Fontanet”, *Trab. Cat. Hist. Mel.*, 1935, t. VI, 175 ss.

Su parte principal es medicina legal, con temas, soluciones y terminología peculiares.

Como Letamendi, siente predilección por la Antropología, como ciencia extensa y completa que dé razón del hombre. La recepción de Lombroso se había realizado (10).

Letamendi y Manjarrón

En la misma línea de los médicos anteriores sigue José de Letamendi y Manjarrón, genio universal que abarcó otras disciplinas además de la Medicina. En la época de su obra es ya conocida la escuela italiana, pero Letamendi adoptará una postura original frente a ella (11).

En un artículo en "La España Moderna", aparecido en 1890, se muestra contrario a los italianos. Les reprocha su inadmisible deseo de introducir una categoría de delincuente, como tipo natural, que no existe en la realidad. El criminal abarca tipos de muy diferente índole, imposible de reducir a uno sólo. También observa su excesiva preocupación por el delincuente, olvidando el hombre normal; hablar de responsabilidad presumiendo de deterministas; comenzar con enmienda y corrección para acabar viendo en la pena de muerte la única salida del nuevo derecho penal.

Es, más bien, directo sucesor de la línea de médicos españoles nombrados, y como tal se manifiesta en su discurso final al curso 1882-83 del Ateneo de Madrid sobre locos delincuentes. Querer positivizar el Derecho, ayudado de la Medicina, es la postura característica de este sector médico. Los juristas se mostrarán reacios hasta que Dorado importe de Italia esa conexión del Derecho con las ciencias naturales.

(10) VALENTÍ Y VIVÓ, I., *Antropología médica y jurídica*, Barcelona, 1894. Consta de título preliminar con distintas cuestiones y un repertorio de médicos y juristas; título primero, crítica, en que trata de edad, mente, sexo, herencia, ilustración, educación y profesión, freniatria, frenoscopia, legislación, sexualidad, genoiatria, higilogía, agresividad, agresión usurpadora, etnopatología, andrioscopia, tanatoscopia, yatrotecnia legal; título segundo, historia, comenzada desde el s. XIX y acabando en sus orígenes.

(11) Representa la incorporación de las nuevas ideas sin excesos, suavemente. Crítica a A. Comte en su "Discurso sobre la naturaleza y origen del hombre".

Para Letamendi la relación transcendental entre medicina y derecho ha variado. No se trata de suministrar datos externos de prueba, sino de asesorarle de elementos internos de juicio. El fundamento del derecho sólo puede encontrarse en la medicina: la ley descansa en un principio supremo, en una ley epinómica, es decir ultrajurídica, metapositiva. Esta ley suprema no puede ser la voz de Dios —el Evangelio no ha resuelto todos los casos—, ni tampoco el imperativo kantiano, ni el subjetivo dictado de la conciencia. La ley natural deberá tener en cuenta la naturaleza y fines del sujeto, del hombre. Nadie mejor, para lograrlo, que la medicina, conocedora del hombre enfermo y sano. Ella puede fundamentar el derecho penal. Rechaza basarlo en la utilidad pública. la legítima defensa frente al reo, la vindicta divina delegada en el Estado, la justicia distributiva —que erróneamente equipara al talión...—. Su único fundamento está en la patología y terapéutica penal, en términos jurídicos, el correccionalismo inspirado en medicina.

El libre albedrío, contra los ataques lombrosianos, seguirá siendo base de imputación para el médico catalán (12). Letamendi atacará los escritos de Lombroso en su ponencia al Congreso Médico Internacional de 1894 (13).

Pertenece, por tanto, Letamendi a esta dirección de médicos juristas, que desde la antropología médica pretenden dirigir el derecho. Médicos antropólogos, que quieren sacudir el derecho, encaminarle hacia la medicina en busca de su reforma substancial. Frente a los médicos legistas —al servicio de la prueba jurídica— creen hallar en la medicina la salvación medular del derecho, el cauce para su reforma positiva. Sin embargo, la dualidad es tan sólo de matiz. Mata, no es fácil de clasificar en una u otra tendencia, debido a las

(12) La enajenación es distinta a la criminalidad. En su clasificación de las formas de crimen aparece, junto a las patológicas, la voluntad deliberada de ignorar, falta de voluntad de aprender, distracción u olvido, condiciones de la época, lugar o educación, falta de medios económicos para obtenerla... CARRERAS ARTAU, T., Ob. cit., 314 s.

(13) *La verità sulle Aberrazioni e i Delitti nell'ordine sessuale*. Comunicación dirigida, en junio de 1893, al Congreso Médico Internacional de Roma, 1894.

PALAFOX MARQUÉS, S., "Vida, semblanza y obra del doctor Letamendi", *Arch. Ib. Hist. Med.*, 1951, III, 441 ss.; el mismo "La Antropología normal en la obra de Letamendi", *Arch. Ib. Hist. Med.*, 1953, V, 73 ss.; CARRERAS ARTAU, T., Ob. cit., ss.

enormes pretensiones de su doctrina. En todo caso las categorías apuntadas —médicos antropólogos y médicos legistas— es puro esquema revisable, pero de utilidad expositiva. No se trata de antagonismo ni sus posturas son contrapuestas. Las oposiciones del momento son espiritualismo y materialismo, libre albedrío y determinismo, tradición e innovación, Mata y Letamendi. Quizá la diferencia aquella sea vertical, entre prácticos y teóricos, entre quienes construyen unas técnicas útiles al foro y quienes se elevan a los principios.

Estas son, en breve, las tendencias de la medicina española del siglo XIX en torno al derecho. No ha necesitado a Lombroso para colocarse en las vigencias de su tiempo. Incluso, al aparecer el italiano, no representa para los médicos españoles sino uno más en la serie de esfuerzos del positivismo europeo, un divulgador tardío, pronto superado. Sin embargo, hasta él no existe influencia de médicos sobre juristas. Las ideas positivas —experimentos, exactitud, realismo entendido en su peculiar forma— pasarán al derecho en una coyuntura única: Lombroso, Garofalo, Ferri. Un médico y dos juristas italianos se ponen de acuerdo para extraer una nueva postura ante el derecho.

En España se importará esta escuela y, cuando los médicos sobrepasen y abandonen a Lombroso, se seguirán repitiendo sus ideas en el campo jurídico. Un médico español, Rafael Salillas, entrará en la nueva dirección desde el penitenciarismo; un jurista, Pedro Dorado Montero, importará de Italia y defenderá el positivismo jurídico. Más tarde se endurecerá, se hará axioma anticuado, contrapuesto a nuevas corrientes. La postura positiva desaparecerá, incluso en su más limitado intento de ir extrayendo de las ciencias de la naturaleza sus novedades, comprobaciones y rectificaciones relacionadas con el hombre, sujeto del derecho.

II. JURISTAS POSITIVOS DEL SIGLO XIX ESPAÑOL.

El año 1889 es la fecha convencional de partida para un positivismo jurídico. Se publica en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* los artículos de Dorado sobre "La ciencia penal en la Italia

contemporánea" (14) y en el Congreso de Lisboa se plantea la cuestión de la nueva Antropología (15).

La doctrina de la época, cuando surge el positivismo, no tenía elevado nivel. Se mueve entre cuestiones de práctica jurídica, comentarios a las leyes, consideraciones sobre codificación, administrativistas y políticos liberales franceses, utilitarismo de Bentham y los primeros clásicos penales. Codificación civil e historicismo de Savigny, libertades y garantías, racionalismo y religión, disputas sobre la ley de Jurados etc.

Sin embargo, dos tendencias se acusan con claridad. Una el krausismo jurídico, importación de Ahrens, Röder, Schäffle... Sus representantes principales Giner de los Ríos, Alfredo Calderón y, también, Posada, Azcárate... Junto al krausismo y mezclado con él en alguos, empiezan a plantearse los problemas penitenciarios: colonias y cárceles, trato, comida, enmienda y corrección del penado, sistemas penitenciarios... Los más significativos: Concepción Arenal, Cadalso, Salillas..., pero los primeros cronológicamente Montesinos y La Sagra, director de presidio en Valencia y viajero de matices positivistas incipientes, respectivamente (16).

(14) DORADO MONTERO, P., "La ciencia penal en la Italia contemporánea", *Rev. Leg. Jur.*, 1889, t. 74, 258, 475 y 713 ss.; t. 75, 132, 337 y 650 ss. Ya antes y en contra ARAMBURU, F., "La nueva ciencia penal", Madrid, 1887. Después, VIDA, F., "La ciencia penal y la escuela positivista italiana", *Mem. Ac. Cien. Mor. y Pol.*, 1893, t. VII, p. 277; MARTÍNEZ RUIZ, J., "La Sociología criminal", Madrid, 1899.

(15) TORRES CAMPOS, M., "El Congreso de Lisboa de 1889 y la ciencia penal en Portugal", *Rev. Leg. Jur.*, 1889, t. 75, 78; 1890, t. 76, 355 y 637 ss.

(16) Bibliografía en SALDAÑA, Q., traducción de v. Liszt, *Tratado de derecho penal, adicionado con la historia del derecho penal en España*, 1917, t. III, 319 ss.

Obras de M. MONTESINOS:

Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia, informe de la comisión general del ramo y sistema económico del mismo, Valencia, 1846. *Exposiciones dirigidas al Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación de la Península y al Sr. Director de Corrección por dicho Sr. Comandante del presidio de Valencia y Visitador general de los del ramo*, Valencia, 1847.

Obras de R. LA SAGRA:

(CON CHRISTOPHE MOREAU), *Correspondence pénitentiaire*, París, 1839; *Voyage en Hollande et Belgique, sous le rapport des prisons*, París, 1839. *Discurso leído al terminar la sesión pública de instalación de la Sociedad para la*

Hacia 1885 — por cortar un año—, las nuevas ideas penales se conocen y discuten en España. Pero no pasan de tópicos mal conocidos; se habla de “criminal nato”, “locos morales”, determinismo, Lombroso...

En 1886, Luis Morote, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, informa sobre el primer Congreso Internacional de Antropología con un conocimiento un tanto lejano de sus conclusiones. “Lombroso, Ferri, Garofalo y sus numerosos y despiertos discípulos están conquistando la materia penal antes inexplorada. Es una innovación científica que destruye y arrasa el mundo viejo de las construcciones metafísico-jurídicas. Con un carácter marcado que es el que distingue a la ciencia: dar como probado lo que sea; como hipotético lo que no posea suficiente investigación; y sólo probable lo que constituye el ancho campo de la indagación y la escaramuza científica, donde llegan las vanguardias, pero adonde no alcanza el grueso del ejército”. Compara con la situación de aquel entonces en España: “En España y en otras partes el derecho penal no ha pasado de la categoría de estudio procesal, con alguna dosis de filantropía e instintos de observación en alguno que otro abogado. Pero ni una sola página de Antropología, ni un experimento sobre carne criminal, ni un solo conocimiento de las ciencias naturales”.

Morote parece querer empezar la dirección con su artículo sobre “Las anomalías de los criminales”. Examina el problema del loco delincuente, la pena de muerte, las categorías de criminales —intuitivos y natos—, tatuajes insensibilidad del criminal (17).

mejora del sistema carcelario, correccional y penal de España, Madrid, 1840. *Discurso sobre la cooperación que pueden prestar las señoras a las tareas de la sociedad para la mejora de las cárceles*, Madrid, 1840. *Atlas carcelario o colección de láminas de las principales cárceles de Europa y América, etc.*, Madrid, 1843. *Relación de los viajes hechos a Europa, bajo el punto de vista de la Institución y Beneficencia pública, la represión, el castigo y la reforma de los delinquentes*, 2 vols., Madrid, 1844.

(17) MOROTE, LUIS, “El primer Congreso Internacional de Antropología criminal”, *Rev. Leg. Jur.*, 1886, t. 68, 228 ss.; “Las anomalías en los criminales (Antropología criminal)”, *Rev. Leg. Jur.*, 1886, t. 68, 334 ss.

El mismo año de 1886, en la *Revista de Legislación*, Salillas publica sus estudios de "La vida penal en España" (18). Poco destacan estos avances entre los problemas tratados en la revista: codificación, jurados... y un farragoso artículo de Alfredo Calderón sobre las esencias del derecho desde el ángulo krausista. En 1887 continúa la publicación de Salillas. Sánchez Ocaña empieza a comentar con moderno criterio la estadística criminal (19).

En los dos años siguientes la recepción se hace más decidida. En el Ateneo de Madrid se discute de Antropología. El 6 de diciembre interviene Salillas en defensa del positivismo. Enumera los positivistas españoles y, como no los hay, los saca de quienes han mirado el movimiento con alguna simpatía, aunque sea lejana. Así, Concepción Arenal, Alonso Martínez, Cos-Gayón, Manuel, Francisco y Luis Silvela. En verdad sólo Salillas siente, hasta este momento, la nueva dirección. En 1889, con la aportación de Dorado el movimiento se robustece. En los años siguientes se consolida y aumenta.

Sin embargo, dentro del krausismo y dedicado a problemas históricos y políticos existe una línea prepositivista, no puramente jurídica. Los trabajos de G. Azcárate, A. Posada, M. Sales y Ferré, principios de la sociología en nuestra patria, expresan esta mentalidad con anterioridad a 1889.

El positivismo jurídico fue en España tendencia casi exclusivamente penal, sin olvidar la última línea apuntada y algunos intentos extrapenales. En los demás países también su reducto más fuerte estuvo en el aspecto criminal del derecho. En España, donde fue más débil, no es de extrañar su limitación al ámbito criminal.

