

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO V  
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLII

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:  
EUGENIO CUELLO CALÓN  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Madrid

Subdirector:  
JUAN DEL ROSAL  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

Redactor-Jefe  
ANTONIO QUINTANO RIPOLLES  
Fiscal de Audiencia

Secretario:  
DIEGO MOSQUETE  
Profesor Adjunto de Derecho penal de  
la Universidad de Madrid

## INDICE

	<u>Páginas</u>
<b>Sección Doctrinal</b>	
<i>La casación criminal española: Su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas. Primera ponencia, por Manuel de la Plaza.....</i>	189
<i>El auxilio judicial policial en el ambiente hispánico y especialmente la reincidencia internacional. Segunda ponencia, por Juan del Rosal.....</i>	206
<i>El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil. Tercera ponencia, por Eugenio Cuello Calón.....</i>	244
<i>Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas. Cuarta ponencia, por Antonio Quintano Ripollés.....</i>	306
<i>Valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal. Quinta ponencia, por Antonio Piga.....</i>	334
<i>Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino. Crónica de su preparación y desarrollo, por Federico Castejón.....</i>	389

---

La correspondencia debe dirigirse al Secretario del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, 6, Madrid.

Para que se inserte nota de referencia o crítica de obras de cuyas materias se ocupa nuestro ANUARIO, deberán enviarse dos ejemplares de ellas a nuestra Redacción.

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 3**

**ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**



# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Dedicado al I CONGRESO HISPANO-  
LUSO-AMERICANO Y FILIPINO DE DERE-  
CHO PENAL Y PENITENCIARIO, celebra-  
do en Madrid en los días 6 al 11 de  
julio de 1952.

TOMO V  
FASCICULO II



MAYO.-AGOSTO  
MCMLII

---

*Es propiedad. Queda hecho el depósito y la inscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.*

---

# SECCION DOCTRINAL



**MANUEL DE LA PLAZA**

LA CASACION CRIMINAL ESPAÑOLA: SU ORIGEN.  
DESARROLLO EN EL MUNDO HISPANICO Y PO-  
SIBLES REFORMAS

**JUAN DEL ROSAL**

EL AUXILIO JUDICIAL Y POLICIAL EN EL AM-  
BIENTE HISPANICO Y ESPECIALMENTE LA REIN-  
CIDENCIA INTERNACIONAL

**EUGENIO CUELLO CALON**

EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD INFAN-  
TIL Y JUVENIL

**ANTONIO QUINTANO RIPOLLES**

MODERNOS ASPECTOS DE LAS INSTITUCIONES  
PENTENCIARIAS IBEROAMERICANAS

**ANTONIO PIGA**

VALOR DEL DIAGNOSTICO PSICOMEDICO EN LO  
CRIMINAL





# La casación criminal española: Su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas

PRIMERA PONENCIA PARA EL I CONGRESO HISPANO-  
LUSO-AMERICANO Y FILIPINO PENAL  
Y PENITENCIARIO

MANUEL DE LA PLAZA\*

*Fiscal del Tribunal Supremo*

La fecha del 20 de junio de 1852 tiene para los juristas españoles todo el poder de una evocación. Recuerda la realización de una empresa que, iniciada entre nosotros al comienzo del siglo XIX, alcanza en él que ya media un auge singular, por lo que la casación tiene de instrumento puesto al servicio del Derecho, pero también por la significación que en un sentido meta-jurídico puede tener un Instituto confiado a un organismo que forma parte del ordenamiento público judicial, al que se encomienda la misión de defender el derecho objetivo en su expresión formal y de velar por que los desvaríos de una interpretación incorrecta no afecten al principio de seguridad jurídica que, por razones poderosas, es preciso mantener y conservar en toda sociedad bien organizada. Acaso por esta razón, un núcleo de juristas españoles, que de su vocación profesional hacen culto, ha pretendido ligar esa efeméride con las sesiones de este Congreso, en que una legión de ilustres cultivadores del derecho y de otras disciplinas afines, van a traer a la mesa de disección arduos problemas de su especialidad, para buscar, en un ambiente de mutua comprensión y estimación, también de fraternal convivencia, aquellas soluciones que parezcan más acomodadas al común sentir y pensar, y por ello resulten más útiles para lograr ese estado de paz que es obra exclusiva del Derecho, rectamente pensado y hondamente sentido.

Puesto el conato del Congreso en el más perfecto logro de esa ambiciosa empresa, no es dudoso que cuantos han de colaborar en ella, con el más firme propósito de acierto, procurarán acuciosamente que en sus trabajos se atienda, más que a la exposición de un punto de vista personal, por respetable que sea, o a la reali-

zación de una tarea informativa, que debe presuponerse, o mostrar una inquietud, para comunicarla a los demás, o realizar un contraste de opiniones en torno a los problemas fundamentales que cualquier institución o serie de ellas sugiere. Lo interesante será, si a tanto se llega, procurar, en lo que pueda reputarse fundamental una *communis opinio*, cuyas más directas y eficaces consecuencias puedan plasmar en fecha más o menos próxima en realidades, legislativas o no, que por su uniformidad sustancial puedan reputarse fruto de una verdadera coincidencia de pareceres. Por esta preocupación, al abordar el tema con que por generosa designación de la Asamblea me ha tocado el papel de ponente, pretendo hacer una síntesis razonada de los principales problemas que plantea el instituto de la casación en general y el de la casación penal en particular haciendo, respecto de cada uno de ellos, aquellas sugerencias que puedan tener la virtud de polarizar y encauzar la discusión, por referirse a los puntos neurálgicos de la institución examinada. En el caso, la esquemática alusión al sentido y alcance de las instituciones patrias, si en algún aspecto pretende ser un personal homenaje a la fecha que conmemoramos y al progresivo trabajo constructivo de nuestro sistema de casación, tal como actualmente está en vigor, será en todo lo demás un mero punto de referencia que permitirá buscar el fecundo contacto con las concepciones y realizaciones ajenas. Por lo demás, inexcusables exigencias metodológicas aconsejan que, al cultivar en común el quíñon de nuestra experiencia, procuremos, ante todo, conocer a fondo las realidades observadas; después, precisará excogitar aquel tratamiento jurídico que resulte más eficaz para poner a su servicio los medios que el derecho procura. No hay que decir que el éxito estará en función de la mayor o menor perfección con que el jurista logre conjugar esos dos factores.

#### I.—IDEAS GENERALES RECTORAS DE LA CASACIÓN

Parece indudable, cualquiera que sea la posición doctrinal que se mantenga en punto a la relaciones entre derecho y Estado, que a éste asiste en todo caso la facultad de velar por que las normas se cumplan y por que sean rectamente observadas. Pero así como tratándose de los individuos esa misión fiscalizadora se realiza confiando a los Tribunales la de inquirir y declarar si la conducta individual se acomodó o no a tales normas, cuando se trata de fiscalizar la actividad de los Tribunales, en cuanto organismos encargados de la aplicación del derecho, la fiscalización significa que se ha vulnerado un estado de derecho que es norma rectora de conducta para los dispensadores de justicia. La casación tiene, en ese aspecto, la suprema finalidad de corregir la actuación de éstos para restablecer un estado de derecho del que se separaron los mismos a quienes se encomendó su custodia; y ello por estas

dos razones fundamentales y de muy distinto signo y alcance: a) Porque al Estado interesa la defensa del derecho objetivo (función de nomofilaxia, según el parecer de uno de los más autorizados tratadistas de la casación, y función preferentemente jurídica), y b) Porque a todo el cuerpo social interesa, asimismo, que un sentido de sustancial unidad—no incompatible con la variedad de los casos—presida la interpretación de la ley. La dirección o tendencia contraria, determina un estado de inseguridad que es de todo en todo incompatible con la seguridad que el pacífico cumplimiento del derecho debe procurar a todos los miembros del cuerpo social. En este aspecto, la casación cumple una función política, por obra de la cual en los países de derecho codificado, que son los más, se asegura la permanencia de los cuerpos legales establecidos como signo de convivencia entre los miembros de cualquier agrupación humana. Aun en los países de derecho no codificado, que son los menos, esa función puede ser útil, y más que útil necesaria, porque, en último término, es la misma finalidad que se persigue.

Por la sola virtud de estas ideas matrices es difícil concebir la casación como uno de tantos medios de impugnación destinados a combatir, con la vista puesta exclusivamente en el interés privado, una resolución judicial; tiene una naturaleza propia y una configuración característica que responde a esas notas esenciales, y así: 1.º Se encomienda a un organismo propiamente judicial que, sin embargo, cumple indirectamente una función política. 2.º Prepondera en él un interés preferentemente público, ya que sólo por medio indirecto se sirve el interés privado. 3.º Su articulación debe hacerse en función de su especial naturaleza, autorizándolo tan sólo en la medida y extensión que exijan esas sus dos más salientes y características finalidades, sin que por ello sea lícito confundirlo con otros medios impugnativos, cuya misión y finalidad son distintas.

De estos esquemáticos razonamientos pueden derivarse las siguientes conclusiones:

A) *La función jurídico-política que la casación cumple persigue como finalidad más saliente la de velar por la unidad de la interpretación del derecho en bien de la seguridad jurídica. Por tanto, la multiplicidad de Tribunales de casación pugna con ese principio y mantiene, aunque sea más atenuadamente, la multiplicidad de interpretaciones.*

B) *La casación, como recurso supremo, aunque tiene algunos puntos de contacto con los medios de impugnación de las resoluciones judiciales, presenta características peculiares que obligan a una articulación "sui generis" en su tratamiento procesal.*

## II.—LA CASACIÓN PENAL

Ni en su estructura, ni en sus fundamentales designios, la casación en materia penal difiere de la casación civil; y ello es lógico por cuanto el *interés* que ampara en uno y otro caso es preponderadamente público, aunque indirectamente puedan resultar beneficiados los particulares afectados en uno u otro concepto por la resolución judicial. Por eso Aloisi ha podido decir, refiriéndose a la casación penal, que «responde a la necesidad de organizar un sistema de supremas garantías a fin de mantener la exacta observancia de la ley»; a lo que añade Donnedieu de Vabres, condensando en una sintética fórmula el pensamiento de la doctrina francesa, que la casación «vigila la obra del Juez, asegura el respeto a la ley y mantiene la unidad de jurisprudencia».

Acaso la materia sobre la que el recurso versa (civil en un caso, penal en otro) obligue a establecer en su ordenación algún matiz peculiarísimo; pero, en lo que puede reputarse sustancial, es idéntica la concepción del recurso extraordinario, que siempre cumple los designios, que con unanimidad aleccionadora le asigna la doctrina.

Por eso—y es ésta la ocasión de aludir por primera vez a la ordenación del recurso, conforme a la legislación española—quien atentamente la examine desde el Real decreto dado en Aranjuez en 20 de junio de 1852, cuyo centenario conmemoramos, hasta la Ley española de 16 de julio de 1949, que introdujo en la casación interesantes reformas que, sin afectar a lo que es de esencia en el recurso, mejoran su ordenación, pasando por la Ley fundamental de 1870 y por la de Enjuiciamiento Criminal de 1882, parcialmente reformada a su vez en 1938 y en 1933, no advertirá (y es lógico que así suceda) un cambio de orientación en la sustancia, aunque pueda advertirlo en los modos; lo que dice mucho sobre el arraigo entre nosotros de las ideas que, lanzadas por el derecho francés, tuvieron acogida en los países latinos, y no hay que decir que en el mundo hispano.

De lo que cabe deducir otra conclusión útil, que es ésta:

C) *Las ideas rectoras de la casación son las mismas en materia civil y en materia penal, y, por tanto, la ordenación del recurso debe ser similar, como similares son los problemas que pueden plantearse en uno y otro caso, sin perjuicio de las particularidades de ordenación a que obligue la dualidad de las materias (civil y penal) que el recurso supremo suscite.*

## III.—LA CENSURA DE LOS HECHOS EN CASACIÓN

Al llegar a este punto tropezamos con uno de los más arduos problemas que la casación plantea; porque en puros principios, si



la casación persigue como finalidad única, ante todo, la defensa de la ley, después la unidad y corrección del proceso interpretativo, parece que debe quedar fuera de su campo de acción la censura de los hechos. Sin embargo, esta afirmación tajante tropieza en la realidad con determinados obstáculos que, si en el campo de la casación civil tienen relevancia, no la acusan menor en el de la casación penal.