Rafael Salillas

Los médicos, desde los resultados que la actitud positiva ha deparado a la medicina, miran con agrado este movimiento. Uno de ellos,

(18) SALILLAS, R., "La vida penal en España", *Rev. Leg. Jur.*, 1886, t. 69, 265, 322 y 485; 1887, t. 70, 84, 187, 417, 500 y 712; 1887, t. 71, 59, 245, 382, 583 y 641; 1888, t. 72, 92, 210, 353 y 501. Publicado como libro, Madrid, 1888. También "La Antropología en el Derecho Penal", *Rev. Leg. Jur.*, 1888, t. 73, 375 ss.

(19) SÁNCHEZ OCAÑA, R., "Estadística criminal", *Rev. Leg. Jur.*, 1887, t. 71, 141 ss.; 1888, t. 73, 440 ss. También en 1888, t. 73, 56 ss., sobre estadística del Registro de la Propiedad.

Rafael Salillas, penetra bastante en el mundo jurídico. Su profesión de médico de prisiones le conduce a estudios penitenciarios y jurídicos, con mentalidad positivista. Sus temas son: situación de nuestras cárceles y forma de remediarlo; características del delincuente, en especial del español; estudios sobre jerga, lenguaje y poesía de criminales, revisión de la literatura picaresca, retratos de malhechores...

Su obra más ambiciosa —iniciada en su libro “Hampa”, Madrid, 1898—, es “La teoría básica del delito. Bio-sociología”, Madrid, 1901. En ella intenta una construcción general de la Antropología, quizá la aportación más original del positivismo español. Ve, como Spencer, un organismo que evoluciona de lo inferior a lo superior, apoyándose y recogiendo los estadios anteriores. Desde una base física a otra orgánica y, desde ésta, a la psicológica y social. El universo se apoya entre sí para ir construyendo los distintos escalones, hasta llegar a las formas sociales más desarrolladas (20).

(20) Obras de R. SALILLAS: “La vida penal en España”, *Rev. Leg. Jur.*, 1886, t. 69, 269, 322 y 485; t. 70, 84, 187, 417, 500 y 742; t. 71, 59, 245, 382, 513 y 641; 1888, t. 72, 92, 210, 353 y 501. “La Antropología en el derecho penal”, *Rev. Leg. Jur.*, 1888, t. 73, págs. 603 ss. “Las asociaciones de patronatos de presos en España”, *Rev. Leg. Jur.*, 1890, t. 87, 387 ss. “El corazón en el tatuaje”, *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 165, 276 y 391. “Museo criminológico”, *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 98, 240; 1892, t. 2, 39, 143 y 244. “El tiempo de reacción en la investigación procesal”, *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 80, 138 ss. “Caracteres de los delincuentes según el Licenciado Chaves”, *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 81, 279 y 494. *D.ª Concepción Arenal en la ciencia penitenciaria*, Madrid, 1894. *El delincuente español. El lenguaje. (Estudio filológico, psicológico y sociológico, con dos vocabularios jergales)*, Madrid, 1896. *Hampa*, Madrid, 1896. “Poesía rufanesca”, 1905. *Revue Hisp.* “Los locos delincuentes en España”, *Rev. Leg. Jur.*, 1899, t. 94, 117 y 142. “Los Nánigos de Ceuta”, *Rev. Leg. Jur.*, 1901, t. 98, 337 ss. *La teoría básica del delito (Bio-sociología)*, 2 vols. Madrid, 1901. “Laboratorio de criminología”, *Rev. Leg. Jur.*, 1901, t. 99, 44, 368 y 514. *Instrucciones para la formación de topografías criminológicas*, Madrid, 1902. “La edad y el delito en España”, *Rev. Leg. Jur.*, 1902, t. 100. *Trata de blancas*, Madrid, 1902. *La reforma penitenciaria*, Madrid, 1904. *El gran inspirador de Cervantes. El doctor Juan Huarte y el “Examen de Ingenios”*, Madrid, 1905. *Consejo Penitenciario*, Madrid, 1905. *La fascinación en España*, Madrid, 1905. *La traslación de los presidios de Africa y la reforma penitenciaria*, Madrid, 1906. *Un gran penólogo español: El coronel Montesinos*, Madrid, 1906. “La celda de Ferrer”, *Rev. Penit.*, 1907, t. 4, 321 ss. “El anarquismo en las prisiones”, *Rev. Penit.*, 1907, t. 4, 476 y 532 ss. “El año penitenciario 1907”. *Rev. Penit.*, 1908, t. 5, 1 ss. “Sentido y tendencia de las últimas reformas en criminología”, *Rev. Penit.*, t. 5, 577 ss. “La casa como célula social”, *Rev. Penit.*,

Bernaldo de Quirós

En orden de importancia merece ser citado inmediatamente el jurista Constancio Bernaldo de Quirós, fiel a Lombroso hasta nuestros días aunque iniciase con Dorado entroncarse en el krausismo (21). Su obra clave "Las nuevas teorías de la criminalidad", de 1898, es una sistematización de los avances del positivismo jurídico en su concepción del delincuente, que arranca desde antes de Lombroso. Recoge bibliografía, ordena escuelas y problemas. A nuestro juicio es muy superior a la análoga de Dorado "La Antropología criminal en Italia". La sistematización de Bernaldo fue traducida al inglés y, a los diez años de su publicación, alcanzaba su segunda edición.

También le acompaña el éxito a "La mala vida en Madrid", descripción de la vida maleante al estilo de las publicaciones de Salillas (22).

El positivismo arrastra seguidores, frente a los prácticos, los krausistas y los penitenciaristas de otras tendencias. Aramburu, Viada, Groizard, Silvela, etc... desconocen o refutan las exigencias de la nueva postura. Sin embargo, los convencidos son muchos.

t. 5, 613 ss. "Poesía matonesca", *Revue Hisp.*, 1908, t. 19, 135 ss. *El tatuaje en su evolución histórica, en sus diferentes caracterizaciones antiguas y actuales y en los delincuentes franceses, italianos y españoles*, Madrid, 1909. *En las cortes de Cádiz. (Revelaciones acerca del estado político y social)*, Madrid, 1910. *Prioridad en España de las determinantes del sistema progresivo*, Madrid, 1913. *Morral el anarquista. Orígenes de una tragedia*, Madrid, 1914. *Evolución penitenciaria en España*, Madrid, 1919. *Inspiradores de Concepción Arenal*, Madrid, 1920.

Sobre Salillas: ANTÓN ONECA, JOSÉ, "D. Rafael Salillas. Nota necrológica", *Mem. Soc. Esp. Antrop.*, Madrid, 1923; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "D. Rafael Salillas: sus precursores y discípulos", *El Crim.*, t. 3, 35 ss.

(21) BERNALDO DE QUIRÓS, C., *Legislación penal comparada*, Ciudad Trujillo, 1944, prol. XI.

(22) Obras de C. BERNALDO DE QUIRÓS: "Una polémica sobre la normalidad del delito", *Rev. Leg. Jur.*, 1893, t. 87, 100 ss. "La condena condicional en la doctrina y en las legislaciones", *Rev. Leg. Jur.*, 1898, t. 92, 433 ss. *Las nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid, 1898, 2.ª ed. 1908. "Estudio para la reforma del Código Penal", *Rev. Leg. Jur.*, 1899, t. 94, 497 ss. "La criminología en 1898", *Rev. Leg. Jur.*, 1899, t. 94, 96 y 253: "El 5.º Congreso de Antropología criminal", *Rev. Leg. Jur.*, 1901, t. 99, 608 ss. "La pena de muerte entre los animales", *Rev. Leg. Jur.*, 1901, t. 98, 67 ss.; *La mala vida en Madrid*, Madrid, 1901 (en colaboración de LLANAS AGUILANIE-

Jerónimo Vida

Vida, mayor que Dorado, es uno de sus defensores. Conoce las nuevas tendencias desde la cátedra de derecho penal de Salamanca, que permutará por Granada con Dorado. En el tiempo más alto del positivismo comenta sus obras extranjeras en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. En todo caso escribe poco y, además, la mayor parte de sus trabajos son anteriores a su inclinación positivista. En 1892 publica un artículo de defensa de la escuela positivista española (23).

do, J. M.). *El alcoholismo* Barcelona, 1903. "Carácter de la delincuencia femenina", *Rev. Ib. Cien. Med.*, marzo 1903. "Una futura escuela de Criminología", *Rev. Leg. Jur.*, 1903, t. 102, 304 ss. "Literatura española sobre alcoholismo", en la *Bibliographie der gesamten wissenschaftlichen Literatur über den Alkohol und den Alkoholismus*, Berlín, Viena, 1904. "Las lesiones en el derecho español vigente", *Rev. Leg. Jur.*, 1904, t. 105, 51 ss. *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904. "Psicología del crimen anarquista", *La Reforma*, agosto, 1905. *Criminología de los delitos de sangre en España*, Madrid, 1906. *Vocabulario de Antropología criminal*, Madrid, 1906. "Concepto y clasificación de los delitos contra la honestidad", *Rev. Leg. Jur.*, 1907, t. 111, 228 ss. "Los nuevos procedimientos de la policía judicial científica", *Rev. Leg. Jur.*, 1907, t. 111, 512 ss. *La Picota. (Crímenes y castigos en el país castellano en la E. Media)*, Madrid, 1908. "Figuras delinquentes", *Rev. Trib.*, 1909. "La criminalidad en las islas Filipinas", *Rev. Leg. Jur.*, 1910, t. 116, págs. 224 ss. *Doble suicidio por amor*, Madrid, 1910. Artículos de derecho penal en "Enciclopedia Jurídica Seix", Barcelona, 1910-22. "Contribución a la estadística del alcoholismo en España", *Rev. Leg. Jur.*, 1913, t. 123, 432 ss. "Derecho Penal", Madrid, 1913, en el *Manual de Derecho Usual*. *Una supervivencia paleolítica en la psicología criminal de la mujer*, Madrid, 1916. "Nuevas observaciones sobre el bandolerismo", *Rev. Leg. Jur.*, 1925, t. 146, 459 ss. "Criminología del campo andaluz", *Rev. Penit.*, 1934 (en colaboración con ARDELA, L.). *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, Ciudad Trujillo, 1940. *Eugenesis jurídica y social (Derecho eugenésico argentino)*, 2 vols. Buenos Aires, 1943. *Lecciones de legislación comparada*, Ciudad Trujillo, 1944.

(23) Obras de J. VIDA: *El proyecto del Código Penal*, Madrid, 1885. *La familia como célula social*, Madrid, 1885. "La imputabilidad criminal y las causas que la excluyen o modifican", *Rev. Leg. Jur.*, 1890, t. 76, 399 y 434. "Comentarios al libro de Silió", *Rev. Leg. Jur.*, 1891, t. 78, 277 ss. "Criterios de penalidad", *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 104 ss. "Los criminalistas españoles en el extranjero", *Nuev. Cien. Jur.*, 1892, t. 2, 3 ss. "Un caso práctico y varias cuestiones procesales", *Rev. Leg. Jur.*, 1896, t. 88, 28 ss.

César Silió y Cortés

Silió y Cortés representa el intento de armonía entre un cristianismo ferviente y las pretensiones de la nueva doctrina, incluso de libre albedrío y determinismo. En "La crisis del derecho penal", aparecida en 1891 afirma: "Es una ley biológica que preside la evolución de los organismos todos, la supervivencia de los más aptos en la eterna lucha por la existencia a que están sometidos los seres desde la creación en su infinita variedad, desde aquellos simplicísimos que apenas parecen animados por el soplo misterioso de la vida, hasta el hombre, resumen de cuanto late, bulle y se agita en el universo; y esta misma ley inviolable, indestructible, escrita por Dios en el gran Código de la naturaleza, sigue igualmente en la vida de las ideas" (24). El libro llevaba prólogo de Alvarez Taladriz, infatigable defensor del positivismo desde la *Revista de Antropología* y autor de un manual de Antropometría (25).

Dentro de la línea penal están inmersos en la nueva dirección trabajos descriptivos de la criminalidad española como los de —aparte Bernaldo y Salillas— Gil Maestre, Vieites, Díez Caneja, Llanas Aguilaniedo y los estadísticos de Sánchez Ocaña, Gimeno Agius, Pazos y Gutiérrez etc... (26).

(24) SILIÓ Y CORTÉS, C., *La crisis del derecho penal*, Madrid, 1891, 302 s.

Otras obras de C. SILIÓ Y CORTÉS: "La criminalità nella Spagna", *Scuola Posit.*, 1891, t. 2. "La criminalidad española", *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 12 ss. "Delitos de sangre", *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 71 ss.: "Más delitos de sangre", *Nuev. Cienc. Jur.*, 1891, t. 1, 224 ss. "El paralelismo entre los delitos de sangre y los delitos contra la propiedad", *Nuev. Cien. Jur.*, 1892, t. 2, 262 y 331.

(25) ALVAREZ TALADRIZ, *Manual de Antropometría judicial*, Madrid, 1899.

(26) GIL MAESTRE, M., *La criminalidad en Barcelona y en las grandes poblaciones*, Barcelona, 1886. *Los malhechores en Madrid*, Gerona, 1899. "Influencia de la educación y la instrucción sobre la criminalidad", *Rev. Jur. Cat.*, 1900.

VIEITES, V., "Los niños delincuentes", *Rev. Leg. Jur.*, 1889, t. 74, 405 ss. "La química como auxiliar de la justicia", *Rev. Leg. Jur.*, 1890, t. 76, 622 ss.; t. 77, 38 ss.

DÍEZ CANEJA, J., *Vagabundos de Castilla*, Madrid, 1903.

LLANAS AGUILANIEDO, J. M., "El alcoholismo en Sevilla", *Actas del IX Cong. Int. de Hig. y Demografía*, Madrid, 1900.

GIMENO AGIUS, "La criminalidad en España", *Rev. de Esp.*, 1885, t. CVI y CVII.

Positivismo extrapenal

Incluso en Italia, la escuela positivista es radicalmente criminalista. Los tres iniciadores no se extienden a problemas fuera del derecho penal. Dorado, al estudiar los estragos del positivismo en otras ramas del derecho (27) se encuentra desorientado, confuso. En economía, derecho civil, historia, filosofía del derecho, etc... no logra deslindar con claridad las tendencias positivas. Su afán clasificador no halla esa nitidez y radicalidad del positivismo penal en otros sectores de la doctrina jurídica italiana.

En España, con mayor razón, no es fácil de percibir amplios brotes positivos en otros sectores del derecho.

Por lo pronto, la línea de pensamiento antes esbozada —Posada, Azcárate, Sales y Ferré— presentan rasgos positivistas. Adolfo Posada, en Derecho político se preocupa de las nuevas tendencias sociológicas (28). Aunque el auténtico sociólogo de esta época es Manuel Sales y Ferré, catedrático de Letras de Barcelona (29). La preocupación por las nuevas tendencias de la historia está viva en R. Altamira (30), catedrático de Oviedo. La historia se aboca a una sociología histórica, en

PAZOS, D., "Reseña de la organización y trabajos de la estadística oficial en España", *La Adm.*, 1838.

GUTIÉRREZ, "Estadística sobre la vida sexual de la mujer en España", *Rev. Ib. Cien. Med.*, diciem. 1901.

También deben tenerse en cuenta las obras de BUYLLA, GÓMEZ OCAÑA, GONZÁLEZ SERRANO, los trabajos de OLÓRIZ y del antropólogo ARANZADI.

(27) *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, 1891. Segunda parte.

(28) POSADA, A., "Introducción al estudio de las sociedades primitivas. Las sociedades animales", *Rev. de Esp.*, mayo y jun. 1891. "Una hipótesis contraria al matriarcado primitivo", *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 193 ss. "Teorías modernas acerca del origen de la familia, de la sociedad y del Estado", *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 80, 47 y 209. "Los caracteres positivos del Estado", *Nuev. Cien. Jur.*, 1892, t. 2, 64 ss. "Los salvajes y el derecho político", *Nuev. Cienc. Jur.*, 1892, t. 2, 193 ss. *Tratado de Derecho político*, 2 vols, Madrid, 1893. "Sociología y anarquismo", *Rev. Leg. Jur.*, 1894, t. 85, 226 ss. *Literatura y publicaciones de la sociología*, Barcelona, 1902. "La idea de justicia entre los animales", *Esp. Mod.*, 1893.

También V. ESTASÉN, *Los orígenes de la vida económica*, Madrid y Barcelona, 1893.

(29) SALÉS Y FERRÉ, *Tratado de Sociología*, 4 vols., Madrid, 1889.

(30) ALTAMIRA, R., *La enseñanza de la historia*, Madrid, 1891, 2.ª ed., 1895.

querer descubrir leyes generales de la vida del hombre como ser social. Sin embargo, en la historia del derecho, la importancia de este movimiento es reducida frente a Joaquín Costa y la escuela de Pérez Pujol, Hinojosa, etc.

En el derecho civil, Dorado traducirá a D'Aguanno, y Mucius Scaevola, comentador de nuestro Código, le seguirá en algunas opiniones, sin que, realmente, pueda calificar como positivista. En *La Nueva Ciencia Jurídica* se publicarán artículos sobre el derecho civil y el positivismo por Rafael Altamira (31) y Manuel Torres Campos (32).

En otras disciplinas jurídicas —procesal, administrativo, social— el rastro positivo se pierde (33). Son disciplinas que nacen científicamente en aquel momento en España y tienen bastante con ir construyendo su primer andamiaje.

Estas son las líneas generales del positivismo del siglo XIX en la doctrina española. Previamente una dirección médica, anterior a Lombroso, pero desaprovechada, por desgracia, por la doctrina jurídica.

Después, una línea más antigua, que no conocemos bien, con Posada al frente. También Giner está en contacto con ésta (34) en su interés por la sociología. Por último irrumpen en el derecho penal Dorado, Salillas y Bernaldo, frente a clásicos y correccionalistas.

Pero paulativamente se acortan las distancias; se amalgaman las direcciones, decae la novedad y exigencias del positivismo, aunque se asimile en reducidos aspectos. Al fin queda en recuerdo osificado; como una escuela más, dentro de lo anterior; susceptible de ser embebida en una síntesis más amplia.

(31) ALTAMIRA, R., "El método positivo en el Derecho civil", *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 268 ss.; 1892, t. 2, 81 y 129 ss.

TORRES CAMPOS, M., "La Antropología y el Derecho Civil", *Nuev. Cien. Jur.*, 1891, t. 1, 137 ss.

(32) OHRAS DE M. TORRES CAMPOS: *Elementos de Derecho internacional público*, 1890. "La reforma de la enseñanza del Derecho", *An. Acad. Der. Univ. Gran.*, 1890. "Antropología criminal", *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 80, 5 ss. "La antropología y el Derecho civil", *Nuev. Cienc. Jur.*, 1891, t. 1, 137 ss. "Ciencia política", *Nuev. Cien. Jur.*, t. 2, 71 ss.

(33) SALILLAS, R., "El tiempo de reacción en la investigación procesal", *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 80, 138 ss.

(34) GINER DE LOS RÍOS, F., "Un nuevo libro de Schäffle", *Rev. Leg. Jur.*, 1894, t. 84 y 85.

¿Por qué desaparece tan rápido el positivismo en derecho? Sin duda, la intrínseca dificultad del positivismo jurídico, apuntada al comienzo de estas páginas es una de las razones de su abandono. Además existen causas de carácter general. Dilthey inicia otra dirección separando por entero las ciencias de la naturaleza de las llamadas del espíritu. Pero también se puede cargar el tanto de culpa a los juristas positivistas de la época. Españoles o extranjeros no supieron continuar en los nuevos caminos. La única transfusión Lombroso-Garofalo, Ferri, no era suficiente. Siguiendo las ideas de éstos se vieron desbordados con su caída. Se siguieron utilizando algunos datos de otras ciencias, pero no de forma completa, ni absorbiéndolos esencialmente.

En consecuencia, nuevas direcciones de principios de siglo quisieron asimilar en lo posible los "resultados" del positivismo y se les fue quedando en nada. El eclecticismo penal —Carnevale, Alimena, Pessina, v. Liszt— disolvió el ambicioso intento lombrosiano. Después otras tendencias de origen germánico relegan totalmente el positivismo, como algo anticuado e incomprensible.

Una panorámica —sobre todo si se intenta por primera vez— no alcanza a penetrar cada uno de los problemas que agitan a una generación de hombres. Quedaríamos en la superficie si no consignásemos cada problema, si nos limitásemos a una clasificación de los autores, reuniendo a quienes tienen semejante postura ante la ciencia del derecho. Para penetrar unos metros más en las características del positivismo juzgamos oportuno acercarnos más a un hombre, introductor y principal cultivador: Pedro Dorado Montero.

Pedro Dorado Montero

I. PERFIL DE UN POSITIVISTA.

Pedro Dorado es el hombre clave para conocer el impacto del positivismo jurídico del ochocientos. Jurista, catedrático de Salamanca, es el importador de la escuela positivista italiana, aunque la abandonará después para volver a las doctrinas correccionalistas. Su positivismo es un hermoso sueño, un esporádico entusiasmo por las nuevas ideas y la mentalidad lombrosiana en el panorama penal español.

Las razones de su esterilidad hay que buscarlas, aparte las generales del fracaso positivista, en la firme oposición de los juristas españoles tradicionales, en la férrea autoridad de Giner, en la falsedad de su positivismo. Lombroso y Ferri midieron cráneos, hicieron estadística original, observaron al delincuente. Dorado, en cambio, con la mayoría de los españoles de esta tendencia, se limita a entusiasmarse, a divulgar las nuevas ideas, a recoger bibliografía, y, como única muestra positiva a comentar la estadística oficial.

Dorado es un hombre nuevo. Acaba sus estudios en 1885, quiere especializarse en Filosofía del derecho. Pero su viaje a Italia le encamina al derecho penal, ciencia donde el positivismo concentra sus esfuerzos. Es hombre nuevo e intacto cuando realiza su viaje. Llega a Italia sin formación decidida y recoge los ideales positivistas. Sin embargo, no marcha a lo desconocido, no es un encuentro casual —como el del primer krausista—, porque en ese tiempo Lombroso y sus seguidores empiezan a conocerse y discutirse en el ambiente español.

Es, además, nuevo en sus ideas cuando vierte la doctrina jurídica italiana en España (35). Se seguían las tendencias anteriores: Beccaria y Carrara. Röder, no muy diferente a ellos, había logrado gran

(35) Obras de P. DORADO MONTERO: "La ciencia penal en la Italia contemporánea", *Rev. Leg. Jur.*, 1889, t. 74, 258, 475 y 713; t. 75, 132, 337 y 650. *La Antropología criminal en Italia*, Madrid, 1889. "El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana", *Rev. Leg. Jur.*, 1891, t. 78, 178 y 289. En 2 vols., 1891. "Opiniones recientes sobre el delincuente y el delito", *Rev.*

aceptación. Dorado trasgrede las reglas de estos maestros. Importa una dirección en oposición abierta con estos movimientos.

Después, al cabo del tiempo, el antagonismo se suaviza, casi desaparece. Aunque no admita a los genuinos representantes de la escuela clásica, conoce y admite a sus seguidores eclécticos Pessina, Carnevale, etc., y entronca definitivamente con el correccionalismo, intentando su amalgama con el positivismo.

Leg. Jur., 1891, t. 78, 23 ss.; t. 79, 200 ss. "Problemas de sociología política", *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 81, 346 ss. "Estudio crítico sobre la doctrina de Garofalo y de la nueva escuela penal italiana", Madrid, 1893. (En la trad. de "Indemnización a las víctimas del delito", de R. Garofalo.) "Problemas de derecho penal", *Rev. Leg. Jur.*, 1893, t. 82, 449 ss.; t. 83, 5 y 161. *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1893. "Algunos elementos para reforma de nuestra enseñanza", *Bol. Inst. Lib. Ens.*, 1893, t. 17. "A propósito de la causa Varela", *Esp. Mod.*, 1894, mayo. "I correzionalisti spagnoli e la scuola positiva", *Scuola posit.*, 1894, t. 4, 159 ss. *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895. "Del Derecho penal represivo al preventivo. (Ojeada de conjunto sobre la situación actual del Derecho penal)", *Rev. Leg. Jur.*, 1896, 256 ss.; 1897, t. 90, 5 y 557; t. 91, 252 y 393; 1898, t. 92, 60 ss. *El reformatorio de Elmira*, Madrid, 1898. "El caso del loco delincuente en el derecho penal moderno y enseñanzas que del mismo pueden sacarse", *Rev. Leg. Jur.*, 1898, t. 92, 420 ss.; t. 93, 5 ss. "Algunas indicaciones sobre el concepto de las faltas y sobre el tratamiento penal de quienes las ejecutan", *Rev. Leg. Jur.*, autor, *Rev. Leg. Jur.*, 1898, t. 93, 483 ss.; 1899, t. 94, 47 ss. "Las faltas en el derecho legislado español", *Rev. Leg. Jur.*, 1899, t. 95, 5 ss. "El poder de la prensa", *Rev. Pol. Parl.*, sept. 1900. *Contribución al estudio de la historia primitiva de España: El Derecho penal en Iberia*, Madrid, 1901. *Estudios de Derecho penal preventivo*, Madrid, 1901. *Asilos para bebedores*, Madrid, 1901. *Del problema obrero*, Salamanca, 1902. *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1902. *Valor social de las leyes y autoridades*, Barcelona, 1903. *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905. *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906. *De criminología y Penología*, Madrid, 1906. "Más sobre los peritos médicos", *Rev. Leg. Jur.*, 1907, t. 111, 24 ss. "El correccionalismo penal y sus bases doctrinales", *Rev. Leg. Jur.*, 1907, t. 111, 401 ss. *El derecho y sus sacerdotes*, Madrid, 1909. *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, Madrid, 1910. *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1913; 2.ª ed., 1916. *Metafísica y Psicología. Cuadernos de Ciencia y Cultura*, 1927. *Naturaleza y función del Derecho*, Madrid, 1927.

Sobre Dorado: SALDAÑA, Q., *Dorado Montero*, Madrid, 1920; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Bibliografía crítica*, 6 ss.; el mismo, "D. Pedro Dorado Montero", *El Crim.*, t. 3, 27 ss.; el mismo, "Pedro Dorado Montero. El drama silencioso de una vida sabia", *El Crim.*, t. 4, 75 ss.

Dorado es también hombre contradictorio pero en distinto sentido que sostiene Jiménez de Asúa (36). No se trata de exceso de criticismo, sino del antagonismo que guarda en su interior entre positivismo y correccionalismo, entre Darwin y Lombroso, tan despiadados, y la benignidad y suavidad de Röder. Esta contradicción desosiega su espíritu, no le deja encontrar el camino de trabajo y su obra se desordena y queda superficial.

Ideario

Presentemos breves las ideas y problemas, las líneas fundamentales de su pensamiento. Dorado ataca con dureza el sistema tradicional de razonamiento jurídico. No admite que desde unos cuantos principios fundamentales se pueda descender al detalle para solucionar conflictos y fijar normas. Sin embargo, él caerá en el mismo defecto. Su positivismo no es una postura radical en el conocimiento. No es un acercarse a la realidad con las técnicas adecuadas para desentrañar su secreto. No trabaja laborioso esperando en el futuro. Algo de esto les ocurrió a los italianos; coaccionados por la creciente oposición convierten sus ideas en principios programáticos, las anquilosan para exgrimir las contra el adversario. Pero ellos creyeron haberlas extraído pacientemente de la realidad y sólo después las convierten en axiomas. El español, en cambio, las lee y recoge como acabadas. Además, en Italia fueron varias las direcciones; dentro del positivismo surgió la discusión. En España se formaron por el positivismo dos bloques irreconciliables, que endurecieron e inflexibilizaron sus dogmas hasta el punto que la tercera solución, el eclecticismo, debió ser importado de Italia y Alemania.