La naturaleza de este trabajo, mera ponencia, planteamiento objetivo de temas sobre los que ha de versar una discusión, veda el intento de afrontar en todos sus matices una cuestión vidriosa en torno a la cual se ha formado una copiosa literatura. Pensemos, sin embargo, que hay más de apóstrofe literario que de verdad en aquella frase de Gómez de la Serna: «No pueden ser objeto de casación cuestiones de hecho, de justicia o de injusticia, de mejor o peor apreciación de las probanzas; más alto el fin del recurso»; o en aquella otra de Garsonnet: «El Tribunal de casación no es un tercer grado de jurisdicción: no conoce de los hechos de la causa, los tiene por existentes tal como los jueces de Primera Instancia los hicieron constar las apreciaron y calificaron...» La verdad es, sin embargo, que la notoriedad y evidencia de un error—no ya su existencia—puede ser tal y de tal naturaleza, y tan íntima su ligazón con la cuestión de derecho, que ha de resolverse, que en ocasiones es punto menos que imposible escindirlos si el derecho ha de ser restaurado. Además, en las cuestiones de hecho precisa distinguir entre la afirmación de *su existencia*, que en puridad puede ser reservada a los Tribunales de Instancia, prohibiendo el acceso de ese tema a la casación, y la interpretación de los mismos, ya por imposición de una norma valoratoria, cuya observancia sea obligada, bien apreciando su significación jurídica; en casos tales, la confusión de la *quaestio facti* y de la *quaestio juris*, puede impedir que se separen a efectos del recurso una y otra cuestión.

En general, la legislación y la doctrina se inclinan a restringir, cuando no a prohibir totalmente, la censura de los hechos en casación. Sin embargo, la legislación española hace posible esta fiscalización, cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, a condición de que éste resulte de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador y no estuviesen desvirtuados por otras pruebas.

Y es curiosa—también adocrinadora—la evolución del derecho patrio en ese punto. En el Real decreto de 1852—el más próximo a la casación francesa—sólo se hablaba del fallo definitivo *contrario a la Ley*, lo que, en esencia, se repetía en el artículo 4.º de la de 1870, siquiera se especificasen los *casos* en que la infracción pudiera reputarse cometida, criterio del que sustancialmente no se separaba el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. La reformada y vigente de 16 de julio de 1949, no sólo ha rehuído discretamente la enumeración, posiblemente no exhaustiva, de *casos* hecha por las que la precedieron, sino que ha perfi-

lado una norma que, con absoluto respeto para las declaraciones *de facto*, hechas por el Tribunal *a quo*, facilita una restringidísima censura que, por lo excepcional y limitada, no ataca a la esencia del recurso; porque si el error de facto sufrido en la apreciación de las pruebas sólo es alegable al amparo de un documento *auténtico* que, de modo inequívoco, evidencie la equivocación del juzgador, aun en ese caso el error padecido es inocuo si estuviese desvirtuado por otras pruebas.

Es posible que ante las escasas posibilidades de invocación de esa norma se piense en su inutilidad y, consiguientemente, en la posibilidad de su supresión. Por las razones que al principio exponemos, la estimamos acertada y digna de tomarse en consideración.

Nuestro parecer al respecto puede por eso condensarse en esta otra conclusión:

D) *Debe autorizarse la casación penal para censurar la actividad judicial en la apreciación de las pruebas, cuando al ejercitarla haya incurrido el juzgador en un error de hecho, susceptible de ser conocido mediante un documento auténtico, si el error no está desvirtuado por otras probanzas.*

#### IV.—LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS LEGALES EN CASACIÓN

En tal punto, la unanimidad es completa; pero difiere el modo de *disponer* el recurso.

La Ley española reformada emplea una fórmula sintética (número 1.º del artículo 849) que, sobre la base del respeto a los hechos probados, autoriza un recurso por infracción de un precepto *penal* de carácter sustantivo o una norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal. Con lo cual se da a entender que en la casación penal no pueden alegarse otras infracciones que las de los preceptos sustantivos, es decir, de derecho material, de condición penal y con rango de Ley.

Es éste uno de los aspectos en que *lo penal* caracteriza la ordenación del recurso, porque no es ya que se omitan los *modos* de la infracción, a ejemplo de lo que se dispone en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (violación, interpretación errónea o aplicación indebida), sino que en acatamiento a un principio básico en materia penal («*nullum crimen sine lege—nulla poena sine lege*») que implica limitación en las fuentes, sólo se habla de preceptos penales o de normas jurídicas del mismo carácter.

Por aquí resulta explícitamente restringido el alcance del recurso en materia penal, con ocasión del cual no se suscitan cuestiones que en materia civil tienen subido interés (pensemos, por ejemplo, en la violación de normas no legales, tales como la costumbre, los llamados «standars» jurídicos, los principios generales del derecho). Pero aun reducido así el campo de la investigación,

otros temas sugestivos nos salen al paso. Sin otro valor que el de una sugestión, íntimamente relacionada con el problema fundamental que es objeto de este apartado, pensemos en la necesidad de aclarar si la infracción de normas legales que autoriza el recurso ha de referirse tan sólo a las que tienen, *stricto sensu*, esa condición, o también a las que, no procediendo directamente de los cuerpos legislativos, tienen o pueden tener constitucionalmente ese valor (el problema del valor de las normas y, sobre todo el de su jerarquización, alcanza en casación singular importancia, que no puede eludirse por obra de fórmulas de ambiguo contenido). Cabe plantear también con este motivo el tema de la norma extrapenal, cuando en ésta se consigna el precepto y en la penal la sanción, estableciendo entre ambas una relación que no puede desconocer el intérprete; y es de considerar, por último, la significación que en la casación penal puede tener la jurisprudencia, y la subsiguiente posibilidad de que el Irecurso supremo tenga en cuenta sus reiteradas declaraciones para denunciar su infracción. Ciertamente que el principio de legalidad, al que más arriba nos referimos, parece obstar a esa declaración y contrariar un criterio extensivo; empero, no puede desconocerse que el esfuerzo jurisprudencial colma a veces los vacíos de la Ley, y, en ocasiones, sin contradecir el precepto positivo, fija, con ambición de permanencia, su sentido y alcance. La unidad de interpretación, que es, como vimos en su lugar, uno de los fines del recurso, garantiza la unidad de la Ley e *integra* la norma positiva.

En relación también con el problema de la infracción de normas en casación, un ordenamiento exhaustivo del recurso no puede excusar, a nuestro juicio, el tratamiento que ha de darse a la infracción de normas legales de derecho extranejero. A primera vista parece obvio que esa cuestión no pueda plantearse en materia penal, por obra del principio territorial que la domina; sin embargo, y por muy calificada excepción, el problema puede suscitarse en aquellos casos en que la Ley nacional tiene en cuenta la extranjera, o la precisa el juzgador nacional como base de sus actividades propias dentro del país. En semejantes casos, el juego combinado de unas y otras normas obligaría a tomar en consideración las extranjeras y podría eventualmente determinar su infracción y la posibilidad de que en casación se la denunciase.

Por virtud de estas sucintas consideraciones podría llegarse a la siguiente conclusión:

E) *El problema de infracción de las normas en casación obliga a determinar cuáles son las que exclusiva y excluyentemente autorizan el recurso supremo y los poderes que en esa materia deben conferirse al juzgador.*

V.—EL TRATAMIENTO EN CASACIÓN PENAL DE LOS VICIOS «IN  
PROCEDENDO»

Es indudable que, frente a la resolución judicial, el recurso adopta una posición combativa que ha de conducir, por una parte, a la restauración del derecho perturbado, y, por otra, a la afirmación de una doctrina que ofrezca a la comunidad garantías de certeza para el presente y para el futuro. Pero no es menos evidente que a la afirmación del juicio de derecho que plasmó en la resolución conforme a normas establecidas en provecho común; aunque no sea frecuente, como es posible la infracción de esas normas, el ámbito de la casación se extiende a corregir los vicios que en su aplicación hayan podido observarse, siquiera sea mediante un tratamiento específico que corresponde a su peculiar naturaleza. Como ha dicho Calamandrei, rectificando una posición de Béling, en un caso, el del error *in judicando*, se combate en vicio de actividad, que es siempre actividad intelectual; en el otro, un vicio de actividad, que es siempre actividad procesal.

Muy generalizada la idea de que la casación permite la censura de unos y otros vicios, ni la doctrina ni las legislaciones positivas han logrado un acuerdo en punto a la determinación de las infracciones procesales que pueden autorizar el recurso supremo, aunque por imperativos de la lógica parezca acertado sostener que, de los llamados vicios *in procedendo*, sólo podrán autorizar la casación aquellos que sean determinantes de nulidad radical, que atente a lo que es de esencia en el proceso, en cuanto éste constituye una garantía política y jurídica del justiciable; y ello por la elemental razón de que sólo así podrá asentarse sobre base firme y segura el juicio de derecho que en la sentencia se contiene.

El problema que aquí se plantea se reduce, en síntesis, a determinar—puesto que no todos los vicios procesales autorizan la casación—cuáles deben considerarse que tienen relevancia para autorizar el recurso y producir, como producen siempre, la nulidad de todo lo actuado. Varían en ese punto los sistemas seguidos, puesto que en ocasiones el legislador se contenta con hacer una mera referencia a los preceptos que definen la nulidad de los actos procesales y sus efectos, y otros—como en el caso de la legislación española—se especifican los vicios que determinan la anulación del proceso e impiden al juzgador de casación pronunciarse en cuanto al fondo.

Desde mi personal punto de vista estimo más acomodado a la índole del recurso la enumeración legal de esos vicios, y creo, además, que en este caso, no menos que cuando se trata de vicios *in judicando*, es aconsejable el criterio de fijar exhaustivamente los motivos de casación y vedar el juego de la analogía. Mas por eso precisamente se acrecienta el interés que ha de ponerse, a la hora de establecer, cuáles son, *determinadamente*, las infracciones que,

por su trascendencia hacen posible el juego de la casación. En la doctrina, como es de sobra sabido, se ha intentado derivar de una clasificación lógicamente pensada, los casos en que, según la terminología española, existen motivos de casación. Prescindiendo de los errores *in iudicando*, que pueden versar, o bien sobre la validez y existencia de la norma, o sobre su significado, o sobre su aplicación en el caso, o sobre las conclusiones a que, por su medio, se haya llegado en la sentencia, la ordenación de los errores procesales en que puede incidirse, puede referirse: a) A la viciosa constitución de la relación procesal. b) A su normal desenvolvimiento c) A su fase decisoria.

Con este criterio, y tomando como base la Ley española—mero punto de referencia, como venimos diciendo—, podemos ofrecer a la consideración de la asamblea estos puntos de vista, que pueden constituir amplia base de discusión:

A) Ante todo, es evidente que en casación pueden examinarse, no sólo los problemas referentes a la jurisdicción del Tribunal que ha resuelto el asunto, sino también la legal o ilegal constitución del mismo; si en el primer aspecto falta un presupuesto procesal cuya inexistencia determina la nulidad de lo que se decida, en el segundo, la irregular constitución del Tribunal priva al acusado de una garantía procesal que lleva consigo la ineficacia sustancial de la resolución.

B) Defecto grave que, por serlo, es denunciabile en casación, es también la infracción del principio de contradicción, básico en el proceso. Por eso ha de reputarse vicio *in procedendo* la omisión de la citación de las partes, sin cuya presencia el juicio a que la sentencia pone término, adolece de un defecto sustancial: sin removerlo previamente, la cuestión de *fondo*, según nuestra terminología, no puede tratarse.