(36) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950. t. 1, 679 ss. "La obra de Dorado es otro drama, según dije antes. El drama del criticismo. Si leemos un artículo o un libro del maestro nos chocan en seguida las notas, al pie de la roja; no esas citas pedantes en que se han vaciado las listas de los catálogos que han sido de uso en España y fuera de nuestra patria, sino unas notas en las que el propio autor discute consigo mismo, notas de notas porque no sólo existen las cifradas, sino dentro de muchas de ellas otras notas distinguidas con letras, y, a veces, una tercera clase de anotaciones. Y es porque en Dorado Montero el pensamiento se discutía, se criticaba por sí mismo. Ese es otro de sus dramas: el de la crítica. A muchos grandes profesores les ha llevado a dejar su pluma inactiva."

La conversión de la mentalidad positiva en principios facilita el resumen ideario de Pedro Dorado. Su pensamiento, regido por los nuevos principios, gira en torno a ellos. Defiende:

1.—La superioridad de las ciencias de la naturaleza y necesidad de aceptar sus resultados e imitarlas en su intento (37).

2.—El determinismo, más o menos atenuado, en la comisión de delitos.

3.—El delito cambiante según la época y lugar, sancionado por la comunidad. La comunidad, concebida como organismo spenceriano, es sujeto de todo estudio jurídico.

4.—La pena como bien y prevención, para defender a la sociedad y enmendar al delincuente (38).

5.—La ley como algo pernicioso, a veces referido a toda ley, otras hasta que llegue el mañana de inspiración positivista.

6.—La costumbre y, sobre todo, la jurisprudencia como panacea del derecho, por encontrarse más cerca de la realidad.

7.—Los aspectos sociales —tanto en la contemplación de los fenómenos como en la tendencia de las instituciones— le parecen insoslayables.

(37) “Yo me represento el proceso de conocimiento y, por lo tanto, el método de toda la ciencia, como formado de los momentos siguientes, por los que ha de irse sucesivamente pasando: *observación* (análisis, examen, experiencia, experimento, recolección de datos, afirmación de la base inductiva...); *inducción* (formulación de leyes comunes a cada orden de fenómenos; *deducción* (aplicaciones, descubrimientos, desarrollos)...” *Los peritos médicos*, 21.

(38) En este punto aparece ya el germen del pensamiento correccionalista posterior.

II. DORADO E ITALIA.

Sus estudios en Salamanca le proporcionan esa primera formación en que empiezan a plantearse los problemas y se mantiene abierta la mente a las soluciones. Entonces cursó con Gil Robles, mostrándole cierta inclinación (39).

Pero sus determinantes son el viaje a Italia y su grupo ambiental dirigido por Francisco Giner de los Ríos. Positivismo y correccionismo.

Ir a Bolonia significa mucho en su formación. En dos años es un experto en la escuela positiva, entonces centro de interés, sea para atacarla o defenderla. "Haciendo los estudios en la Facultad de Derecho, en concepto de becario del Colegio Mayor de San Bartolomé, fui propuesto por el Rector de la Universidad Central para ocupar una plaza vacante a la sazón, en el Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia." (40).

Lee las obras fundamentales para dar cuenta a la Junta de Colegios Universitarios de Salamanca. Con esta memoria pone un firme pilar de su formación, traza las líneas y recoge materiales que continuará acrecentando en el futuro. La memoria —según escribe— "fue presentada a fines de 1886 a la Junta de referencia; ésta, a su vez la envió a la Facultad de Derecho para que emitiera un informe acerca de la misma; la Facultad nombró una ponencia compuesta de dos catedráticos, y... las cosas están lo mismo al cabo de cuatro años, por no haber evacuado su comisión los ponentes" (41). Pero entonces, cuatro años después, ya no le importa. En 1889 se publica como artículo en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* y como libro "La Antropología criminal en Italia" (42). Dos años des-

(39) En los comentarios a bibliografía publicada, en *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 81, 219 ss., critica con dureza una segunda edición de la obra de E. Gil Robles, *El absolutismo y la democracia*, Salamanca, 1892. Reconoce su inteligencia, pero su entendimiento —escribe— "iba poco a poco perdiendo su flexibilidad y comenzando a acartonarse y endurecerse"; no conoce los nuevos movimientos y habla del "reinante" krausismo con olvido de la sociología más moderna; su liberalismo orgánico es una componenda con lo tradicional.

(40) *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, 5 s.

(41) Ob. cit., 6.

(42) "La ciencia penal en la Italia contemporánea", *Rev. Leg. Jur.*, t. 74, 258, 475 y 713; t. 75, 132, 337 y 650.

pués, como primera parte de “El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana” (43), en donde recoge todo su trabajo en el extranjero.

Es decisivo ese trasvase de filosofía jurídica, antropología y sociología en la Facultad de Derecho española. Se completan las aportaciones de la línea Posada, Sales, Azcárate. Las doctrinas de Lombroso y del positivismo italiano eran mal conocidas en España, se manejaban sin ningún cuidado. Ahora se asegura un conocimiento más detenido y se extiende el interés directo por las novedades de la escuela.

La intención de Dorado es esta: “Desearíamos que no se perdiera de vista el carácter del trabajo, que es predominantemente histórico y expositivo, aunque también crítico, y que el propósito principal de su autor es el de dar cuenta del influjo que en la ciencia jurídica y social italiana ejerce el positivismo...” (44).

Tomando para su análisis la edición de 1891, examinaremos el material que aporta. Estudia el fundamento del derecho penal, delito, delincuente, factores del delito y la pena. Su última parte —cap. XI al XIII— (45) es enumeración bibliográfica, acabada con excesiva premura. En las ediciones sucesivas no lo completa; tal vez no juzga de interés su primer trabajo; para él es simple comunicación o información. En ese original siglo, carece de importancia la reseña de una escuela. Sólo preocupa el sistema, la gran idea. El recoger ordenadamente lo anterior —hoy fase primera e imprescindible de la investigación— apenas se hacía.

(43) Imprenta de la *Revista de Legislación*, Madrid, 1891.

(44) *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, 7.

(45) Primera parte: Preliminar.—Tendencias filosóficas más acentuadas en la actual ciencia jurídica italiana.—Cap. I: La nueva escuela del derecho penal. Cap. II: El fundamento del derecho penal.—Cap. III: Concepto del delito.—Cap. IV: Clasificación de los delincuentes.—Cap. V: Los factores del delito.—Cap. VI: Factores antropológicos del delito.—Cap. VII: Factores sociales.—Cap. VIII: Factores físicos.—Cap. IX: Terapéutica del delito.—La pena.—Cap. X: Méritos principales de la nueva escuela.—Cap. XI: Escritores afiliados a la nueva escuela.—Cap. XII: Trabajos críticos sobre la nueva escuela.—Cap. XIII: La escuela clásica.

Segunda parte: Economía política, Filosofía del derecho, Derecho civil, Derecho político, Derecho romano y otras ramas jurídicas.

Positivismo en Filosofía

Comienza el libro en alturas filosóficas, con luchas entre idealistas hegelianos y positivistas. Frente a ellos la escuela teológica se había debilitado. El triunfo del positivismo no se haría esperar: “esta doctrina o escuela, con todo brío de la juventud, con toda la fuerza que tienen los hechos —única cosa que ella pretende y cree tener en cuenta—, hasta con el atractivo de la novedad, se ha posesionado de la gran mayoría de los espíritus que en Italia se dedican al estudio y cultivo de la ciencia” (46). Pero no será total, pues, “lejos de ser la doctrina del porvenir, concluirá por dejar el puesto a una tercera, producto de las otras dos” (47). ¿Ni en el primer momento se deja arrastrar por el positivismo? ¿Esa tercera ciencia es ya mezcla con Röder? Más bien se trata de un positivismo más limado, menos cruel. Dorado le denomina positivismo crítico y es, en suma, corrección de excesos, crítica de demasías. En él se podrán colocar las críticas del mismo Dorado. Por lo demás, se acoge a Fouillée y Kant para dulcificar las pretensiones italianas.

Pedro Dorado Montero examina cada problema con actitud crítica, valorativa. En apretado texto cita a médicos: Lombroso, Marro, Sergi, Morelli... y a juristas: Garofalo, Ferri, Fioretti... Incluso a Tarde y algún otro francés. Entre resúmenes y citas se mueve, afilado y crítico, el discurso de Dorado. Revisa y contrapone soluciones. Adopta posturas ante los distintos problemas: en ocasiones, de conformidad, otras de abierta discrepancia. Pero en conjunto le parece acertada la escuela, necesarias sus innovaciones. “No es posible aplicar al estudio de los fenómenos sociales otro método que el experimental”, “la escuela penal positiva empieza a dar a la estadística una importancia que antes no se le ha dado para el estudio de la patología social” (48).

Fundamento del Derecho Penal

El fundamento de penar por el Estado lo recoge de Schiatarella: no es la imputabilidad del libre albedrío clásico, sino reacción del

(46) *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, 19.

(47) *Ob. cit.*, 20.

(48) *Ob. cit.*, 25.

organismo social, como defensa contra el delito. Recae sobre el individuo que provoca esta excitación fisiológica del Estado-organismo. El tono lo marcará la "temibilidad" del delincuente, el peligro de volver a repetir su ataque a la sociedad. La sanción social será represiva y eliminativa, pero con preferencia preventiva y reparadora.

Intención

Inmediatamente empieza su crítica. Si basan el derecho de penar en la defensa del Estado —dato objetivo e independiente del criminal— no deben pasar a escudriñar la intención. Tanto Ferri como Garofalo "tienen en cuenta la intención del que ejecute el acto, para castigarle más o menos, según los motivos que le hayán determinado sean más o menos antijurídicos y antisociales" (49).

Dorado discrepa ampliamente. No es admisible llamar intención a ese medir la peligrosidad, recordando anteriores tendencias. Pretende mayor cientifismo para la escuela. Llegar a determinar objetivamente la potencialidad para el crimen, sin apelar a un concepto tan resbaladizo como la intención. Argumenta en contra:

1.—La intención es sólo un indicador, un resumen de tendencias, pero jamás un factor del delito. El crimen se produce por un conjunto de factores —antropológicos, físicos y sociales— que deberán medirse y prevenirse; se atajarán en la persona del delincuente, sin acudir a la intención, supervivencia de escuelas anteriores.

2.—Hablar de intención y motivos del delito es regresar a los cauces del libre albedrío, traicionar el determinismo basado en los factores del delito.

3.—Es continuar en los moldes clásicos de ofensa a la moral, a la religión o al derecho, de fundar la pena en represión la conciencia individual. El derecho del futuro se apoya en remedios preventivos, aminoraciones de los factores determinantes e incluso, si no basta, en soluciones represivas y eliminativas, inspiradas en una defensa del grupo.

4.—Los motivos de la acción delictiva tienen idéntica potencia en quien los conoce y es consciente, o en quien los ignora.

(49) Ob. cit., 32 ss. Ferri descubre la peligrosidad en la cualidad antisocial del *acto* y del *agente*, el primero depende del derecho violado y los motivos determinantes del obrar.

5.—No tiene relevancia el conocimiento de los motivos. Unos saben qué hacen, otros no. Quien lo sabe y delinque muestra un conocimiento que no le sirve de gufa, no le reprime ante el delito. Esa débil luz de su inteligencia —le parece a Dorado— es una ironía de la naturaleza, incomprendible y cruel.

6.—Es inadmisibile establecer estas clases entre los delincuentes. Si la pena es “defensa” frente a la “ofensa” del acto criminoso, no cabe establecer categorías con vuelta a la imputabilidad, a la intención.

7.—Recoger intenciones resulta contradictorio en la nueva escuela.

8.—En el delincuente existen dos estratos psicológicos, uno más superficial y actual, el otro intencional o de fondo. Si no están acordes y atendemos a los motivos, se castigará con mayor gravedad al temible, superficial y honrado en el fondo. Los motivos se hallan en la capa externa o superficial, por tanto, no deben tenerse en cuenta.

La temibilidad —sigue Dorado—, habrá de buscarse en otros datos propugnados por la escuela, nunca en los motivos. El auténtico indicio del peligro se percibirá en el examen antropológico del reo, edad, sexo, estatura, peso, cráneo, tatuajes, inteligencia, sentido moral, familia, profesión e influencias sociales.

Estas son las contradicciones y solución para Dorado Montero. El problema queda ajustado más cerca de Lombroso que de Ferri.

Defensa social

Tampoco el principio de defensa social escapa a la crítica del español Dorado Montero. Dos dificultades arguye a los italianos (50):

1.—Si el delito es infracción del orden vigente, constituido, ¿cómo evolucionará una sociedad, si repele cuanto va contra su estructura?

2.—¿Cómo se defiende el individuo contra la sociedad, si es un órgano frente a su organismo?

El mismo busca las respuestas. En la primera distingue entre orden expresado por las leyes y el verdadero orden social. Aquél es rígido, pero el auténtico orden —el social— es cambiante y movable, en continua evolución; este último es determinante del delito, quien actúa frente a él. “Cometen delito y provocan la reacción correspondiente, en forma de defensa

(50) Ob. cit., 43 ss

social aquellos que se oponen o atacan la constitución interna de la sociedad, detienen o contrarían su natural progreso; no las que contribuyen a que éste se realice, aunque para ello hayan infringido alguna ley, que, por no hallarse en armonía con las costumbres, debería estar derogada. El determinar en cada caso, si ha habido o no, ofensa real y verdadera, corresponde a los Tribunales” (51).

En la segunda examina las opiniones de Ferri y concluye viendo un recuerdo del individualismo excesivo y temor al Estado en la defensa de los derechos individuales frente al Estado. En la época positiva desaparecerá, el individuo confiará en el Estado sin ampararse en garantías ni libertades. Desde el positivismo desprecia la labor de dos generaciones de juristas —Beccaria y Carrara— para conseguir seguridades del Estado en su actividad. El influjo de sus concepciones deja paso a las nuevas, a la pena como bien y la solidaridad entre los hombres.

La pena

No existe delito, tal como hasta el momento se concebía; tampoco se admitirán penas para combatirlo. Es lógica consecuencia (52). La pena era tratamiento para el delito libremente cometido. Si se considera el crimen nudo complejísimo de causas y factores, es preciso rechazar la idea de pena (53). Habrá que utilizar medios para remover las causas y remediar o reparar el mal producido. Ferri es cultivador de medidas de seguridad preventivas. Garofalo de la reparación del mal causado. Dorado cree insuficiente lo logrado hasta el momento. Ni siquiera Ferri se despoja por entero de las ideas anteriores de represión y venganza. Las medidas de prevención deben seguir construyéndose hasta alcanzar resultados más completos.

Pedro Dorado Montero, hasta 1891, escribe y retoca su primer trabajo sobre la escuela italiana. La novedad y corrección de sus escritos le llevan a la cátedra de derecho penal de Salamanca, al permutarla con Jerónimo Vida por la de Granada, sacada por oposición. En pocos años se ha colocado a la cabeza del movimiento positivista,

(51) Ob. cit., 47, s. Se refiere a los futuros tribunales de inspiración positivista. Especialmente nota 1 de pág. 48:

(52) Ob. cit., 127 ss. Lo examina en Garofalo, Puglia y Marro.

(53) Ob. cit., 126.

frente a Aramburu, su mayor contricante. También desde las primeras etapas se entronca en la Institución Libre, y bajo el mandato —ya veremos hasta qué punto— de Giner de los Ríos, da comienzo a una vida de meditación, discusión y trabajo, dedicada al delincuente y al derecho penal..

Hasta 1895, Dorado no publica otra obra definitiva en su vida. Después de recoger las direcciones italianas, coopera en varias revistas con artículos y recensiones: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, *La España Moderna*, *La Nueva Ciencia Jurídica*, *Boletín de la Institución...* Sigue acumulando materiales y tratando con gran entusiasmo problemas penales y jurídicos, singularmente sobre sociología en relación con el derecho.

En 1895 cree llegado el momento de su madurez. Se prepara para una síntesis de sus conocimientos, de las ideas positivas. Entre indecisa humildad y seguridad absoluta en el conocimiento positivo publica el primer volumen de sus "Problemas de Derecho Penal".

III. EL INTENTO DE UN TRATADO.

Pedro Dorado Montero pretende una sistematización de los postulados positivistas. Cada cuestión será tratada con cuidado, extensamente discutida y fijada en un sistema coherente.

Positivismismo y sistema

Los autores italianos, maestros de Dorado, no acostumbran a considerar los problemas en tratados sistemáticos. Ni la "Criminología", ni "Los nuevos horizontes de derecho penal" tienen esta pretensión. No consideran sistemático su saber —al menos de momento—, sino intrincado sendero por donde el investigador penetra con trabajo. La ciencia jurídica ha tenido una acertada intuición, ha descubierto al hombre real por debajo de leyes y aforismos, de sentencias y doctrinas. Se propone el estudio *natural* del hombre, intentando conocerle con exactitud por análisis de causas y factores. No les es permitido formular una doctrina acabada, se limitan a esbozar caminos de penetración e ir sentando algunas conclusiones. El experimento

y la observación les llevarán a una síntesis futura; hoy deben limitarse a profundizar algunos aspectos y señalar posibilidades. Otra cosa es la seguridad que les acompaña en sus escritos, su utilización polémica e, incluso, su afán de deslumbrar al mundo con sus nuevos descubrimientos y horizontes. Pero, desde luego, carecen de una mentalidad de sistema, con principios absolutos, entrelazados definitivamente.

Por esto se disculpa Dorado de su pretensión y no llega a publicarse su segundo volumen (54). Su título también indica temor a excederse: "Problemas de Derecho Penal", tomo I (55). Empieza excusándose: "El autor de estos apuntes —escribe con modestia— no se ha propuesto ofrecer en ellos al público un Tratado completo de Derecho Penal, uno de esos que se llaman "libros de texto", en los cuales se propone condensar los más seguros resultados del saber de una época acerca de determinada materia; quizá lo intente más tarde cuando se vea más desembarazado de otras empresas que hoy absorben su atención."

"El presente libro se compondrá de una serie de capítulos, dominados todos por un pensamiento fundamental, y orgánicamente enlazados, por tanto, los unos con los otros, pero que, no obstante, mantiene cada cual su independencia, hasta el punto de que sin gran dificultad pueden todos ellos convertirse en monografías especiales y separadas" (56).

Quiere escribir un tratado, pero no se atreve a confesar decididamente su intención. Presenta un sistema con pretensión de monografías relacionadas y orgánicas. En verdad, no abandona la forma expositiva anterior, es hombre de transición. Quiere ser esto y aquello. Aunque alardee de positivista no renuncia al tratado, al sistema.

Cuando escribe sus "Problemas" se cree en el último estadio de su formación. Es capaz de resumir y ordenar el saber jurídico positivista del momento. Quizá en ello muestra la superficialidad de su

(54) Son también causa: la contradicción de su postura, su fidelidad a Giner, su falta de tiempo. El libro suyo *El derecho protector de los criminales* tiene también pretensiones de tratado, pero está escrito en su segunda época del difícil intento de unir correccionalismo con positivismo. Sin embargo, es una nueva fundamentación, no una continuación de su anterior obra.

(55) Imprenta de la *Revista de Legislación*, Madrid, 1895.

(56) *Problemas de derecho penal*, pról. V.

postura, la escasa comprensión de los postulados de la ciencia positiva. Creyó a la nueva escuela un sistema de directrices axiomáticas, unas leyes seguras y firmes, descubiertas en la realidad, y que, desde ellas, podía ordenar para siempre el mundo del derecho. Se conforma con recoger las primeras ideas, los primeros descubrimientos y, henchido de entusiasmo, construir, al modo antiguo, la nueva visión del derecho penal. Su sistema, razonamiento desde los principios y acúmulo de citas y autores, no son precisamente exigencias de la postura positiva. No es de extrañar el paso posterior de Dorado encaminado decididamente al correccionalismo con recuerdos positivistas. Causa básica del fracaso del positivismo español.

En 1895, inmerso en la efervescencia positiva, cree completa la invasión de las ciencias naturales, suficiente el acervo de hechos comprobados para empezar la construcción. “Pero —se pregunta— ¿se ha aprovechado todo cuanto debía el material reunido, para construir un edificio penal *nuevo*? Esto es lo que nosotros nos permitimos poner en duda” (57).

El, Pedro Dorado, se siente llamado a esta tarea. De esta forma —cree— no se disolverán las nuevas ideas mediante la creación de un eclecticismo —Magri, Carnevale, Alimena, Tarde, Poletti, etc.— que, con excusa de recoger armónicamente, quede anclado en lo anterior. Después él mismo se hará ecléctico, pero ahora todavía se considera casi totalmente positivista. Es llegada la hora de que “la ciencia penal comience la época de las grandes generalizaciones, la época propiamente *filosófica*, ya que la filosofía no consiste, sino en coordinar unas con otras muchas relaciones particulares, y en ver los nexos que entre todas ellas existen; ni el conocimiento vulgar se diversifica del filosófico, sino en la mayor complejidad de este último: el filósofo sabe colocarse en el punto de vista *superior* —siempre REAL— desde el cual descubre conexiones entre las cosas, que escapan al ojo *poco experimentado*” (58).

Dorado presenta su síntesis agrupada en fuentes, interpretación, la ley en el espacio y la ignorancia de la misma. En su segundo tomo prometía fijar el concepto de derecho penal y la naturaleza de la función punitiva, distinta de otras —prevención, policía y disciplinaria—, así como relaciones de esta rama con las demás ciencias

(57) Ob. cit., VII.

(58) Ob. cit., XI.

jurídicas (59). Antes de seguir su postura en estos problemas, veamos influencias que sobre él pesan y, también, las líneas de su pensamiento en este libro.

Su base es la nueva antropología criminal recién descubierta. Sus cimientos, los de esta antropología. Poniendo nombres: base Lombroso, Garofalo, Ferri..., cimientos Spencer, Darwin, Ardigó... Analizando: el hombre susceptible de ser estudiado con seguro método, natural y experimental; el criminal producto de la naturaleza. La sociedad en continua y antagónica evolución, ordenada en su oposición constante; la sociedad es un organismo difuso, no conocido en todas sus relaciones, pero armónico (60).

Todavía se descubre otra raíz del pensamiento del primer positivista español: la línea Krause-Röder-Giner. En este tiempo es más fuerte el recuerdo de su viaje a Italia. Trabaja como positivista, aun dentro del grupo de Giner; más adelante se acercará definitivamente al krausismo jurídico. Sin embargo, en dos aspectos se percibe ya: su consideración de la pena como bien y la importancia de la educación.

La pena para el positivismo italiano ha dejado de ser retribución para convertirse en prevención y reparación. Incluso le cambiarán de

(59) No se llega a publicar. Su libro póstumo *Naturaleza y función del derecho*, Madrid, 1927, prologado por C. Bernaldo de Quirós, es quizás, lo más cercano a su promesa.

(60) *Problemas de derecho penal*, 166, núm. I: "El conjunto de normas a que se da el nombre de moral, de beneficencia, de derecho, de higiene, de religión, etc., son en los distintos tiempos, sociedades, grupos sociales e individuos lo que no pueden menos de ser: un compuesto formado por sinnúmero de factores, casi siempre indiscernibles, cuyo poder y eficiencia no se puede fácilmente determinar". Todavía más expresivo sobre esta oscuridad que sólo el concepto de organismo puede alumbrar, en el prólogo VI.

También cap. II de su *Valor social de las leyes y autoridades*.

Sobre evolución, en "Una teoría reciente sobre el delincuente y el delito", incluido en *Problemas jurídicos contemporáneos*, 81 ss. En estas páginas explica la obra de Vaccaro *La lotta per l'esistenza e i suoi effette nell'umanità*, Roma, 1886. El italiano nota comienzo de decadencia en las ideas de organismo, evolución... Pero él mismo las sigue: la lucha no es sólo selectiva, sino en parte negativa, degenerativa. Los que se han impuesto en una ocasión por la fuerza, tenderán a eliminar a otros, aunque sean mejores que ellos, si intentan quebrantar el orden establecido. La sociedad antagónica, llena de roces y presiones no debe considerarse un organismo armónico.

nombre. Dorado aboga por la corrección, mejora del delincuente (61). Garofalo y Ferri no se han preocupado de su bondad o maldad; el español, en cambio, equipara represión o retribución a maldad y prevención o enmienda a bondad. Ve contradicción en quienes suponen la función penal “*completamente preventiva, y por ende buena, y por otra parte siguen entendiendo que dicha función no puede por menos de ser exclusiva, predominantemente, o de algún modo represiva, mala*” (62).

Esa misma consideración de la bondad es una alabanza de las excelencias de la educación para el delincuente. Por métodos de constancia y cuidado se logrará descubrir al hombre, enmendarle en su nueva vida (63).

Las influencias están aclaradas. Intentemos resaltar ahora el acorde fundamental de este libro y de los demás publicados en su fase de animoso positivismo. ¿Qué trae Dorado de Italia? ¿Cuál es el punto primero sobre que medita, defiende y quiere trasplantar a sus lectores y discípulos?

(61) Esta consideración de la pena es continua en la obra de Pedro Dorado. Así, en *La Antropología criminal en Italia*, en la introducción a la traducción de Garofalo *Indemnización a las víctimas de delito*. También su estudio titulado “La responsabilidad por causa del delito y su difusión”, en *Problemas jurídicos contemporáneos*; busca una responsabilidad objetiva, basada en la peligrosidad, adivinada por la intención y demás indicios al uso. Ve la responsabilidad penal represiva y la civil, en cambio, como auténtica preventiva: reparación y restauración del daño, así como evitación del futuro. Su mayor originalidad estriba en la *difusión* de la pena a cuantos han intervenido en el hecho, a los que socialmente son cómplices del delito. Muchas instituciones actuales responden ya a esta idea de responsabilidad difusa: responsabilidad civil de quienes no toman parte directa en el hecho, caja de multas de Garofalo, contribución de la sociedad en los gastos de ejecución de las penas o de los sustitutivos penales, circunstancias modificativas de la responsabilidad... Dos años más tarde, al redactar *Problemas de derecho penal*, ya no utiliza este concepto.

(62) *Problemas de derecho penal*, pról. IX.

(63) La reforma de la enseñanza es un tema de interés en su tiempo. Dorado conoce la bibliografía: Dernburg, v. Liszt, Blondel, Gorrini entre los extranjeros, Giner, Posada, Torres Campos, entre españoles.