C) Singular mención debe hacerse de los supuestos en que el anormal desenvolvimiento del proceso constituye un obstáculo para que el problema jurídico que el recurso plantea pueda ser resuelto. El magisterio de Béling nos ha enseñado que en el pronunciamiento de una sentencia como punto de término de un proceso regularmente seguido, pueden advertirse dos clases de infracciones; o bien las que él llama *externas*, porque se partió de una situación real inexistente sin la cual la sentencia no pudo pronunciarse en el sentido en que se hizo, o bien (infracciones *internas*), porque la comprobación de los hechos no se hizo conforme a los preceptos de la Ley procesal (tales son los supuestos en que faltan hechos esenciales para el fallo, como aquellos en que el material facticio es incomprensible, por oscuro o contradictorio, o porque se comprueba algo que nunca puede ser un hecho, en el sentido que a esta palabra puede darse).

Dentro de la técnica española, esos vicios *in procedendo* son denunciabiles; en la mayor parte de los supuestos por ella establecidos su ordenación se refiere (y es explicable) a la fase de prueba,



ya sea porque se denegó la que, propuesta en tiempo y forma, debía practicarse, ya porque se hayan rechazado preguntas cuya contestación podía influir decisivamente en el resultado. Y es obvia la razón que así lo aconseja, porque sólo a condición de que el conocimiento de los hechos haya llegado al Tribunal con aquellas garantías que permitan afirmar que son *exactas* y que son *completas*, podrá ser decisiva la apreciación que, consultando a su conciencia, haga al fallar, y podrán vincular al Tribunal para que sobre esa base, para él incommovible, asiente, sin el menor escrúpulo, el juicio de derecho.

D) En punto a la sentencia misma, acto que pone término al proceso, en casación penal pueden y deben enjuiciarse, no sólo las facultades para dictarla, en la medida y extensión que en cada caso se requiera, sino también en cuanto a los términos en que debe estar concebida, precisamente para evitar el extravío, que ya señalaba Béling, y con él la más autorizada doctrina procesal, de que las declaraciones de facto sean incompletas o no sean satisfactorias.

Así la casación permite denunciar los vicios de incongruencia, ya por defecto (ausencia de resolución sobre puntos que hayan sido objeto del debate), bien por *exceso de poder* (prohibición de penar un delito más grave que el que hubiese sido objeto de acusación). También impide con su censura la defectuosa formulación de la sentencia de instancia, por omisión o irregular expresión de los hechos probados o por oscuridad o contradicción entre los pronunciamientos. En la casación penal española se prevé, además, el caso de que en las declaraciones *de facto* se hayan deslizado conceptos jurídicos que sean predeterminantes del fallo, con lo que se rinde tributo a la concepción doctrinal del recurso, que en muchos casos veda absolutamente el examen de las cuestiones de hecho, reservadas al Tribunal sentenciador, y en otros, como entre nosotros, sólo permite examinarlas limitadamente y con muy rigurosos requisitos.

Como resumen de cuanto acaba de decirse en muy apretada síntesis, nuestra conclusión al respecto puede formularse en estos términos:

F) *La casación en materia penal puede extenderse a la censura de todas aquellas infracciones legales susceptibles de determinar graves inexactitudes en la aportación del material fáctico, sobre el que ha de recaer la decisión de fondo o confusión en las afirmaciones de hecho que la resolución contenga.*

*La índole del recurso aconseja señalar—como un numerus clausus—las únicas infracciones que en este aspecto deben ser determinantes de casación.*

## VI.—LAS RESOLUCIONES RECLAMABLES EN CASACIÓN

La concepción del recurso de casación que versa, en la mayor parte de los casos, sobre sentencias definitivas, entendiéndose por tales las que ponen término al proceso y resuelven todas las cuestiones que en él se plantearon, así en cuanto al delito como a las circunstancias en él concurrentes, a las personas responsables y a la fijación de su responsabilidad, ha determinado, entre nosotros al menos, que por un progresivo movimiento simplificador, en el que han influido también otras razones de política legislativa (acumulación de asuntos en el Supremo Tribunal, propósito de acelerar la tramitación de las causas, escasa peligrosidad de ciertas infracciones), el número de las resoluciones reclamables en casación se haya reducido. Así se comprueba en nuestra Ley de 16 de julio de 1949, tantas veces citada.

Sin embargo, lo que precisa preguntarse es si realmente con ese procedimiento, cuyos resultados prácticos no se ponen en duda, se corre el riesgo de que puedan sustraerse a la casación problemas de interés que convenga sean resueltos de modo uniforme por el Supremo Tribunal.

En el amplio campo de las resoluciones reclamables por obra del recurso, nos parecen lógicamente y atinadamente excluidas todas las que se refieren a la preparación del proceso y aun a su celebración, con las excepciones que, en relación con la aportación de material fáctico, acabamos de establecer. Pero no podemos desconocer que, en algún caso, el exceso en el criterio restrictivo puede dejar desamparadas verdaderas infracciones legales por cuya corrección debiera velar el Tribunal competente para conocer del recurso.

En la legislación italiana pueden casarse—claro es que cuando infrinjan la norma—los autos resolutorios de incidentes surgidos en la ejecución de la sentencia (artículo 631), y en nuestra doctrina, el catedrático y magistrado Castejón enumera otros supuestos que, aunque por ser de naturaleza menos definida, ofrecen dudas razonables, pero que no por ello deben dejar de esclarecerse.

Realmente, los argumentos que en pro y en contra de esta solución se esgrimen no dejan de tener fuerza de convicción; porqu<sup>e</sup> si los partidarios de extender el número de las resoluciones reclamables, tienen en su abono la posibilidad no desdeñable de que la infracción de ley que justifica el recurso se cometa en una resolución no *catalogada*, o en una decisión posterior al fallo, pero integradora de él, las que se colocan en la posición contraria afirman, no sin fundamento, que la verdadera interpretación legal es obra exclusiva de la sentencia, y a ella ha de referirse exclusivamente el recurso supremo, salvo algunos casos en que excepcionalmente lo resuelto merezca el concepto de *definitivo*.

El tema, aun sólo esbozado, no deja de ser sugestivo, y aunque

personalmente crea que las limitaciones que la casación sufre en ese aspecto dejan a salvo el designio fundamental de la casación y contribuyen a la eficacia de la sanción misma, que tanto está en función de su justicia intrínseca como en la rapidez con que se dispense, siempre que con ello no se ponga en peligro lo que por muchas razones debe ser intangible, no por eso desconozco la conveniencia de volver sobre esos puntos de vista y revisar las soluciones a que dentro y fuera de nuestras fronteras se ha llegado.

En cualquier caso, resulta evidente que después de dictada la sentencia, sobre todo si es condenatoria, no se agota con ella la actividad judicial que, sobre la base de lo resuelto, ha de aplicar una serie de medidas que, cuando están predeterminadas en las normas y no entregadas al arbitrio del Tribunal sentenciador, pueden ser fuente de infracciones. Pensemos, por ejemplo, refiriéndonos a los ordenamientos penales españoles, en la posible violación de los preceptos en que, obligatoriamente o bien dentro de ciertos límites que no pueden rebasarse, son aplicables los beneficios de la suspensión de condena; pensemos, aunque el caso sea menos frecuente, en posibles e irregulares liquidaciones de condena, en que los encargados de ejecutar la sentencia no se atuvieron a sus términos (exceso de poder en la ejecución), o porque definitivamente se resuelven cuestiones que la sentencia de que se trata no consideró; contemplemos el caso de una viciosa declaración de extinción de condena sobre bases jurídicas inexactas. En esas hipótesis, que ni son todas ni acaso las más importantes, se echa de ver una deficiencia en el ordenamiento, cuya traza no puede responder a la inexacta idea, expresada por Béling, de que las resoluciones que preceden a la sentencia, no menos que cuanto acaece después de pronunciarse, no puede impugnarse en casación. En rigor, la posibilidad de ejercitar el recurso no depende del momento en que la resolución recae, sino de su condición definitiva, de la irreparabilidad del perjuicio que causa y, sobre todo, del hecho de constituir violación de una norma que, debiendo presidir la actuación judicial, se omitió por el juzgador o se interpretó incorrectamente.

Por ello:

G) *Es conveniente estudiar los casos en que, con independencia de la resolución de fondo, puede autorizarse la casación, por tratarse de resoluciones que infrinjan la Ley, no admitan enmienda por los medios de impugnación ordinarios y causen un perjuicio irreparable; singularmente, las dictadas en la fase de ejecución.*

## VII.—LA ORDENACIÓN PROCESAL DEL RECURSO

Bajo esta rúbrica general comprendo todos aquellos temas que, aparte de los que como más fundamentales he suscitado, requieren también la atención del estudioso. Ni todos tienen igual rango.

ni las soluciones pueden ser idénticas en la mayor parte de los casos, porque los Códigos procesales, con mayor motivo que los de derecho material, responden en gran parte a la concepción que se tenga acerca de los poderes o de las funciones del Estado, y, concretamente, a propósito de la función judicial.

Tratándose de la casación como instituto disciplinado por la ciencia del proceso, los países que la mantienen, el nuestro también, se inspiran, *mutatis mutandis*, en unos mismos principios, aunque cada agrupación política le imprima el sello de su personalidad. Pero, en todo caso, el signo de unidad, que es connatural a la institución, es en muchos aspectos consecuencia de un sistema político *unitario*, que se traduce en la existencia de unos mismos Códigos, con vigencia y aplicación en todo el territorio nacional.

Lo cual explica, sin entrar en otras consideraciones, que no son del caso, que donde quiera que rige un sistema federativo, sean éstas o aquéllas sus características, el recurso de casación o los similares ven reducido su ámbito por la legislación de cada Estado. A pesar de todo, algunos países americanos que políticamente están estructurados según una Constitución federal, han superado o están superando esa dificultad, mediante fórmulas satisfactorias, con las que se intenta y se logra armonizar la pluralidad de Estados que constituyen la federación, con cierta unidad de régimen jurídico que sirve, en el aspecto que le incumbe, el sistema de casación. La coincidencia de juristas de esos países en el Congreso convocado puede darnos a conocer, no sólo su estado de opinión a ese respecto, sino también las realizaciones legislativas que sólo imperfectamente nos ha sido dado estudiar.

En este sentido me parecen aleccionadores dos casos que al azar tomo de las legislaciones americanas; me refiero concretamente a la República Argentina y al Brasil. En la primera de dichas Repúblicas, el establecimiento de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido obra de la Constitución de 15 de marzo de 1949, no es sino la consecuencia última de un proceso unificador de la legislación sustantiva, que alcanza, según el artículo 58 de la propia Constitución, a los Códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería, Aeronáutico, Sanitario y de Derecho social; pero subsiste la diversidad de régimen procesal para las provincias, que difícilmente permitirá proveer con un criterio uniforme a la subsanación de los vicios de procedimiento denunciados en casación.

El Brasil, en cambio, que recibió de la era portuguesa y conservó en el tiempo del Imperio una sola Ley procesal para todas las provincias y que en la primera Constituyente republicana se decidió por la pluralidad provincial de ordenaciones procesales, ha vuelto en la Carta Constitucional de 10 de noviembre de 1937, a mantener la unidad de proceso declarando, en el número XVI de su artículo 15 que competen privativamente a la Unión el derecho civil, el comercial, el aéreo, el laboral, el penal y el *procesal*. Un Decreto-ley de 18 de septiembre de 1939, al promulgar el Código

Procesal Civil para la República, viene a dar realidad al precepto constitucional, y otro de 3 de octubre de 1941 sanciona el Código único regulador del proceso penal.

Todo ello revela la existencia de un problema, ya resuelto en algún país americano, en otros en vías de solución, problema que, reducido a sus términos esenciales, es éste: «*Articulación del recurso Supremo en los países de tipo federativo; alcance y significación de la unidad legislativa como base obligada de la articulación del recurso.*»

\* \* \*

Después de aludir a esta cuestión, más como espectadores de un curioso fenómeno ofrecido por el derecho comparado que como redactores y relatores de una ponencia que, en tanto puede ser útil, en cuanto acierte a suscitar el mayor número de cuestiones dignas de ser consideradas por la asamblea, volvemos de nuevo a los temas *jurídicos* que la casación nos brinda, esta vez recogiendo, en muy apretada síntesis, los problemas que la ordenación del procedimiento de casación pone ante nosotros:

1.º Ocupa el primer lugar el relativo a la posibilidad de autorizar dos recursos (es el sistema clásico español) para denunciar en cada uno de ellos los vicios *in judicando* o *in procedendo*. La solución que en ese punto parece más acertada es la de arbitrar un recurso único, puesto que así en uno como en otro caso es única también la finalidad perseguida; no importa para el caso que los *efectos* del recurso sean distintos; en fin de cuentas, la pretendida violación de normas (de derecho material o procesal) obliga a una declaración que la reconoce o la rechaza y tiene la virtud de establecer un criterio uniforme que restablezca la recta interpretación de la Ley.