La idea fundamental

Dorado Montero pretende sostener la REALIDAD como creadora y modificadora del derecho. Los penalistas españoles contemporáneos a la introducción de las nuevas tendencias leen el Código, lo comentan o sistematizan, lo comparan con cierta anarquía a leyes y doctrinas extranjeras. Discuten en abstracto sus soluciones. Desde la penetración del positivismo le añaden consideraciones, en favor o en contra, de las doctrinas positivas. Su valoración extrapositiva de las soluciones legales se hace a la luz de principios superiores —justicia o derecho natural— recogidos y consagrados a lo largo del tiempo. Lo decisivo son los Códigos y las Leyes, inspirados en principios naturales, racionales o de justicia.

La opinión de Pedro Dorado es diametralmente opuesta. Siente una irresistible vocación a la realidad, tal como la entiende. Le atraen las ciencias de la naturaleza del período positivo, su seguro paso hacia la realidad. Intentará un cauce análogo para la penetración en el derecho.

Sobre un fondo anterior de leyes surgen nuevas ciencias capaces de juzgarlas y perfeccionarlas. Estas ciencias son, o traducciones de ciencias de la naturaleza aplicadas al derecho, o nuevas creaciones, al menos en su nombre y pretensiones. La biología jurídica y la psicología criminal, en el primer grupo; en el otro la antropología y la sociología. Con ellas se cree posible una evolución de las leyes hacia etapas más perfectas, se descubrirá y se observará la realidad de lo jurídico. Indefinidamente se perfeccionará, sin meta final, siempre hacia algo más acabado. Este derecho positivizado, capaz de exactitudes, es el ideal de Dorado. No realizará experimentos del tipo de los positivistas italianos, sino recogerá sus doctrinas. El derecho se ha colocado, dentro de su pensamiento, en el rango de ciencia, tiene armas para conocimiento de la realidad y, también, instrumentos para ordenar la conducta del hombre de forma adecuada, teniendo en cuenta, no forzando su naturaleza. Si bien admite en ocasiones su carácter de arte —para actuar—, se inspira en la ciencia, correspondiéndole un lugar en la jerarquía científica.

Derecho y Ciencias

Sigue a Comte y Manouvrier en la clasificación de los saberes humanos:

1.—Ciencias que tienen por objeto el conocimiento de los fenómenos: matemáticas, física, química, biología y sociología.

2.—Ciencias que estudian los seres naturales: cosmografía, meteorología, geografía y geología, mineralogía, botánica, zoología y, por último, antropología.

3.—Artes que se preocupan de la acción del hombre sobre la naturaleza, como son las mecánicas e industriales, agricultura y zootecnia, utilizando los datos de las ciencias.

4.—Artes para dirigir al hombre, que cada vez más se inspiran en la ciencia. Al conjunto deberá llamarse antropotecnica, comprensiva de medicina, higiene, moral, derecho, educación y política (64).

Los mitos de Dorado, como positivista, son la realidad, la ciencia, la observación y experimentación, el progreso, la exactitud y seguridad en el conocimiento. "Ahora si este conocimiento ha de tener algún valor, no ha de ser la resultante de una elaboración meramente especulativa, apriorística y abstracta, donde el individuo y la sociedad serán lo que el filósofo quiere que sean, serán cosa diferente según cada pensador y el punto de vista en que arbitrariamente se coloque; sino que tiene que ser el producto de un examen detallado, concienzudo, hecho sin precipitación alguna, de la cosa que se estudia, el producto del roce continuo del observador con la realidad observada" (65).

Derecho natural

Dorado Montero está embebido en las categorías del positivismo de su tiempo: evolución, organismo, cientifismo, realidad. No existe un derecho absoluto, inmutable y abstracto, sino la realidad determina en cada instante el derecho. Las relaciones y conexiones de los hombres, inmersos en un organismo social, van creando su derecho, directamente con sus actos, sin referencias a ideas previas.

(64) "Problemas de derecho penal", 192 ss. Tomadas, según cita Dorado (nota 2, 192) de "L'Anthropologie et le droit", *Revue Internationale de Sociologie*, 1894, t. 2, págs. 241 y 351 ss.

(65) Ob. cit., 204 s.

Porque los principios “¿dónde se hallan formulados para que el sujeto agente pueda primero conocerlos y después obedecerlos y cumplirlos? A decir verdad no se hallan en parte alguna, a lo menos de una manera clara y concreta” (66). Entonces apelaremos a alguien que los fije: el legislador, que los impone según su conveniencia y encomienda a los jueces su aplicación.

En otro lugar tiene líneas más explícitas de la generación del derecho y la moral, como precipitados de la realidad. “De la infinita y complicada serie de resultados que pueden originar los factores sociales que en un instante concreto existen, el legislador, aun el de mayor inteligencia y cultura, no es capaz de representarse sino una parte mínima, ni puede por lo tanto dar prescripciones sino para ésta. Todo el resto lo deja entregado, forzosamente, a la discreción de los individuos” (67). Esa parte dejada a los particulares se ordena por la moral. “Entre ellas no existe realmente ninguna distinción de esencia: con sólo que estas relaciones, antes no garantizadas por el poder público, comiencen a estarlo pasan del campo de la moral y del derecho natural al derecho positivo...” (68).

Esta concepción le lleva a una concepción sociológica de evolución, de cambio y —lo que es grave— a basar el orden social en la fuerza, más o menos encubierta. De la lucha se pasa a un estado de cooperación, por las ventajas inherentes a equilibrar y detener la perpetua lucha (69). Darwin y Gumplovicz (70) presionan sus conceptos.

Para completar la valoración de Pedro Dorado Montero en “Problemas de derecho penal”, obra básica de su etapa positivista, veamos las soluciones sostenidas para cada problema: fuentes, interpretación, tiempo e ignorancia en las leyes penales.

Ley

A.—Fuente primera es la Ley. Pero ni es única ni debe ser considerada barrera infranqueable al intérprete, al juez administrador

(66) Ob. cit., 164 s.

(67) *Valor social de las leyes y autoridades*, 129.

(68) Ob. cit., 133. También en 24 ss. “A cada momento su individualidad es otra de la que era en el momento anterior, sin que pueda decirse si mejor o peor en absoluto que ella...”

(69) Supra, en la sociología de Dorado.

(70) Traduce a Gumplovicz, el *Derecho político-filosófico*.

de la justicia penal. El principio clásico de legalidad —no hay crimen, ni pena sin hallarse establecido por ley anterior— ni es necesario, ni tiene sentido en la nueva época. Porque la ley detiene el progreso cambiante del organismo social, es estática. La sociedad determina qué será delito en cada momento. Siendo la pena un bien, los jueces podrán aplicarla a discreción, sin limitaciones, aunque no se halle establecida por leyes previas. La fuente verdadera del derecho es la realidad, que Dorado, inexplicablemente, atribuye a costumbres y jueces, enfrentándose con la ley (71).

El sujeto de derecho y su creador es la sociedad y ésta no puede reducirse al legislador. Siempre quedan otras fisuras —para él las más importantes— por donde manifestarse el derecho de la sociedad. “Fuentes de derecho son, por tanto, no tan sólo la ley, sino todas las demás de que los miembros de un agregado social pueden valerse para ir convirtiendo en obligatorias aquellas relaciones mutuas, sin cuyo respeto no juzgan posible la vida del agregado” (72).

Dorado Montero ve en la realidad, en la vida, la creación del derecho, sin necesidad de buscarla en “regiones desconocidas, mejor dicho, imaginarias, en regiones extrasensibles, extraterrenales...” (73).

(71) Naturalmente esperaba llegar a un momento en que la ley andaría al compás de la realidad, recogería los descubrimientos positivos. Se preocupa especialmente del problema en “Bosquejo de una reforma en la organización de Tribunales y en el enjuiciamiento criminal”, en *Problemas jurídicos contemporáneos*, 39 ss.

La necesidad de basarse en la realidad la argumenta diciendo: “Las razones que inducen a creerlo así son éstas:

a) Las corrientes actuales de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho y de su valor. (Cita a Giner, Calderón, Posada...)

b) El espíritu y tendencias de las dos escuelas penales correccionalista y positiva. (Garofalo, González Lanuza y, como correccionalista, Aramburu.)

c) El reconocimiento de la personalidad individual y de los derechos que la integran en la conciencia jurídica contemporánea.

d) La introducción, cada vez mayor en las legislaciones, del arbitrio judicial. (J. Vida, Giner y Garofalo.)

e) El nacimiento y generalización de ciertas instituciones que responden a una concepción de la pena distinta de la dominante (libertad condicional, sustitución de las penas cortas, establecimientos de corrección y educación para jóvenes, ancianos, enfermos, enajenados..., sentencia indeterminada, etc.) *Problemas de derecho penal*, 33.

(72) Ob. cit., 63.

(73) Ob. cit., 56.

A lo largo del texto se percibe la oposición del positivista español a la ley. Quizá porque la legislación se inspira en principios atrasados, en los axiomas abstractos que tanto enfadan al positivismo; o, tal vez, porque ve en ella —como Vaccaro o Gumplovicz— la voluntad del más fuerte o porque su realismo no admitiese su creación por todos, siguiendo el dogma de Rousseau. Para Pedro Dorado el legislador está personificado frente a la sociedad. En algún caso pide la aprobación de la opinión pública para legitimarla. Sea cualquiera la razón —tal vez todas a un tiempo—, él siente decidida preferencia por las demás fuentes de creación jurídica (74).

Costumbre

Los maestros italianos no se preocuparon tanto del problema en el campo penal. Sigue más bien en estas cuestiones a Joaquín Costa y al civilista italiano Cogliolo. El derecho es un producto social elaborado paulatinamente en la evolución continua de la sociedad. Ni está acabado en las formas legales, ni se puede afirmar que la costumbre es propia de pueblos primitivos. Cogliolo ensalza la costumbre como la fuente más legítima, por ser la más espontánea, más exacta. Sólo que su imprecisión veda concederle demasiada importancia en el derecho moderno. Dorado sale en defensa de la costumbre: “la gran variedad, la semejanza de usos, es precisamente una razón de gran peso para que en la administración de justicia se tenga en cuenta la costumbre. Si dicha administración ha de ser justa, equitativa, es necesario que se pliegue a las condiciones y exigencias de la realidad...; no que se obstine en aplicar en todos los casos y siempre de igual manera el mismo precepto legislativo. Lo justo no es lo inflexible, lo absolutamente igual, lo rígido: no es un molde duro en que encajen de grado o por fuerza *todas* las situaciones, por variadas y diversas que sean, sino que es, por el contrario, lo adecuado, lo conveniente, lo adaptable a *cada* situación particular...” (75). Intenta poner de acuerdo su defensa de la costumbre con los dogmas penales positivos. Existe preocupación por averiguar las *causas* del delito, para removerlas y atenuarlas. ¿Se encontrarán éstas en el articulado de

(74) Incluso la opinión pública le parece opuesta y encontrada a la Ley. La norma legislativa requiere a aprobación de la opinión.

(75) Ob. cit., 78.

un Código? La delincuencia varía según países, clases, regiones, ambientes. Si la ciencia moderna exige que se tenga en cuenta la variable y diversa realidad hemos de aceptar la costumbre (76).

Es constante su preocupación de leyes flexibles que fluyan al ritmo de la realidad. Defiende la costumbre, el arbitrio amplio para que el juzgador e, incluso, pide la creación de un centro junto al parlamento, más flexible y técnico, para conseguir una continua reforma.

Jurisprudencia

Al defender la jurisprudencia emplea las mismas razones esgrimidas en favor de la costumbre. Fluidiez, variedad, concreción. También la autoridad de Costa, añadiendo la de Giner (77). Si empieza lamentándose por no existir en penal el recurso de casación apoyado en la doctrina, acaba estimando, apoyado en Costa, que debía suprimirse este recurso en toda jurisdicción. No quiere que exista una instancia inapelable, rígida (78).

Inmediatamente empieza sus alabanzas a la doctrina de los jueces. Nos limitaremos a traer algunas frases suficientemente expresivas: "La jurisprudencia interviene en la formación del derecho, como fuente del mismo, recogiendo las exigencias nuevas de la ciencia y de la vida, atendiéndolas, dándoles entrada en la ley, ensanchando los moldes estrechos de ésta, modificándola, corrigiendo sus deficiencias y demasías, haciendo en suma, lo que en Roma hicieron los pretores" (79). Esa misma importancia del juez le hace admitir la creación de jurisprudencia a todos ellos, sin limitarla al Tribunal Supremo.

Doctrina

El derecho científico es otra fuente. Además, según él, fuente directa. Sus argumentos son, además de las doctrinas de Savigny y Puchta, que ven en los juristas la expresión del espíritu del pueblo, el ejemplo eterno de Roma, la necesidad de que los jueces, fiscales y abogados recurran a los comentaristas, la importancia de los juris-

76) Ob. cit., 79, 80 y 85.

(77) Memoria presentada a Congreso jurídico español 1886, por Bienvenido Oliver, José M.^a Pantoja, Francisco Giner de los Ríos y Joaquín Costa.

(78) *Problemas de derecho penal*, 91.

(79) Ob. cit., 114 s.

consultos en los parlamentos, etc. Para confirmar su idea acude a Carnevale: lo que hoy es ideal, obra de la doctrina, mañana será realidad.

Por último otra fuente: la opinión pública. Resulta difícil de justificarla frente al parlamento que dicta leyes. Pedro Dorado Montero la encuentra plasmada en la prensa periódica. Cita algunos casos en que ésta influye al parlamento o a los tribunales, bastando esta presión para considerarla fuente creadora (80).

Interpretación

B.—En la interpretación de las leyes sigue afirmando el arbitrio judicial. No sujetarse a reglas o aforismos abstractos, oscuros, contradictorios. “El vicio radical de que adolece la doctrina de la interpretación de las leyes es común a casi todas las demás materias de que se ocupan las disciplinas jurídicas, y consiste en la creencia de que el derecho es un orden exterior y superior a la vida, un conjunto de reglas inmutables de verdad, de racionalidad y de justicia absolutas, reglas formuladas de antemano por una voluntad extranatural, o por una razón impersonal...” (81).

Arbitrio judicial para que pueda consultarse la realidad, la vida jurídica.

Arremete contra la idea de un intérprete buceando en la voluntad del legislador; ni existe esa voluntad, ni el redactor de las leyes puede prever los casos futuros. La solución es libertad para el intérprete, sin ponerle límites, ni reducirlo a encajar los hechos en la ley a través de un silogismo. Debe gozar de libertad para dirigirse a la realidad profundamente.

Los mejores son, no quienes conocen reglas o brocados, sino “los que más hayan estudiado la realidad, los que más hayan penetrado en sus entrañas y mejor sepan cuáles son sus exigencias” (82). La introducción de un elemento histórico en la interpretación con Savigny alude a la creciente importancia de la realidad. Los jueces penales deberán encararse con “el delito específico que tienen de-

(80) Ob. cit., 141 ss.

(81) Ob. cit., 161.

(82) Ob. cit., 188.

lante, *distinto* de todos los demás delitos, y con el *delincuente* que lo ha cometido..." (83).

Desde un sistema de "esclavitud legal" busca el paso hacia un juez libre, con amplitud de arbitrio. No se trata "de jueces que, con escasa o ninguna cultura, obren a su antojo, como pasaba en la época anterior a la reacción individualista y codificadora; sino jueces que, previa una laboriosa preparación, adquirida en el estudio de las ciencias de la naturaleza, y sobre todo en las del hombre y la sociedad, y previo un examen detenido, hecho con auxilio de estas ciencias, en cada caso concreto, resuelvan lo que, según su conciencia, debe hacerse. El arbitrio que nosotros pedimos es un arbitrio inteligente e ilustrado..." (84).

La interpretación es precisa en todo caso. Cuando el precepto sea oscuro en especial. Pero no se atenderá al principio *pro reo* —ataca la formulación por Beccaria (85)—, ni a la intención del legislador —frente a Pessina y Hans—, ni al espíritu de la ley. La reacción contra las ideas clásicas comienza con el correccionalismo. Röder admite la pena como un bien y, en consecuencia, la analogía, la aplicación extensiva, el juicio *aequo et bono*. El principio *pro reo decae* —según Dorado— frente al *pro societate*, el interés general (86). Siendo la pena beneficio para el condenado debe dejarse libertad al juez en su aplicación, sin trabas de ninguna clase. Así se podrá lograr corrección y enmienda del delincuente, con los medios y cauces adecuados para su reforma. No es, aunque pudiera parecer, una pugna entre *reo-sociedad* a decidir por el juez. Los intereses de ambos están hermanados, llevan al mismo punto. La influencia de Röder resuelve la pugna planteada duramente en los italianos, singularmente Garofalo.

Al finalizar la interpretación Dorado torna a su principio último: la realidad. El delito, como resultado de causas naturales, puede ser eliminado si buscamos, con criterios realistas, los medios adecuados. La pena, prevención y bondad, pueden salvar a la sociedad juntamente con el reo.

(83) Ob. cit. 189.

(84) Ob. cit., 223 s.

(85) Ob. cit., 245 ss:

(86) Ob. cit., 273. Un argumento en contra. En 281, la crítica de Carnevale.

Retroactividad

C.—El principio de irretroactividad —como sus gemelos de legalidad y restricción interpretativa— no será mejor tratado por el penalista positivo. El derecho varía constantemente en su camino de perfección y progreso. La realidad cambia y el derecho debe seguirla, construyendo leyes y preceptos. El proceso es continuo y continua debe ser la reforma. Un centro técnico justo al parlamento, la costumbre y el arbitrio judicial son los encargados de mantener el ordenamiento a nivel social adecuado (87). Si se lograra una reforma con ritmo social, bastaría aplicar las leyes. Pero es imposible tal rapidez en la reforma.

Y cuando se modifica la ley, ¿tendrá la variación efecto retroactivo? ¿Se aplicará a situaciones pasadas? Dorado es tajante: “la situación que regula la ley recientemente promulgada se reconoce ser *más justa* que la precedente, y no se ve razón alguna para no remediar, hasta donde sea posible, la injusticia creada al amparo de situación anterior (*ex lege* o legislada)” (88).

La retroactividad será distinta según las ocasiones. Sólo el juez puede señalar en cada caso los efectos de la nueva ley. La doctrina de los derechos adquiridos es un “prejuicio” del individualismo; ni siquiera cabe escamotear el problema con una retroactividad relativa, negándola cuando la ley es más severa (89).

Tras analizar las situaciones que pueden plantearse y la doctrina de autores y códigos escribe: “A nuestros ojos, la cuestión que se ventila, y que tan difícil solución parece, según se acaba de ver, carece de toda importancia, y hasta deja de ser tal cuestión. En efecto, como ejercida la función penal en la forma que nosotros creemos se debe ejercer para que pueda decirse función racional y humana, no podrán los jueces dictar *sentencias definitivas*, sino únicamente *providencias provisionales*, rectificables según y cuando lo tengan por conveniente...” (90). Además, siendo bien la pena y no castigo, aunque la sentencia fuese definitiva debe concederse a los órganos judi-

(87) Ob. cit., 313.

(88) Ob. cit., 317.

(89) Ob. cit., 327 s. En la nota 2 de la pág. 328, autores que la defienden.

(90) Ob. cit., 371.

ciales libertad de decisión. Ellos determinarán los efectos de la retroactividad para cada momento, lugar o caso (91).

Ignorancia de la ley

D.—En último término trata de la ignorancia de la ley penal. El *nemini licet ignorare ius* es una presunción sin fundamento, opina Pedro Dorado Montero. En labriegos, mujeres y pobres la presunción debería ser la contraria. “De donde resulta que el edificio del derecho penal SE FUNDA EN UNA FICCION, en una ficción cuyo objeto es causar males al individuo... ¡Y esto lo hacen los penalistas de la corriente individualista y humanitaria, aquéllos que tan celosos suelen mostrarse otras veces de los derechos del delincuente!” (92). No será remedio: la mayor publicidad, la instrucción gratuita a los indigentes, el uso de lenguaje inteligible para todos —Beccaria—, ni el comentario razonado junto al texto legal —Bentham—; tampoco la enseñanza en la escuela, ni el envío a los municipios, la publicación por éstos o comunicación a los padres de familia, prensa, conferencias...

Otros penalistas, Silvela entre ellos, afirman la infracción de un principio de bien y mal, impreso en la conciencia de todo hombre. Incluso Magri lo expresa en forma positivista: “Se presume siempre el conocimiento de la ley penal porque ésta contempla las infracciones a las reglas fundamentales del recto vivir social, las cuales en el presente grado de evolución, deben hallarse organizadas en todo individuo” (93). Pero la conciencia del individuo no puede dar el criterio; varía mucho según las personas; además, sigue Dorado, si así fuera holgarían los códigos penales. O, al menos, serían perfectos e inalterables, pues tendrían su regla en esa conciencia.

Dentro del marco clásico es necesario, porque la imputabilidad requiere conocimiento, inteligencia como base del dolo. En cambio, para Dorado, el principio de conocimiento debe desaparecer por ser ficción inadmisibles. Los autores se veían forzados a hacer algunas

(91) Ob. cit., 377 ss., plantea el problema de la mayor o menor gravedad de la pena. Si la suponemos como bien, la escala de gravedad pierde sentido.

(92) Ob. cit., 405.

(93) Ob. cit., 416, nota 1, MAGRI, *Una nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, 1891, 371.

excepciones: leyes en circunstancias especiales, leyes no penales para extranjeros, delito de buena fe. Pero no es bastante.

Con el nuevo derecho penal no existe este problema: “la imputabilidad objetiva y colectiva del peligro como criterio para la función penal, y de la pena puramente preventiva, la existencia de la ignorancia del derecho: 1. Lejos le excluir la imputabilidad, la afina; y la afina, si así puede decirse, con circunstancia agravante (empleando el lenguaje corriente), porque el ignorante, por el hecho de serlo, es, *caeteris partibus*, más peligroso que el no ignorante; 2. Lejos de tener que desentenderse de él la justicia penal, tendrá que poner con él más cuidado que con otro cualquiera individuo: porque en él hay una causa más de peligro, de futuros delitos, de malestar social futuro, que en los otros” (94).

La prueba de ignorancia carece de relieve no por ficción, sino por basar la imputabilidad en un peligro objetivo, no en un dolo individual. En el determinismo el conocimiento de la ley queda falto de interés.

En su época más positivista escribe el libro, cuyos problemas más importantes hemos recorrido. Después irá repitiendo estas ideas y dejándolas al margen, sustituidas por otras más puramente roederianas. Nos interesa el cambio, la defección de Pedro Dorado. Pero antes, dos aspectos de su pensamiento: la sociología de su obra y sus cavilaciones sobre el perito médico. Detenemos un momento la marcha cronológica fundamental de su pensamiento, para acercarnos a su meditación sobre estas cuestiones.

IV. LA SOCIOLOGÍA DE PEDRO DORADO.

La sociología ha sido un conductor del positivismo. Los comienzos de su penetración en nuestra patria son anteriores a Dorado. Señalamos una línea en Giner, Azcárate, Posada, Altamira, Sales e, incluso, desde un aspecto historicista el mismo Costa. El influjo de esta dirección y la consideración del factor social del delito —Ferri, Sighele, Nicéforo— obligarán a Pedro Dorado a profundizar en sociología.

Sus características: organicismo, naturalismo y evolución, la sociología de la época. Su interés por el hombre primitivo, por la evolu-

(94) Ob. cit., 462 s.

ción desde los núcleos primeros hasta el presente (95). Se conecta con Comte, Spencer, Bagehot, Gumplovicz y los estudios de Tylor, Lubbock, Letourneau, Sumner Maine... Pero primordialmente es un penalista. Su base principal son Garofalo, Ferri, v. Listz, Tarde, Colajanni Puglia (96). Al principio le preocupa una teoría orgánica y total de la sociedad (97), después se limitará a la conectada con el ámbito penal, a la sociología criminal.

En 1901 publica "El derecho penal en Iberia. (Contribución al estudio de la Historia primitiva de España)" y en 1903 dedica algunos capítulos (cap. II al V) (98) al tema en "Valor social de leyes y autoridades".

Su esquema de evolución sociológica consta de una fase primera de lucha hasta que se alcanza conciencia de un tronco común y de las desventajas de la continua lucha, hasta desembocar en la cooperación. Cooperación con los propios y antagonismo frente al extraño. Empieza a surgir un orden "semiinconsciente", basado en el instinto y el sentimiento. El derecho flota vagamente confundido con religión, moral y usos.

Luego aparece el consejo de ancianos, puramente judicial, y, algo más tarde, el jefe que sustituye el derecho consuetudinario por el mandato.

Los grupos compuestos suponen una etapa superior. Una tribu domina a otra, le impone por fuerza su derecho. Paulatinamente los vencidos conquistan posiciones mejores. De la fuerza se pasa a la costumbre más suavizada y al hábito más justo, que llega a ser garantía de conducta. Del parasitismo al mutualismo, al equilibrio.

Sociología del Derecho

La sociología estudia la sociedad, como se conciertan sus fuerzas, antes en lucha, para crear un orden justo, adecuado, vivo y real. Tendremos que conocerlo para saber la esencia del derecho.

(95) Especialmente en *El derecho penal en Iberia. (Contribución al estudio de la historia primitiva de España)*, Madrid, 1901.

(96) "La sociología y el derecho penal", *Rev. Leg. Jur.*, 1895, t. 86, 23 ss.

(97) "Problemas de sociología política", *Rev. Leg. Jur.*, 1892, t. 81, 341 ss.

(98) *Valor social de las leyes y autoridades*, 35 ss.

Las leyes y autoridades superpuestas y en contradicción con la realidad social carecen de interés. Si no concuerdan con el orden social real son simple carga del fuerte sobre el débil venida de otras épocas anteriores. Son rígidas, incómodas. Cuanto más “perfecta sea la sociedad, menos coacción existirá en ella” (99). La ley y la autoridad deberán sustituirse por un orden natural, humano. “Esa solidaridad humana voluntaria, querida por determinación espontánea que repugna la coerción material, exterior, del Estado, viene siendo la exigencia de varias doctrinas filosóficas, jurídicas y sociológicas” (100). Entretanto el Estado interviene en muchos sectores. Se preocupa de la higiene hasta que seamos limpios.

Sociología criminal

El estudio del valor social del delito le parece tema fecundo en ciencias penales. Hasta ahora sólo se dedicó atención a las leyes rígidas e inmutables; ahora el cultivo de la sociología se ha penetrado en la realidad. ¿Significa el fin del derecho penal? Existen tres direcciones: tipo Ferri, para quien el derecho penal es sólo una parte de la ciencia social, tiene en ella sus problemas y soluciones; tipo clásico, que veda la intrusión de la sociología, y dirección de Cola-janni, con dos ciencias que se complementan y ayudan. Dorado añade una cuarta: son dos aspectos del mismo fenómeno, porque la ley es abstracción de la realidad y, por tanto, rígida, inmóvil. La sociología debe inspirar y dar jugo a la ciencia jurídica penal, pero sin absorberla (101).

Dorado en este punto nos lleva a las siguientes conclusiones: la sociología es ciencia natural, capaz de introducirse en la realidad y examinar las relaciones y conexiones sociales, la vida de los hombres en medio de otros. Intereses y anhelos sociales contrarios van creando en lucha equilibrada un orden. Las distintas tendencias forman un organismo semejante al natural. Las leyes, autoridades y Estado son conceptos transitorios, que irán desapareciendo. En el campo criminal, la sociología nos permitirá una comprensión y explicación más profunda del delito y del delincuente, medios de prevenirle y evitar

(99) Ob. cit., 188.