2.º En segundo lugar, figuran las cuestiones que se relacionan con la clásica distinción entre las fases de admisión y de discusión y decisión del recurso. Impuesta la primera de ellas por exigencias formales, que son características de la casación, debe restringirse de modo que en ningún caso pueda prejuzgarse en esa fase inicial la decisión de fondo. En todo caso, a un mismo Tribunal deben someterse la admisión del recurso y su decisión.

3.º Concebida la casación como un medio de impugnación, similar a los demás, aunque de ellos se distinga por ciertas notas que revelan su carácter extraordinario, las ordenaciones procesales tienen uniforme tendencia a modelar el recurso supremo, de suerte tal que esté dominado siempre por el interés *de parte*. De ahí que sólo los que tienen esa condición (*partes propiamente dichas* o partes en sentido formal) pueden interponerlo, y que la adhesión al recurso reduzca su ámbito, autorizándose sólo en la medida que ese interés imponga. Esta concepción parece pugnar con la índole, preferentemente pública, de la casación y con la obligada subordinación que en esa materia ha de tener el interés



privado respecto al público interés que en el recurso predomina. Parece por ello que si la casación ha de llenar cumplidamente los fines a que su creación y mantenimiento obedecen, su ordenación ha de ser tan flexible que permita al Tribunal casar la sentencia por motivos distintos de los alegados en el recurso, ya procediendo por impulso propio, ya autorizando a las partes para que propongan la *ampliación* a motivos que, siendo procedentes en derecho, no coincidan con los alegados por el recurrente. Este parecer, expuesto entre nosotros por un ilustre magistrado (Crehuet), docto en disciplinas jurídicas y antaño artífice de la casación desde el sitio de la presidencia de nuestra Sala Segunda, se acomoda al sentido de la casación y subraya su condición propia como instrumento unificador de la interpretación y fiscalizador de la actividad interpretativa de los Tribunales. En otro aspecto, si en la casación civil puede tener el interés de parte cierta relevancia, en la penal predomina todavía más la condición publicística, que es predicable de la casación, sin adjetivos, por el hecho de que en los procesos de esa índole es el Estado quien somete al Tribunal sentenciador la pretensión punitiva, según las normas de un ordenamiento penal y procesal que no puede quebrantarse sin frustrar el fundamental designio perseguido.

4.º Otro tema, digno de ser considerado, dice relación a la posibilidad de extender la casación penal al llamado entre nosotros recurso en *interés de la Ley*, por cuanto en él, con entera abstracción de lo resuelto, y dejando intangible la sentencia de instancia, se trate sólo de restablecer la recta interpretación de la Ley, desconocida por una sentencia irrecurrible o que no fué recurrida.

El establecimiento de este recurso—no autorizado por las leyes españolas en materia criminal—, aparte de presentar serios inconvenientes, pugna con la constante intervención del Ministerio público en el proceso por delito, que le brinda permanente ocasión de defender la recta interpretación de la Ley, sin necesidad de acudir a ese remedio extraordinario que, en cierto modo, pone en entredicho, más que la cosa juzgada, la justicia de lo irrevocablemente resuelto; justicia y certeza luchan en ese caso ostensiblemente, y de la pugna entre ambas pueden derivarse dolorosas consecuencias. Limitada esa posibilidad por el derecho francés al supuesto de absolución del procesado (art. 409 del «Code d'Instruction Criminelle»), no deja de ser significativo que en la legislación italiana haya desaparecido el artículo 509 del antiguo Código procesal, que en determinadas condiciones lo autorizaba, siquiera fuese como un recurso de naturaleza «*sui generis*» que no se identificaba con el de casación, que subsiste.

La supresión, del mismo modo que el propósito de restablecerlo, no desconoce la significación de este recurso, concebido y trazado para el servicio único del interés público implicado en la casación. Significa sólo—y también importa hacerlo ver—que ese propósito puede cumplirse en la casación criminal por otros caminos, evitan-

do el propio tiempo el estrago de una declaración que, al tiempo de reconocer, paladina y públicamente, el error de interpretación padecido, no acude a la reparación del daño y deja con ello un sentimiento de insatisfacción en la comunidad.

Por tanto, no parece aconsejable la instauración de ese recurso extraordinario, y en este sentido—y sometiéndose al ajeno parecer—se pronuncia la ponencia.

5.º Otra cuestión interesante suscita la ordenación procesal del recurso, por la oposición entre los sistemas de casación que autorizan el reenvío y aquellos otros que, como el nuestro, facultan al Tribunal para que, pronunciada la sentencia de casación, dicte la que, corrigiendo la de instancia, deba tenerla en cuenta (art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su actual redacción).

Sin ánimo de contrariar las ajenas soluciones que tienen abolengo en el país que *creó* la casación y responden al inequívoco propósito de evitar que pueda convertirse en una tercera instancia, parécenos, sin embargo, preferible el sistema patrio, que permite al Tribunal de casación no ocupar el puesto del de instancia, sino traducir su propia decisión, correctiva de una interpretación viciosa de la Ley aplicable, en otra que, con respeto absoluto para los hechos establecidos, aprecie con exactitud su significación y su alcance. Sólo en el supuesto en que se aprecie un vicio *in procedendo* es posible la remisión al Tribunal *a quo*; pero en este caso, no sólo con declaración de nulidad de la sentencia dictada, sino del mismo proceso, a partir del momento en que la infracción procesal se produjo.

Y la mejor prueba de que esta tendencia y ordenación no son recusables, la suministra el hecho aleccionador de que, aun en los países que mantienen el reenvío, se admite la corrección y rectificación de la sentencia sin anulación, a cargo del mismo Tribunal (véase *ad exemplum*, el artículo 538 del Código Procesal italiano), y se autoriza una declaración de nulidad sin reenvío (art. 539), a condición de que se den los motivos especificados para acordarlo así, y, a veces, discrecionalmente, cuando estime superflua la devolución de la causa y entienda que debe proveer, dentro de su competencia, como sea necesario.

Bien puede afirmarse por eso que existe una tendencia favorable a soluciones que coinciden fundamentalmente con las españolas, a cuyo tenor, cuando sólo está en juego la interpretación de la norma jurídica, en el amplio sentido que aquel concepto tiene en casación, el Tribunal Supremo restablece por sí mismo el derecho perturbado y aplica a los hechos, no discutidos ni afectados por lo resuelto, el criterio que fluye de la estimación de los motivos de casación. En cambio, cuando se estiman infracciones procesales que pueden influir decisivamente en la aportación del material fáctico, el Tribunal restablece el imperio de la norma procesal infringida, y al hacerlo pronuncia la nulidad del proceso, que en ese caso

lleva consigo la de todos los actos realizados bajo el influjo decisivo de una trascendental irregularidad.

Las consideraciones que se dejan hechas muestran el criterio de la ponencia, al par que señalan la conveniencia de discutir ese punto procurando una concordancia de pareceres que acaso ofrezca escasas dificultades por la conformidad esencial de las soluciones que doctrinal y aun legislativamente se propugnan.

6.º Algunas otras cuestiones pueden plantearse en torno a la ordenación procesal del recurso, aunque, en parangón con las expuestas, tengan menor relevancia; así, por ejemplo, la relativa a la constitución del depósito, en garantía de una posible sanción pecuniaria para los supuestos de desestimación; la relacionada con el *modo* de intervención de los recurridos cuya voz, según nuestro sistema, no se oye hasta el momento de la vista y en una forma oral, que dificulta el profundo examen de sus argumentos frente a los de sus adversarios; y aun el sistema de trámites más adecuados para dar al recurso una agilidad de que en muchas ocasiones carece; pero estos temas, subalternos en cierto modo, ceden en trascendencia a los que dejamos apuntados, al menos para dejarlos formulados de un modo concreto, con indicación de sus posibles soluciones que, en cualquier caso, quedan sometidas al juicio, seguramente más certero, de los que con su aportación han de traernos provechosas sugerencias en torno a los problemas (los expuestos y otros) que la casación plantea.

# El auxilio judicial y policial en el ambiente hispánico y especialmente la reincidencia internacional

## SEGUNDA PONENCIA PARA EL I CONGRESO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO PENAL Y PENITENCIARIO

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho y Decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Valladolid

“Delictorum frequentia delinquentis incorregibilitatem denotat”,  
FARINACIUS, *Praxis*, qu. XXIII, n. 21.

“El cometido del Derecho penal está, pues, en eliminar el mal”  
(F. CARNELUTTI). *La Lucha del Derecho contra el mal*, en D. p. p.  
de Fenech, Ed. Labor, Barcelona, 1952. Pág. 33.

SUMARIO: I. *De la reincidencia*: 1. Consideraciones en torno al tema. Su justificación. 2. Supuesto real del problema. 3. Estimación de la reincidencia. 4. Clases de reincidencia. 5. Contenido y razones de agravación. 6. Naturaleza actual de la reincidencia.—II. *El auxilio judicial y policial en el ambiente hispánico y especialmente la reincidencia internacional*: 1. Fundamentos de una colaboración penal internacional. 2. Alcance de la noción de reincidencia. 3. Valor concedido a las sentencias penales extranjeras. 4. «Reincidencia internacional». Panorama legislativo, especialmente iberoamericano. 5. Formas de identificación de reincidentes. 6. Auxilio judicial. 7. El auxilio policial.

### I.—DE LA REINCIDENCIA

#### 1. *Consideraciones en torno al tema. Su justificación.*

A primera vista el tema de la actual ponencia queda inscrito en varios sectores del saber penal, entendido en sentido amplio. De una parte, penetra más de cerca en el capítulo de los procedimientos del Derecho penal internacional, en donde reñuyen aspectos de cuestiones sustantivas. Tampoco cabe olvidar que linda con

la Criminalística y, en cierto modo, padece la influencia criminológica y técnicojurídica. Así, pues, la acuñación del tema engendra cierta perplejidad, la cual intentaremos reducir, esquematizando el desarrollo del problema y hasta acercándolo más al confín de nuestra formación penalística.

Acaso la única satisfacción que nos depare el despliegue del meritado tema radique en que también entra en grandes proporciones la humanidad siempre sugerente del ser real. pues en la fundamentación personal de esta noción jurídicopenal de la *reincidencia* habrá de situarse, en primera línea, la posición especial del *reincidente*. De las razones surgidas de éste nace la justificación del tema, ya que damos por sentada, que impone un tratamiento represivo distinto del establecido para el delincuente primario. Y en inmediato enlace con esta individualización legal, judicial y penitenciaria, los Estados se ven obligados a incorporar reglas en sus ordenamientos punitivos con las cuales vigorizar la lucha entablada contra esta criminalidad.

Así, el tema se fragmenta en distintas perspectivas, aunque todas convergen en ésta: peculiar carácter de la norma incriminadora y singular actitud criminológica del *reincidente*.

De otro lado, aparte de los aspectos indicados, el tema obligaría, en principio, a exponer propuestas político-criminales, dirigidas a la reprensión y prevención contra esta delincuencia, al menos, en el plano internacional. Seremos bien parcós en razonar este-controvertido aspecto.

También nos vemos obligados a entresacar algunas dimensiones de la noción de *reincidencia*, con objeto de acometer de la mejor manera la cuestión que explanaremos en la segunda parte de esta ponencia. Aparte de que existen dos razones, por las cuales detendremos nuestra mirada en esta institución: una, porque se presta a una revalorización en referencia con el pensar penal de nuestros días. Otra, porque ofrece un vivo atractivo por su doble vertiente penal y criminológica.