(100) Ob. cit., 189 s.

(101) “La sociología y el derecho penal”, *Rev. Leg. Jur.*, 1895, t. 86, 26 ss.

crímenes. Causalismo social y oscuridad actual que espera en la ciencia del mañana.

Nada nuevo en este terreno. Simple acúmulo de las ideas contemporáneas, más o menos profundas o superficiales. Quiso recoger bases para el derecho penal. Se limita a hilvanar retazos y concepciones. Ni siquiera su doctrina tiene la originalidad de "La teoría básica del delito" de Salillas (102), o el "Tratado de Sociología" de Sales y Farré.

V. JUECES Y PERITOS MÉDICOS.

Los puntos de vista expuestos sobre este tema en "Problemas de derecho penal", el año 1895, se completan en "Los peritos médicos y la justicia criminal", "Más sobre los peritos médicos" y "El derecho y sus sacerdotes". Son libros de su época cercana al correccionalismo, pero el tema es positivista.

El perito es nervio de contacto del magistrado con las ciencias naturales y pieza fundamental en el sistema futuro del derecho, según Dorado. Confía en la ciencia jurídica nueva, derecho y ciencias naturales, y cree posible unir los conocimientos de ambas personas, juez y perito, en una sola. Se suprimirán los abogados (103), dejando la justicia en manos de una sola persona: el juez positivo, que será médico o, más ampliamente, antropólogo, psicólogo y sociólogo. Se le concede arbitrio, decisión, posibilidades. Sólo una formación exten-

(102) Incluso cuando comenta la obra de Salillas *Hampa*, no ve el intento de su autor. Queda repitiendo, como siempre, las generalidades de la contraposición de la escuela antigua con la moderna positiva. "Sobre el último libro de Salillas y la teoría criminológica de este autor", *Rev. Leg. Jur.*, 1898, t. 93, 483 ss.

(103) *Problemas de derecho penal*, 399, nota 1, "Los abogados, con su idea de que les es lícito, y hasta obligatorio, sacar a flote a todo trance y por todos los medios la causa de... quien mejor les pague; con la competencia innoble que unos a otros se hacen para arrebatarse los negocios..." "A mi juicio, el legislador o el ministro que suprimiera la abogacía, prestaría un servicio inmenso al país. Y se lo prestaría también no pequeño a la administración de justicia." Si se suprimiesen los abogados, los jueces pasarían de su papel pasivo a otro activo, la justicia no tendría diferencias entre pobres y ricos..., etc.

sa y a la altura del tiempo positivo logrará un uso adecuado de sus grandes poderes, una función penal correctiva y de enmienda.

Dorado esquematiza los saberes de un magistrado penal, exigiendo (104): 1. Cultura general de primera y segunda enseñanzas. Enumera las ciencias a estudiar "desde el punto de vista general, sin especializar todavía en una dirección más que en otra. La enseñanza de todas estas materias se hará siempre de una manera predominantemente práctica..."

2.—Cultura especial de aquellas disciplinas que estudian la dirección de la conducta humana mediante el derecho: biología jurídica, antropología jurídica, psicología jurídica, la lengua en derecho, historia y sociología jurídicas, economía, estadística jurídica, aparte las distintas ramas del derecho, así como derecho extranjero comparado.

3.—Cultura especialísima en materias referentes a la dirección de la conducta humana desde el punto de vista criminal: antropología y psicología criminales, historia de la delincuencia y de la criminalidad, prevención penal, sociología y estadística criminales, legislación penal vigente y comparada y, por último, ciencia penitenciaria.

Además, como clínica criminal prescrita por el Congreso de Roma, los jóvenes deberán frecuentar las cárceles para conocer al delincuente.

Hasta aquí el programa que en el futuro deberá seguirse en los estudios judiciales para administrar con éxito la justicia. La situación real de nuestra enseñanza y administración de justicia es muy otra, según Dorado. Escasez de tiempo, exceso de exámenes, pruebas inadecuadas para examinar, etc. La consecuencia en el estrado resulta obvia. Dorado llega a decir con toda dureza: "Si alguien dijese que, para administrar justicia penal en la forma que hoy se administra, sirve *cualquiera*, aun sin necesidad de haber cursado la facultad de derecho en las universidades, es muy posible que no se equivocase. Por esto se asegura muchas veces, y con razón, que los procuradores, escribanos y demás curiales, que son, ya se sabe, meros rúbulas, entienden más de administrar justicia que los mismos jueces. Y es que éstos, cuando no saben más que la ley escrita y se empeñan en no saber otra cosa, no son más que rúbulas; y, rúbula por rúbula, mejor que los magistrados suelen serlo los curiales, porque son y manejan mejor

las tretas y tranquilas de la ley" (105). Tal juicio merece a Dorado la formación jurídica de aquellos tiempos. El se considera hombre nuevo que comienza otra etapa más perfecta.

¿Para qué una formación tan completa? Al querer fundir el perito con el juez, exige mucho de este último. No le convence la solución de Coimte, Spencer y Manouvrier de formar ingenieros sociales o peritos antropólogos a quien acudir. Ve más fácil y adecuada la extensión de los estudios antropológicos al político, al moralista, al educador (106) o al juez.

"Mejor que el sistema precedente —ingenieros sociales— nos parece el otro de los enunciados, a saber: que el juez estudie aquellas ciencias a cuyos consejos tiene que acudir de continuo" (107).

La división del trabajo no es tanta para dualizar estas profesiones; en las profesiones liberales no cabe, como en las técnicas, que la inventiva sea de unos y la práctica se encomiende a obreros sin instrucción; tampoco son tan indiscutibles los resultados alcanzados para poder llegar a ingenieros sociales. Quien dicta la sentencia debe conocer los fundamentos. En resumen: "El conocimiento de la antropología, de la psicología y de la sociología es absolutamente indispensable al magistrado" (108). Entiéndase, en tanto tengan relación con la administración de justicia; no se trata de investigar, sino de aplicar.

En el libro de 1906 examina y resuelve los problemas del informe pericial: deberá ser uno, aunque fuesen varios los peritos; deberán nombrarse por el juez para atender a su imparcialidad; intervendrán en el sumario; incluso se formarán jurados de peritos, especialmente en la discrepancia de pareceres (109).

Pero el problema fundamental se plantea en la prioridad del juez o del perito. O el juez es esclavo del parecer del perito y pierde la espada de la justicia, o resolverá sin conocimiento adecuado acerca del tema de la pericia. Cualquier sistema es absurdo. ¿Solución?

El conflicto no es entre ciencia y justicia, sino "entre unos y otros representantes de la ciencia, esto es, entre médicos y juristas, experimentalistas y racionadores, y aun entre los psiquiatras y las gen-

(105) Ob. cit., 218, nota.

(106) Ob. cit., 201 ss.

(107) Ob. cit., 209.

(108) Ob. cit., 211.

(109) *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906, 79 ss.

tes en general que miran a aquéllos con recelo" (110). Con citas, ejemplos y opiniones, explica la lucha entre médicos y abogados. La polémica en torno de la responsabilidad. A unos les parece base necesaria de imputabilidad, a los otros materia sin importancia, ya que no existe frenómetro capaz de medirla.

Al dar soluciones Dorado Montero propone: a) Por de pronto, prescindir del problema de la responsabilidad. "El hecho de que filósofos, penalistas y jueces penales se resuelvan a prescindir en absoluto del problema de la responsabilidad, y esto, no sólo con relación a niños y jóvenes delincuentes" (111), es el primer paso aclaratorio.

b) Una nueva disciplina: la Ortofrenopedia para el tratamiento de delincuentes. Esta pedagogía correccional o patología pedagógica es el camino para enmendar al delincuente. El patronato, la información previa y la intervención de técnicos le acompañan.

c) Educación del médico y del jurista en la antropología, psicología, psiquiatría y demás ciencias nuevas. Se ha pedido la realización de estos estudios por Garofalo, Ferri, Lacassagne, Benedikt y —entre nosotros— por Valentí Vivó (112).

d) Cooperación entre ambos. "Al conocimiento de las ciencias sociales por parte de los naturalistas y médicos y al de las ciencias naturales, por otra parte, de los juristas y sociólogos, hay que atribuir el milagro" (113).

VI. EL VIRAJE HACIA RÖDER.

Las últimas líneas las dedicamos a la defección de Pedro Dorado Montero. No es exacto considerarle correccionalista en las últimas etapas de su vida. El, desde siempre, quiso unir y armonizar un imposible: positivismo y correccionalismo krausista (114). Pero en esta segunda época de su vida —desde 1902 por ponerle fecha—, el peso

(110) Ob. cit., 105.

(111) Ob. cit., 204.

(112) Ob. cit., 251, 258, y 268 s.

(113) Ob. cit., 284.

(114) En la versión de Röder dada por Giner.

del correccionalismo se hace más profundo. Su positivismo, de no ejercerlo, se le escapa; queda en mero recuerdo y en opiniones y resultados.

Motivos de buscar la conciliación: la dureza del positivismo con el criminal, que Röder puede suavizar; las pretensiones de realismo esgrimidas por el idealismo krausista; la falsedad de la postura de Dorado a que aludimos; la importancia de Röder y, sobre todo, del movimiento penitenciario, que en parte le sigue (115), aunque mezclado con otras tendencias. Pero también cuestión de personas: la relación con Giner de los Ríos.

En "Bases para un nuevo derecho penal", Barcelona 1902, se aprecia esta influencia tiránica. En el postscriptum nos dice Dorado (116):

"Motivos de él (postscriptum).—Durante la impresión de este libro, se ha enterado de lo que en él se dice, por haberle yo comunicado las pruebas, el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Madrid, don Francisco Giner.

Entre las observaciones y reparos que ha tenido que ponerme, el más importante, acaso, de todos, es que acentúo demasiado el contraste, convirtiéndolo en oposición, entre las doctrinas penales antiguas y las nuevas, hasta el punto de que, en mi pensamiento, parece que estas últimas vienen a destruir radicalmente todo lo que habían aquéllas edificado al través del tiempo; cuando, en realidad, aquí como en todo, la historia no es alternativamente, primero construcción, después destrucción, nueva reedificación, nuevo derrumbamiento, y así siempre de un modo indefinido, como si su trama fuera semejante a la de Penélope, sino que se trata más bien de una labor ininterrumpida, de una verdadera evolución, en la cual y a la cual, quien más quien menos, todos cooperamos, aun los que nos coloquemos en actitud hostil con respecto a los otros y nos hagamos la ilusión de que demolemos su obra, no haciendo de hecho, más que rectificarla y completarla.

No estoy yo muy lejos, quizás nada, de este punto de vista, ni he querido tampoco decir cosa alguna contra él en el presente escrito.

(115) *El reformatorio de Elmira*, Madrid, 1898, y *Asilos para bbedores*, Madrid, 1901, son los escritos de Dorado de clara intención penitenciario.

(116) *Bases para un nuevo derecho penal*, 170 s.

Hasta hay algunos pasajes... en que se da a entender claramente así.”

Después de estas declaraciones se justifica con terminología krausista: esta es su opinión, pero es posible otra; no se puede saber con certeza el sistema más conforme con el “orden real absoluto”, ni puede preverse con toda exactitud el futuro; en el trazado de planes semejantes es fácil equivocarse, porque las ciencias normativas no son como las naturales. Más aún, la función penal como tutela del delincuente es obra de un gran jurisconsulto alemán, Carlos David Augusto Roeder y sus discípulos y seguidores. Una retractación en toda regla.

Si en “Estudios de derecho penal preventivo”, Madrid, 1901, empezaba a notarse mayor inclinación, ahora se obliga al paso definitivo.

En “De Criminología y Penología” (117) ya no sabe qué decidir entre determinismo y libre albedrío. Frente a la duda confiesa de plano: se equivocó al unir libre albedrío y retribucionismo, pena como mal y castigo. Abandona posturas deterministas, sólo importa una concepción tutelar, preventiva, finalista y teleológica. Traduzcamos krausista.

En esta misma obra recorre la historia del XIX, que acaba en armonización de correccionalismo y positivismo (118). Concretamente en el Laboratorio de Criminología de la cátedra de Giner. Salillas, Bernaldo y otros, han logrado el injerto. No parece Dorado cuando exclama: “El consorcio de metafísicos y positivistas no ha llegado a ser una realidad en este orden en parte alguna, con tanta fuerza como aquí”(119).

La fusión —o viraje— se ha consumado. En esta última fase, sus escritos carecen de la ferocidad lombrosiana de sus primeros años. El positivismo queda en exceso juvenil; incluso en paso hacia esta concepción que le parece más amplia y duradera. Sigue publicando dentro de sus segundas ideas: “El correccionalismo penal y sus bases doctrinales”, 1907 (120); “El derecho y sus sacerdotes”, Madrid, 1909;

(117) *De Criminología y Penología*, Madrid, 1906, 43 ss. “Acerca de la base de la función penal”.

(118) Ob. cit., 136 ss. “Balance penal de España en el s. XIX.”

(119) Ob. cit., 139.

(120) *Rev. Leg. Jur.*, 1907, t. 111, 401 ss.

“La psicología en nuestro derecho legislado”, Madrid, 1910. En el año 1913, su trabajo fundamental del período, “El derecho protector de los criminales”. Después de muerto, “Naturaleza y función del derecho”, Madrid 1927.

El positivismo se había agotado en el derecho. Su principal defensor se pasó al enemigo. Pero quizá hubiese sufrido la misma suerte si Dorado hubiera seguido y perseverado. Las bases sobre que se asentaba se pasaron en el tiempo y no supo mantener una postura siempre fresca y preparada, siguiendo el camino emprendido.