Con esto no queremos apartarnos del problema, ya que destinamos la primera parte al desarrollo resumido de la *reincidencia*; en tanto que la segunda va referida concretamente al enunciado del tema.

Pecaríamos de ingenuos si intentáramos rodearnos de argumentos para convencer de un hecho que está prendido en la vida histórica del mundo actual, el cual consiste en que por nadie es desconocida la alarmente proporción de *reincidentes*. Cualquier exploración cuantitativa a este respecto nos descubre que un tanto por ciento considerable de delincuentes *son reincidentes*. Hasta más de un 15 por 100 de una masa criminal son delincuentes precoces que denotan una cierta disposición delictiva, entendiéndose este término en el sentido en que hoy se emplea dentro del conocimiento criminológico. El resto de la delincuencia pregona su procedencia exógena. Estas cifras son alteradas por unos y otros autores.

dependiendo en parte de la preferencia biológica o sociológica en cuanto a la comprensión etiológica del suceso criminal (1).

De lo que no cabe duda alguna es que tanto la criminalidad precoz como la *reincidencia* son dos apariciones sociales que revelan determinadas disposiciones criminógenas en diferentes estadios del desarrollo de la personalidad y que el 25 por 100 de los precoces son reabsorbidos por la curva de los *reincidentes*, lo cual indica la falta de resocialización de las medidas empleadas (2).

No necesitamos abundar en más detalles para llegar a la consecuencia que la figura del *reincidente* adquiere una concreta y específica realidad criminológica y que forma parte en proporciones abultadas de la estadística criminal. Señalada su existencia, que en buena parte delata el inadecuado tratamiento del aparato represivo, como ya lo entendió CARRARA, se infiere un postulado por demás aleccionador para una buena política criminal, a saber: su evidente *peligrosidad*.

Si su recaída en el camino del delito evidencia su dureza ética, la falta reeducativa, su cómoda recepción a las influencias viciosas del mundo circundante, su especial disposición electiva para los actos delictivos, y la debilidad de carácter y su tornadizo criterio, bueno será pensar, en consecuencia, que un sujeto de tamaño naturaleza buscará en su caletre la manera de hurtar el descubrimiento de su conducta delictiva, echando mano de cualquier medio que le depare escapar a la acción de la justicia (3).

(1) V. ERWIC FREY: *Reform de Massnahmenrechts gegen Frühkriminelle*. Verlag. f. R. u. Basel, 1951, pág. 1. Igualmente del mismo autor: *Der frühkriminelle Rückfallsverbrecher*. Verlag. f. R. u. G. Basel, 1951, especialmente los capítulos 3 y 4 de la parte 1.ª, págs. 54 y sigs.

Para H. VON HENTING, por ejemplo, sólo el 5 por 100 de los criminales son de origen endógeno Véase *Criminología. Causas y Condiciones del delito*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948, págs. 123-124.

(2) V. FREY, obra cit. primeramente, pág. 1. Respecto a las medidas contra los reincidentes, véase G. DELITALA: *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, en «Riv. it. di Dir. pen.», 1950, pág. 162.

(3) Respecto al diseño psicológico, véanse, entre otras obras las siguientes: G. TARDE: *La Criminalidad comparada*, La España Moderna, Madrid, 2.ª edición (s. f.), págs. 110-111. «La reincidencia, en efecto, nace de la tendencia a contraer hábitos, a copiarse a sí mismo...». R. SALEILLES: *Individualización de la pena*, Ed. Reus, Madrid, 1914, págs. 52 y sigs. F. EXNER: *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*. Traduc., notas y prólogo por J. DEL ROSAL. Ed. Bosch. Barcelona, 1946, págs. 236, 238, 415 y otras más, «la volubilidad, que es signo de carácter más destacado en la mayor parte de los delincuentes reincidentes graves y que se reconoce en los intentos de delito...» (pág. 447). E. ALTAVILLA: *Abituale e Professionali delinquenti*, en *Dizionario de Criminologia*, vol. I, Vallardi Milano, 1943, considera la reincidencia como una circunstancia subjetiva inherente a la persona del culpable, pág. 1. N. VERATTI: *Antisociali e Asociali*, en la misma obra, págs. 48-53, Fr. A. GEMELLI: *La personalità del delinquenti nei suoi fondamenti biologici e psicologici*. Second. ediz. Milano. Giuffrè, 1948, páginas 305 y siguientes. Si subsisten los presupuestos de la pena, si la pena se demuestra ineficaz a causa de la *maldad del ánimo*, de la crueldad de las costumbres, es necesario adoptar tales medidas que tengan eficacia de reeducar al delincuente y de recolocarle en la vida social como elemento útil de ella (pág. 305). W. SAUER: *Kriminologie*, W. de Gruyter, Berlín, 1950, pág. 55. E. FREY: *Der*

El *reincidente* nos descubre, en parte, un tipo asocial, propenso a vivir al margen de la convivencia humana y amigo de la treta o aventura que le sitúe por fuera de la órbita legal (4). Y en un mundo que ha achicado las distancias mediante los ya fabulosos medios de comunicación, nada de particular tiene que el *reincidente* intente aprovecharse de éste, trasladándose de uno a otro país, para no sólo huir de la persecución policiaca, sino todavía mejor, para aparecer en el nuevo pueblo como un sujeto inédito en la historia del crimen. Del *reincidente*, andando en su carrera delictiva, nacerá el tipo habitual, y un paso más allá dará vida al profesional, que representa la más alta categoría de la escala del hampa criminal (4 bis).

Ante un criminal de esta clase, el Estado se encuentra desarraigado, una vez que ha traspasado sus fronteras, ya que la lentitud de los procedimientos utilizados entre Estados facilita la fuga al nuevo Estado y a la postre la persecución terminará cansada en tanto peregrinaje, mientras que el delincuente hallará en la sombra de la insobornable soberanía estatal la mejor prenda de la inutilidad práctica de la lucha contra la delincuencia.

El problema viene de lejos. Y ya COVARRUBIAS sostuvo el principio de la jurisdicción universal, con objeto de atajar los males sin cuento del llamado principio de territorialidad (5).

## 2. Supuesto real del problema.

Se vino señalando por diversos autores el aumento de la delincuencia reincidente. También F. VON LISZT acentuó la realidad fenoménica de este problema (6). Y así constituyó, en unión de la

---

*Frümkriminelle*, obra cit., págs. 71 y otras; V. V. STANCIU: *La thérapeutique des antisociaux récidivistes*, en «Riv. di Difesa Sociale», 1949, págs. 117-129.

(4) V. PAUL REIWALD: *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*. Pan-Verlag. Zurich, 1948, pág. 9. Desea descartar el término «delincuente», reemplazándolo por el de «asocial».

Recientemente, *Los Asociales*, de R. GOEBELS. Traduc., notas y prólogo del Dr. A. LINARES MAZA. Ed. Morata. Madrid, 1952.

(4 bis) Véase *Actes. Douzième Congrès Pénal et Penitentiaire International. La Haya*, 14-19 Aout 1950, Berne, 1951, principalmente la ponencia del Prof. BELEZA DOS SANTOS, concerniente al tratamiento del delincuente habitual, pág. 155. en la primera de las conclusiones se mantiene acertadamente la tesis de que las disposiciones penales sobre la reincidencia no son suficientes para una lucha eficaz contra la delincuencia habitual.

También pág. 237, y para la discusión, págs. 156 y sigs.

(5) V. D. COVARRUBIAS: *De la extradición y otros problemas*. Traducción directa del latín por los que fueron discípulos de nuestra cátedra B. SANZ GARCÍA y B. BACHILLER OCHOA, en «Revista de Estudios Penales», tomo II, Valladolid. Curso 1944-45, págs. 289 y sigs. H. D. DE VABRES: *Introduction a l'étude du Droit pénal international*. Sirey, Paris, 1922, pág. 183, apuntando el profesor parisino que se trata del primer partidario de la «extraterritorialidad absoluta».

(6) Aparte de los autores citados, téngase en cuenta la voluminosa y bien construida monografía de G. MATTEOTTI: *La Recidiva. Saggio di revisione critica*

delincuencia juvenil, una de las graves cuestiones con las que se encontró el movimiento codificador, orientado en las ideas político-criminales, iniciado al término de la anterior guerra del año 1914 (7).

A pesar de la susodicha dirección doctrinal, tan fecunda en Proyectos y Códigos penales europeos y americanos, montados la mayoría de ellos, en un criterio ecléctico, de ideas clásicas y positivistas, no se puso remedio en la medida que se deseara al aumento de la criminalidad.

El especial cultivo de temas carcelarios, el nacimiento del llamado Derecho penitenciario, la celebración de Congresos de esta índole, la modernización de las prisiones, la adopción de nuevos tratamientos y la entrada legal y aplicación de las medidas de seguridad y prevención pregona a las claras la preocupación por dar con un sistema represivo, de prevención especial, contra la multi-forme expresión de las conductas delictivas y las variadas tipologías de delincuentes.

Aquella dedicación a la clasificación de los delincuentes y la puesta en práctica, al modo de las ciencias biológicas, que intentara operar sobre el hombre delincuente y no sobre el delito, condujo a un cambio de rumbo en el planteamiento del problema criminal. En virtud de la explicación empírica del delito, buscando la raíz del mismo en factores exógenos o endógenos, el sistema de amenazas penales experimenta una tremenda conmoción, pues de ahora en adelante aquella angustia por equilibrar la pena al daño producido se trueca en un aparato más preventivo que represivo, más individualizado al delincuente que a la acción perpetrada, más dirigido contra las causas desencadenantes del hecho penal que contra el acto mismo. En suma, el punto de referencia para la medición de la sanción se buscó más en un estado personal del delincuente que en la conducta expresada. Con ello pudo adquirir vigencia legislativa y encrespada polémica la medida de seguridad y prevención al lado de la pena, estimada como viejo bastión de la ideología clásica (8).

---

*con dati statistici*. Milano-Torino-Roma-Bocca, 1910: que la reincidencia aumenta es hoy una noción vulgar, mientras existen dudas y discusiones en torno a las causas del aumento de la delincuencia en general, en lo tocante a su aumento reina acuerdo (pág. 45). En el mismo sentido, SALELLES, obra cit., pág. 98. Recientemente, R. GRASSBERGER: *Die Lösung kriminalpolitischer Probleme durch die mechanische Statistik*. Wien Springer, 1946, ha realizado un interesante estudio acerca de los reincidentes, de su peligrosidad y de la repartición dentro de la población criminal y de las razones de aquéllas, extraídas de los datos estadísticos. Véase págs. 104 y sigs.

(7) Véanse, entre otras obras, H. DANNENBERG: *Liberalismus und strafrecht im 19. Jahrhundert unter Zugrundelegung der Lehren Karl Georg v. Waechters*. Berlin, W. de Gruyter, 1925, principalmente, págs. 55 y sigs.; E. SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsfleige*. Zweite Aufl. Göttingen, 1951, págs. 350 y sigs.

(8) De subido interés, el estudio de F. GRISPIGNI, en que abundando en sus ideas penales, de corte neopositivista, indica que el rumbo moderno de los estudios y de la legislación mira más de cerca a los postulados de la escuela positiva.



La incorporación al seno del Derecho penal y de las normas de parte de los hallazgos criminológicos puso en manos del penalista, dedicado a interpretar las leyes, y en las del legislador, una serie de nociones que en adelante van a formar parte del mundo de sus saberes. Y así, las leyes penales, en general, darán cabida a vocablos, términos, instituciones y orientaciones las más de las veces dirigidas a combatir de modo eficaz la delincuencia, pues el dispositivo de trabajo del criminológico—profunda comprensión del acontecimiento delictivo como hecho individual y social—servirá tanto al legislador cuanto a los llamados a juzgar y aplicar los mandatos penales para realizar una labor de individualización del precepto, que en última instancia habrá de traducirse en una mejor lucha contra la plaga criminal.

Tanto la pena cuanto la dirección doctrinal de un buen número de años serán encauzados con vista a la finalidad de lograr una más eficiente extirpación de la criminalidad. Y de entre ese cúmulo de disertaciones penales y criminológicas nos quedan unas cuantas adquisiciones de perdurable permanencia, tales como, sin ir más lejos, por ejemplo, la división entre delincuentes primarios y habituales, la del delincuente momentáneo, de LISZT, la realidad innegable del supuesto antropológico de nuestro pensamiento, esto es, la viva actualidad siempre perenne del hombre por encima de la misma conducta, y la comprensión de ésta en conexión con aquél, y por no ser más explícito, la categoría, por desgracia afirmada en la vida del tipo delincuente llamado *reincidente* en sentido amplio que tanto criminológica como penalísticamente goza de una sustantividad propia como para tener puesto aparte en la Ley y en el ámbito de los hechos reales.

La debilidad y flaqueza de la naturaleza humana, propia a recaer cuando a penas se ha levantado, configura en la órbita punitiva del tipo del *reincidente*, que despierta numerosas sugerencias, enjuiciado desde los diversos planos de nuestra disciplina.

### 3. *Estimación de la reincidencia.*

¿Qué es y qué representa la «reincidencia» que se nos ofrece a largo tiempo como una cuestión insoluble de toda buena política criminal? Como primera providencia cabe decir a la vista de la misma que nos descubre dos vertientes: una, *teórica*: otra, *práctica*. La primera entraña, claro está, las dificultades propias de toda noción jurídicopenal, esto es, su modelación específica en cuanto a los elementos que la configura. La segunda nos revela

---

Véase *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, en La Scuola Positiva. Milano, Giuffré, 1950, págs. 349-377; también los dos estudios de G. DELITALA: *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale y Prevenzione e repressione nella riforma penale* en «Riv. it. di Dir. pen.», 1950, págs. 160-181, 699-714, principalmente la pág. 707 para los reincidentes.

la escasa eficacia de una política criminal, puesto que el «reincidente» proclama a los cuatro vientos la ineficacia, en la mayoría de los casos, de un sistema de penas y medidas de seguridad, si bien no se olvide que en la «recaída» en el delito juegan factores de las más diversas clases (9). Veamos ligeramente el primero de los aspectos en sus diferentes manifestaciones en la Legislación positiva. Para ello bueno será salir al encuentro del concepto de la *reincidencia*, siquiera después expliquemos en qué consiste, en verdad, esta agravante generalmente aceptada en las más distintas legislaciones penales.

Poco se dice, efectivamente, si buscamos el *quid* del concepto en su significación semántica. *Reincidencia* no es otra cosa que volver a incidir, caer nuevamente en la misma o parecida falta u error (10). Con esto no esclarecemos absolutamente nada, sino que se comprueba un hecho real; la existencia de un nuevo delito, cometido por quien ya anteriormente perpetró otro. La cuestión cambia de cariz cuando preguntamos al concepto vista la situación efectiva del *reincidente*: ¿por qué ha recaído en el delito? ¿Cómo ha vuelto al camino delictivo, después de haber padecido las consecuencias del mismo? ¿Existe una explicación por fuera de la persona, instada en causas exógenas, o antes bien, el *reincidente* se nos aparece como un tipo especial criminológico? He aquí realmente una parte de la completa temática de este bifronte concepto. Aquí sólo vamos a explanar algunos aspectos de la llamada *reincidencia*, vieja agravante que expresa más aún de lo que comúnmente se ha creído.

#### 4. Clases de reincidencia.

Damos por sabida su antigüedad, pues ya andaba en el Derecho penal romano y en otros derechos (11). Y casi pudiera decirse que en buena parte ha conservado las mismas paredes y exacto funcionamiento. Las variedades de la *reincidencia* son numerosas. Así, por ejemplo, se habla de una *reincidencia genérica* si el culpable realiza un distinto delito del primero, y *específica* si es de clase análoga. También tenemos la *reincidencia propia* e *impropia*. La

(9) Véase, por de pronto, la espléndida obra de F. EXNER: *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*. Traduc., prólogo y notas por JUAN DEL ROSAL. Editorial Bosch, Barcelona, 1946. La tercera edición aparecida después del fallecimiento del autor, V. F. EXNER, *Kriminologie*. Berlín, Springer, 1949.

(10) La palabra, según exponen los tratadistas, proviene de *recidire, recaer*, V. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, octava ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 464.

Se trata de una modesta nota. Por esto nos abstenemos de hacer una incursión históricocrítica del concepto. Véanse para ello, STEFANO RICCIO: *Recidiva (Abitualità, professionalità, tendenza a delinquere)* en Nuovo Digesto Italiano. XI. Torino, págs. 5-48. Igualmente, V. MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. II, 1950, págs. 667-703.

(11) Véanse principalmente los estudios últimamente mencionados.

primera, cuando se comete un nuevo delito después de cumplida la pena en toda su extensión; la segunda, basta y sobra con la ya recaída en el delito una vez pronunciada la sentencia anterior. Por lo general, como viene a decir BERNALDO DE QUIRÓS, a partir de la segunda mitad del siglo XIX se pasa de la *reincidencia propia a la impropia* (12). CARRARA nos dijo a este respecto que podían verificarse cuatro diversas combinaciones: 1.ª *Reincidencia verdadera y propia*; 2.ª *Reincidencia ficta e impropia*; 3.ª *Reincidencia propia y ficta*; 4.ª *Reincidencia verdadera, pero impropia*. La ficta es cuando delinque la persona después de la condena; en tanto que la verdadera, después de haber expiado la pena.

No falta quien nos exponga tres formas de *reincidencia*: *simple, agravada y reiterada*. Se entiende *simple* cuando se comete un nuevo delito después de haber sufrido la condena por otro. La *agravada* existe: a) Cuando el nuevo delito es de la misma índole; b) Si el nuevo delito ha sido realizado en los cinco de la condena precedente; c) Cuando el nuevo delito ha sido perpetrado durante o después de la ejecución de la pena o bien durante el tiempo en el cual el condenado se ha sustraído voluntariamente al cumplimiento de la pena. Y la *reiterada*, si el nuevo delito es ejecutado por el que ya es reincidente (13).

Por lo que toca al Código penal español, son dos las formas en que aparece, dentro del grupo de las agravantes, *números catorce y quince del artículo 10; reiteración y reincidencia* (14).

(12) El sentido original de la *reincidencia* es, entonces, muy limitado: aquello que entre los tratadistas se conoce con el nombre de *reincidencia propia*, es decir, la recaída en un delito, no simplemente después de impuesta la pena, sino de cumplida en toda su intensidad, esto es, después de haber sentido, sin consecuencia, el efecto intimidativo de la pena.

Así están las cosas al principio. Pero entre tanto aparece la Estadística, se generalizan sus servicios y el método estadístico comienza a aplicarse al estudio del movimiento de la criminalidad. En todas partes se comienza a notar el incremento continuo de las transformaciones que el delito sufre en las sociedades modernas. Entonces ante la necesidad de la defensa social se hace preciso ampliar el concepto de la *reincidencia*, elaborando otra noción más amplia; y he aquí cómo, después de la segunda mitad del siglo XIX, en todas las Legislaciones se va pasando del sistema de la *reincidencia propia*, que exige el cumplimiento de la condena del primer delito, al sistema de la *reincidencia impropia*, en que basta la recaída en el delito después de haberse pronunciado meramente la sentencia, aunque la pena no se haya cumplido, ni en todo ni en parte. Este es el concepto que ha sobrevivido hasta los tiempos en que nos encontramos. V. C. BERNALDO DE QUIRÓS: *Lecciones de legislación penal comparada*. Ed. Montalvo. Ciudad Trujillo, 1944, págs. 150 y sigs. Entre otras obras españolas, véase P. ARMENGOL Y CORNET: *La reincidencia*. Barcelona, 1873, el cual acepta la denominación de «reincidentes» para «los que habiendo extinguido o extinguiendo una pena en virtud de ejecutoria cometen un delito de la misma especie, relapsos a los que con iguales circunstancias cometen delitos de distinta naturaleza» (págs. 19-20).

(13) V. F. ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale*. Miláno, Giuffré, 1947, págs. 344 y sigs.

(14) Para un examen más detallado, véanse, entre otras, las siguientes: I. GREGORE: *Recliviva e Abitualità nella dottrina e nella Legge*. Athenacum. Roma, MCMXXIII; MANZINI: *La recliviva nella Sociologia, nella Legislazione*

## 5. Contenido y razones de agravación.

El problema de la significación técnicojurídica de la *reincidencia* se plantea ya en CARRARA con cierto rigor. Recoge dos direcciones: agravación de la imputación o de la pena. Y sabida es la respuesta que espetó a la primera: «non doversi punire la *malvagità dell'uomo*, mala *malvagità dell'azione*, se non vuolsi confondere l'ufficio del legislatore penale con quello del moralista» (15). Para él la *reincidencia* delata la insuficiencia relativa de la pena a la sensibilidad del hombre (16).

La pregunta, pues, que debiera hacerse aquí es la siguiente: ¿En virtud de qué razones se aumenta la pena al *reincidente*? Todavía más concreto: ¿Cuál es la naturaleza jurídico-penal de la agravación? Las respuestas son tan diversas, que nos alejaría del reducido límite que nos hemos impuesto. Baste con sólo enunciarlas. Tres son las grandes corrientes en las que cabría encuadrar las dispares opiniones: a), la objetiva; b), la subjetiva, y c), la personalista (17).

Ahora bien, supuesta la condición de agravante, ¿en qué carácter penal incide la agravación? Si por vía de ejemplo contestáramos a esta pregunta con la vista puesta en las distintas teorías, cabría señalar las siguientes si la agravación radica o en el delito, en la pena o en la imputabilidad, ora en la responsabilidad. De suerte que unida a estas diferentes fundamentaciones de agravación, el volumen de teorías se aumenta y polariza igualmente en

nella *Scienza del Diritto Penale*, 1899; ZAPULLI: *Le recidiva nell nuovo code penale*, en «*Riv. pen.*», 1931; CAIAZZO: *La recidiva*, 1942; L. ANDRE: *La recidiva*, Paris, 1892; P. CANNAT: *Nos freres les recidivistes. Esquisse d'une politique criminelle fondée sur le reclassement ou l'elimination des delinquants*. R. Sirey, Paris (s. f.). Cfr. esta obra para la bibliografía sobre el tema, principalmente la francesa. Ya modernamente y en una compleja visión técnico-penal de la significación de la reincidencia, véase RENATO DELL'ANDRO: *La recidiva della teoria della norma penale*. G. Priulla, Editore. Palermo, 1950, de cuya obra ya nos ocupamos en otro lugar.

(15) V. F. CARRARA: *Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. II. Prato, 1878, pág. 129.

(16) V. F. CARRARA: *Opus, cit.*, pág. 133. Igualmente del mismo autor. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Parte General, vol. II. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944, págs. 117-118.

(17) Para una aguda exposición de estas tres corrientes de opinión, véase RENATO DELL'ANDRO: *La Recidiva nella teoria della norma penale*. Priulla, Ed. Palermo, 1950, principalmente págs. 41 y sigs. También S. RICCIO, est. cit., págs. 10 y sigs. Recuérdese en referencia a la agravación la resolución votada en el Congreso de Paris, 30 de junio a 9 de julio de 1895, en *Bulletin de la Comm. Penit. Intern.*, Berne, 1926, pág. 52, y la posterior discusión en el reciente Congreso de La Haya, que citamos más adelante, concerniente a los delincuentes habituales.

Para una exposición detallada, tanto de las causas como de los delitos y de la polémica doctrinal, todavía conserva vigencia la extensa obra monográfica de G. MATTEOTTI: *La Recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*. Milano. Boccá, Ed., 1910.

torno al grupo de autores que propugnan por su abolición o los que se inclinan por la naturaleza agravatoria (18).

Nótese cómo resplandece de modo nítido la tesis en la escuela clásica de un Derecho penal fundamentado estrictamente en la acción y cuya estimativa penal se ejerce sobre la conducta objetiva y el daño realizado. Sobre estos extremos nos hemos pronunciado ampliamente (19). Así, no tiene nada de extraño que la *reincidencia* en el sistema carrariano viniera a ser algo así como un cuerpo extraño, pues era inexplicable que se aumentara la pena por un delito que el *reincidente* ya había liquidado con la Justicia penal (20). Y es que en la nomenclatura clásica no existió suficiente espacio para la presencia del ser real, por lo mismo que la bóveda de su especulación está apoyada en el quicio de la acción exterior realizada. Así, pues, ¿cómo va a explicarnos CARRARA la razón de agravación de la *reincidencia*? Nada más sencillo. Hace incidir el aumento de la pena no en una mayor presunción de perversidad, sino en la insuficiencia de la pena. «De manera que la única razón aceptable para aumentar la pena al reincidente está en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, insuficiencia demostrada por el mismo reo con su propio hecho, esto es, con la prueba positiva que emerge de su desprecio por la primera pena» (21). De este modo tan sencillo CARRARA trasplanta el acento valorativo de la imputación a la pena, con lo que burla la naturaleza psicológica de esta agravante y se le va de entre los dedos la humana realidad del delincuente. He ahí cómo el genial maestro de Pisa sacude a la *reincidencia* de todo carácter subjetivo para ver tan sólo en ella el fracaso de una política penal. Pero por más tierra que eche encima en los propios párrafos que anteriormente hemos transcrito, despunta, aun sin quererlo, el *reincidente*, como un tipo delincuente de claros contornos, ya que en él subraya «aquella naturaleza excepcionalmente insensible». Poco esfuerzo habrá de hacer posteriormente la escuela positiva, cuando tire del mismo y le sitúe en el primer plano de la tipología de delincuentes.

(18) Véase para la exposición teórica la obra cit. de R. DELL'ANDRO, así como también la acabada de citar de MATTEOTTI.

(19) V. JUAN DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*, tomo I. Valladolid, Librería Lara, 1945. Y de modo especialísimo en nuestra obra *La personalidad del delincuente en la técnica penal*. Publicaciones de los Seminarios de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, año 1949.

(20) R. DELL'ANDRO señala que no es extraña la *reincidencia* en un sistema de corte expiacionista. Véase obra cit. supra, págs. 65 y sigs.

(21) V. F. CARRARA, obra cit., supra, pág. 119. Hay presunta insuficiencia relativa de la fuerza física objetiva de la pena y causa de la insensibilidad que aquél muestra para el mal sufrido (pág. 121).

«Es una modificación en el cálculo de la cantidad relativa de la pena, y nada más. La recaída después de la pena nuestra (lo diré con la bellísima fórmula de ELLERO), que la ordinaria, si bien es suficiente para el común de los hombres, sea como pena, sea como defensa, no es suficiente ni como pena ni como defensa directa, frente a aquella naturaleza excepcionalmente insensible. Cualquier otro modo de fundamentar la agravante de la *reincidencia* es arbitraria y falaz (pág. 122).

Por contraposición a la postura clásica, la escuela positiva ve a las primeras de cambio en la *reincidencia* un delincuente de especiales características, en cuyo tipo radica una manifiesta peligrosidad. Hasta el extremo que LOMBROSO halla en la *reincidencia* el sello jurídico del carácter antropológico (22). Y por esto reclama un mejor dispositivo de defensa. Posteriormente, y en prueba a la influencia de las tendencias modernas, se acepta por la mayoría de los autores que en la *reincidencia*, más que la apreciación del delito cometido, interesa destacar la personalidad del *reincidente*, incluyéndola dentro del grupo de los sujetos socialmente peligrosos (23). La agravación, por tanto, parece que no debiera venir deducida del nuevo delito cometido, sino antes bien, de la naturaleza peligrosa que nos revela el delincuente al recaer una y otra vez en las mallas del delito. Es decir, que no se trata de una ineficacia del efecto intimidante y educativo de la pena, sino antes bien, de una especial disposición que hace inocua la sanción penal. Ahora la pregunta va flechada al origen de la insuficiencia de la medida penal y no como la dirigió CARRARA, a las consecuencias. En vez de hallarnos ante el *reincidente* en un caso de fracaso del sistema de penas, en nuestros días la pregunta se explana de otra manera: ¿por qué ha sido ineficaz la pena?, ¿cómo vuelve al delito una vez padecida la pena? Y, naturalmente, la respuesta habrá que buscarla en la personalidad del *reincidente*, verdadera clave de esta recaída, o al menos sobre ella reobran las constelaciones del mundo circundante de este sujeto (24).

## 6. *Naturaleza actual de la reincidencia.*

La construcción penal clásica hubo de admitir de mala gana la *reincidencia*, puesto que ésta desvirtuaba en buena parte el cincelado edificio de su objetivismo claramente expresado a lo largo de su especulación penal. Después, la herencia clásica fué reavivada por el impetuoso brío de las modernas generaciones, formadas

(22) V. C. B. DE QUIRÓS, obra cit., pág. 151.

(23) Así decía el Proyecto preliminar del Código penal para los delitos en su artículo 24: Cualquiera que después de una sentencia definitiva dada en el Reino o en el extranjero comete otro delito que lleva una sanción distinta de la segregación, será condenado a la sanción establecida para el mismo delito, por una duración que exceda de la mitad entre el minimum y el maximum.

Si el nuevo delito lleva la sanción de la segregación simple o rigurosa, el minimum de la sanción será aumentado en un tercio.

La multa será aplicada en una medida no inferior al duplo. V. ENRICO FERRI: *Proyecto preliminar del Código penal para Italia*. Traduc. y estudio por C. JIMÉNEZ, epílogo Prof. SALDAÑA. Ed. Góngora, Madrid, 1925; igualmente GREGORI, obra citada, supra, pág. 161. E. FERRI: *Principios de Derecho criminal*. Ed. Reus. Madrid, 1933, pág. 631; véase igualmente el estudio de RICCIO, ya citado, págs. 10 y sigs.; E. CUELLO CALÓN, obra cit., pág. 465.

(24) Véase fundamentalmente la obra DELL'ANDRO, en la que se mantiene la tesis de una especial tendencia culpable.

bajo la inmensa proyección y preocupación del tema del delincuente. Y ahora, en el dintel de nuestro tiempo, se ha pretendido nada menos que tender un puente de enlace entre el delito y el delincuente, sin perder ambos su distinta configuración metódica y sistemática (25). La reciente técnica penal italiana, llevada en este punto por la dogmática privada, ha desvelado un tema por demás interesante. Se trata de saber si como, en efecto, se habla de «capacidad» entre los privatistas, en la disciplina penal es posible emplear la designación de «capacidad para delinquir» de «tendencia al crimen» y otras muchas más (26). La novedad consiste en que actualmente esta designación ha sido dotada de un alto contenido técnicocriminológico, enclavándola dentro del sistema penal, sobre todo por parte de los italianos, como fruto de los preceptos del Código penal de Rocco (27).

De resultas de la expresada mención a los tipos delictivos y del apartado dedicado en el ordenamiento punitivo vigente italiano, los penalistas de este país inscriben la *reincidencia* en el amplio marco de la «capacidad criminal», comprensiva a la vez de otras facetas referidas a aquélla (28). Valga de ejemplo: la peligrosidad, la discutida cuestión de la comprobación de la «capacidad criminal», la habitualidad criminal y otras (29).

(25) V. J. DEL ROSAL, obra cit., supra. La preocupación por el tema del delincuente, tanto en el área de la técnica y dogmática penales cuanto en el aspecto práctico, es una de las más atrayentes cuestiones de la doctrina y congresos penales. Resultaría interminable citar obras al respecto. Baste, por vía de ejemplo, recordar el temario de los últimos Congresos de Criminología y Derecho penal y la reunión de estudios a propuesta de la O. N. U. Recuérdese XII Congrès penal et Penitentiaire international, La Haye, du 14 au 19 Aout 1950, en «Revue de D. p. et de Crim.», Bruxelles, 1950, págs. 518 y sigs.; II Congrès international de Criminologie, en la misma Revista, págs. 763 y siguientes; *Cycle d'étude européen organisé par les Nations-Unies*, en la misma Revista, año 1952, págs. 625 y sigs.

(26) V. Q. SALDAÑA: *Nueva criminología*. Ed. Aguilar. Madrid, 1946, páginas 102, 103 y sigs.

(27) Véase la obra cit. de Rev. P. A. GEMELLI, págs. 281 y sigs.; ídem: *La Criminologia e il diritto penale* en «La Scuola Positiva». Milano, 1951, páginas 5-33.

(28) V. F. ANTOLISEI, obra cit., supra, pág. 333. De entre la bibliografía cabe citar: ANTOLISEI: *La capacità a delinquere*, en «Riv. it.», 1934; BERENINI: *Capacità a delinquere e pericolosità criminale*, en «Il pensiero giuridicopenale», 1933; BELLAVISTA: *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, 1939; NUVOLONE: *La capacità a delinquere nel sistema del Diritto penale*, 1942; CASALINUOVO: *La capacità nella teoria del reato e della pericolosità*, 1943. Y, sobre todo, la monografía de ALDO MORO: *La capacità giuridica penale*. Cedam Padova, 1939.

(29) Este criterio es seguido, entre otros, por el agudo penalista italiano ANTOLISEI en su precioso *Manuale*.

Para un examen detallado y de suma valía del artículo 133 del Código penal italiano, véase la obra ya cit. de G. BELLAVISTA: *Il Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, sobre todo el capítulo segundo, págs. 53 y sigs.

Este comentadísimo precepto del cuerpo punitivo italiano ofrece anchuroso margen para una sugestiva interpretación penal y criminológica como para el ejercicio del llamado arbitrio judicial. Acaso sea el precepto en donde de forma

A la vista de las anteriores consideraciones no cabe duda, que la *reincidencia* es contemplada como una circunstancia agravante de naturaleza psicológica, referida de modo más inmediato a la persona que al delito anteriormente cometido. En otro caso, el segundo de los delitos perpetrado por el que entonces adquiere el denigrante calificativo de *reincidente*, es un claro síntoma de una personalidad singularísima, en quien no han causado mella alguna las herramientas de las sanciones penales. Precisamente la ineficacia de la pena nos lleva como de la mano a remontarnos a la persona delincuente. De suerte que ya no resulta extraño que surja la pregunta siguiente: ¿No es posible que este fracaso nos sitúe de frente a una individualidad especial? ¿No es hacedero hablar de *reincidente* y no de *reincidencia*? Más que una circunstancia agravante sería mejor decir que ésta confiere rango concreto y especialísimo al individuo a quien se aplica. ¿No cabría hablar aquí que la *reincidencia* historiza, por decirlo así, un tipo determinado de delinquentes? Y es que por más vueltas que se le dé es indudable, como expone Antolisei, que «la razón justificativa del aumento de la pena en caso de reincidencia debe verse en el hecho de que la recaída en el delito demuestra una voluntad persistente en el delinquir y, por esto, una mayor capacidad criminal. El reincidente es punido más gravemente a causa de su notable inclinación al delito; porque su comportamiento autoriza a tener el temor de ulteriores delitos en el porvenir» (30).

Lo mismo que otras instituciones penales, la *reincidencia* ha padecido la revisión de las «nuevas generaciones». Y hoy se presenta con una naturaleza y modalidades de bien distinto cariz de la que tuvo en la época de la escuela clásica. Por entonces fué una causa agravante en razón a la inutilidad de la pena. Actualmente se ve su esencia justamente en la consideración de la personalidad que nos descubre la «recaída» en el delito. Nada de particular tiene este desplazamiento si se piensa en el adelanto de las ciencias causales-explicativas y si, además, se tiene presente la indagación criminológica que posteriormente al reinado de las ideas clásicas se hace de los acontecimientos delictivos. De suerte que el fundamento genuinamente penal de la agravación de la *reincidencia* habrá de verse más que en la mayor alarma o perturbación social en que el *reincidente* nos muestra una más elevada culpabilidad; es decir el individuo ha despreciado con su «recaída» ese reproche que el ordenamiento jurídico-penal ejercita en nombre y representación

---

más sobresaliente haya querido reflejar el legislador las conquistas criminológicas y penales más de esta hora. Sobre la significación del mismo existe una copiosa literatura penal italiana. Véase, entre otras muchas, el interesante libro del Rev. Fray A. GEMELLI, ya citado. Milano. Giuffré, 1946. De especial interés el capítulo décimo. Más concretamente, la pág. 292 y sigs. V. Seconda Ediz., año 1948, la misma página, por lo que concierne a la «capacidad para delinquir», véase pág. 294 en ambas ediciones.

(30) V. F. ANTOLISEI: *Manuale*, obra cit., pág. 345; 2.<sup>a</sup> ediz., 1949, pág. 357



de una comunidad política. La razón de agravación incide en la culpabilidad. Y la subida de la pena, por tanto, como sostienen varios autores, realiza ya una función de prevención especial, al prescribir los preceptos positivos una pena agravada, en base al carácter de mayor peligrosidad, llegándose, como se sabe, a la declaración de «peligrosidad» y a la aplicación de especiales medidas de seguridad y prevención. Se quiebra, en una palabra, la ecuación culpabilidad-penalidad, puesto que se pune por más de lo que se ha hecho. Esto es: la sanción no va proporcionada al daño causado, sino que se tiene en cuenta algo más, consistente en que la sanción se adecua a un modo especial de ser o comportarse, con lo que dicho se está que se esfuman los llamados principios del llamado Derecho penal de hecho o de resultado para abocar en los del llamado Derecho penal de autor (31). Por esto la pena no está determinada en conexión inmediata con el daño producido, sino que se aplica en su doble vertiente de prevención general y especial. A saber: por lo que se ha realizado y por lo que se teme que hará en el futuro. De aquí hasta incluir al *reincidente* en una categoría tipológica de delincuentes no media más que un pequeño paso. Así, un penalista inteligente y bien lejano al positivismo, el profesor Bettiol, ha podido inscribirlo dentro del grupo de los «tipos legales criminológicos represivos» (32).

«Se trata, pues, de una calificación jurídica subjetiva—nos dice Bettiol—, la cual entraña una agravación de la pena porque la inclinación al delito, que subsiste en el ánimo del reo, postula una expiación particular con una pena que no guarda, sino ocasionalmente, proporción con el nuevo delito perpetrado, mientras que tiene presente un determinado modo de ser del agente. La idea de la retribución es conservada, sin que traspase la esfera de influencia de la simple acción delictuosa. Se puede decir que en tanto el que roba por vez primera viene castigado por que ha robado, en caso de reincidencia se pune porque es ladrón» (33).

En resumen: «El tipo, indudablemente, es un tipo legal en cuanto es diseñado por la Ley, pero el legislador basa sobre una realidad sociológico-naturalística aquella inclinación al delito que el individuo ha dejado que se formara en su ánimo mientras había podido evitarlo. Se puede decir que la reincidencia es sinónima de un tipo criminológico de autor (34), aunque no debe entenderse

(31) Véase para un estudio detallado de este tema DEL ROSAL: *Principios, etcétera, etc.*, cit. supra; igualmente, la obra del mismo autor ya citada. *La personalidad del delincuente en la técnica penal*.

(32) V. G. BETTIOL: *Diritto penale* (Parte Generale). G. Priulla Editore. Palermo, 1945, págs. 428 y sigs. 2.ª ediz., 1950, págs. 460 y sigs.; igualmente JUAN DEL ROSAL, obra últimamente citada.

(33) V. G. BETTIOL, obra cit., pág. 430, 2.ª ediz., pág. 463.

(34) Sobre la cuestión de los «tipos de autor» véase nuestra obra *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ya cit., principalmente págs. 46 y siguientes, y en cuanto a la reincidencia, pág. 75.

Por lo que hace a los tipos, véase SELIG-WEIDLER: *Die Typen der Krimi-*

está expresión en sentido positivístico, como fruto de un complejo de circunstancias individuales y ambientales que incitan al delito y determinan un grado más o menos elevado de peligrosidad» (35).

La diferencia entre los positivistas y la moderna concepción del *reincidente*—pongamos por caso la tesis de Bettiol y otros autores—, consiste que tanto Ferri y otros partidarios de la escuela positiva conceptuaron el tipo de *reincidente* como un tipo criminológico preventivo, de acusada peligrosidad y a quien habría de aplicarse ciertas medidas, ya que fatalmente recaerá en el delito y en cierto modo lo equiparan al delincuente nato, mientras que en la posición ahora expuesta en la base de la *reincidencia* existe una realidad natural (inclinación al delito), la cual es valorable éticamente. El individuo pudo evitar la recaída con un mayor esfuerzo personal y la repetición de la acción nos descubre un determinado modo de ser que reclama un aumento de pena. «La reincidencia se resuelve así en un tipo legal-criminológico de fondo netamente represivo» (36).

Cuando se habla de un «tipo» de reincidente no se quiere con ello decir, como afirmó a sangre y fuego el positivismo penal, que estamos a presencia de una persona con determinados rasgos caracterológicos criminales. No existe una caracterología criminal, ni, por tanto, tipos determinados de criminales, en el sentido en que sostuvieron a la vieja usanza la escuela antropológica, estigmatizados en una especial psicología y con una perceptible modulación morfológica (37).

Por fortuna, pasaron los tiempos en que la buena o mala fe sembró tanto desconcierto en nuestras filas y en las del público acerca de la existencia de un carácter genuinamente criminal. Lo único que hoy nos atrevemos a señalar cuando hacemos mención al *reincidente* y su «inclinación al delito» es que se da en él un estado característico—en que predomina más su disposición—que enmascara cierta tendencia delictiva, la cual fácilmente entra en acción con la chispa de un mundo circundante apropiado, ora por la ocasión que le brinda su género de vida. «Si no hay propiedades características—ha dicho Exner—, y única para todos los delincuentes, tal vez puedan encontrarse estados característicos que, por así decirlo, esconden en sí una tendencia criminal, es decir, donde dichos estados se producen se corre el peligro de que su portador se haga un delincuente. En esto existe, en efecto, algo cierto (38).

---

nellen. Berlin. München, 1949, en cuya obra se estudian la clasificación, los tipos criminológicos en la realidad y la significación político-criminal de la teoría tipológica.

(35) V. G. BETTIOL, obra acabada de cit., pág. 430.

(36) V. G. BETTIOL, obra acabada de cit., pág. 430.

(37) V. JUAN DEL ROSAL: *Crimen y criminal en la novela policiaca*. Madrid. Editorial Reus, 1946.

(38) V. F. EXNER: *Biología criminal*, obra cit., pág. 319. Puede verse en

Desde el plano criminológico el *reincidente*, por lo general, es un delincuente disposicional, lo cual no quiere decir que siempre sea este último un *reincidente*, «pero está siempre amenazado de serlo en tanto permanezcan inalterables sus disposiciones criminógenas» (39). Pasamos por alto, por supuesto, los variados problemas criminológicos que sugiere, entre otros, los relativos a la edad, el valor de los factores ambientales, su insuficiencia o anormalidad mental, etc.; aquí nos interesa subrayar, en vista a la buena comprensión de esta nota, que indiscutiblemente presenta ciertas características que exigen un tratamiento *ad hoc*. En pocas palabras, pudiera decirse que el *reincidente* habremos de encontrarle dentro del ancho campo de los llamados «delincuentes de estado», de la división caracterológica al modo de Exner (40).

## II.—EL AUXILIO JUDICIAL Y POLICIAL EN EL AMBIENTE HISPÁNICO Y ESPECIALMENTE LA REINCIDENCIA INTERNACIONAL

### I. *Fundamentos de una colaboración penal internacional.*

Una vez que se han visto, siquiera sea en forma de lema, algunas perspectivas que nos repara la *reincidencia*, interesa ahora entresacar de aquéllas ciertos elementos de juicio con los cuales esclarezcamos el temario de la actual ponencia.

Por de pronto, cabe decir que se trata, en resumidas cuentas,

este capítulo y en otros de esta ejemplar obra algunas características del «tipo reincidente».

(39) V. F. EXNER, obra cit., págs. 325-326. Para un examen detallado véanse las págs. 324 y sigs. Para un estudio de los «tipos», véase también W. SAUER: *Kriminologie*. W. de Gruyter. Berlin, 1950, págs. 253 y sigs.

(40) V. F. EXNER, obra cit., págs. 430 y sigs. Igualmente, A. NICÉFORO: *Criminología*. Milano. Bocca, 1941, págs. 438 y sigs.; DEL ROSAL: *Recepción crítica a la obra de Nicéforo*, en «Rev. de Est. penales». Valladolid, 1943; A. SALDAÑA: *Nueva criminología*. Ed. Aguilar. Madrid, 1936, págs. 348 y sigs.; M. LÓPEZ REY: *Introducción al estudio de la criminología*. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1945, págs. 154 y sigs.; S. H. SUTHERLAND: *Principles of Criminology*. Trine. Ed. Chicago. Philadelphia. New York, 1939, págs. 585 y sigs. Este criminólogo norteamericano dedica el capítulo veintiocho al estudio exclusivamente de los reincidentes. Véase la bibliografía a este respecto que cita en este interesante capítulo. FERRI: *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal*. Madrid. Ed. Góngora, 1887, págs. 118 y sigs. El mismo autor, *El homicida en la psicología y en la psicopatología criminal*. Ed. Reus. Madrid, 1930, págs. 324 y sigs. Igualmente pueden apreciarse útiles observaciones a este propósito en la monografía anteriormente citada de ARMENGOL, págs. 67 y siguientes. Véase igualmente el trabajo de E. FREY MASCIONI: *Jugendstrafrechtspflege als chüsselstellung der Verbrechenskämpfung und ihre biologischen Erfolgsgrenzen*, en «Schweiz. Z. für Strafrecht», 3, H. 1943, págs. 291-317.

Para un examen de las consecuencias político-criminales de la orientación seguida por nuestra doctrina jurisprudencial, y otros extremos, véase, aparte de las obras citadas, J. DEL ROSAL: *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, año 1952.

de plantear en qué forma y medida es posible llevar a buen puerto un eficaz y continuado «auxilio judicial y policial», ambos correspondientes a distintos momentos de aplicación del precepto, en inmediato engarce con el mundo hispánico, e igualmente ver si conocida la naturaleza calificante de la *reincidencia* cabe hablar de una (reincidencia internacional).

Y, por último, concretar en unas conclusiones provisionales nuestra exposición, para que sobre ellas emita el consiguiente voto el actual Congreso.

Pero antes de entrar en el examen del problema convendría sentar los presupuestos en los cuales, a nuestro entender, deben enraizarse las relaciones interestatales, para la práctica de una buena política criminal a este respecto.

Se trata, una vez más, de que la base de la convivencia entre las naciones, al modo como sucede dentro de los límites de un país, debe constituirse en la justicia y utilidad en la lucha contra la delincuencia. Todavía más claro: en la persecución de los delincuentes y en el castigo infligido, los Estados debieran despojarse de los prejuicios surgidos de su soberana decisión y montar el aparato de prevención y represión, perfilado en las variadas medidas de diversa índole, en la espina dorsal de la realización de estas dos ideas: *justicia y utilidad*. Sin la suprema categoría de la justicia, la administración punitiva se convierte en un instrumento arbitrario por carencia de fundamentación ética. Y templada la utilidad en la justicia, se logra una justa defensa social, enraizada en el bien común del vivir universal y de cada nación en particular. La justicia es el criterio informador del Derecho penal, pero como éste es actividad práctica, aquélla va acompañada de la estimación utilitaria, ya que si la norma jurídica no resulta idónea para asegurar una utilidad no sería justa, porque la ciudad está hecha para los hombres, y no los hombres para la ciudad (41).

De otra parte, igualmente interesa resaltar la realidad fáctica en que vendrá adosada la especulación que sobre el tema hemos de explanar. Y ésta no es otra sino la temporal existencia de una criminalidad internacional, expresada en forma diversa, y contra la cual habrán de ventilar contienda los Estados, si quieren de veras conservar la vigencia del indeclinable principio de la justicia.

De frente a la sorprendente coyuntura que brinda la facilidad

---

(41) Véanse DELITALA: *La riforma del Codice penale*, en «Riv. it. di Dir. pen.» 1950, pág. 699.

También FR. A. GEMELLI: *La Criminologia e il diritto penale*, en «La Scuola Positiva». Milano. Giuffrè, 1951, pág. 11; B. BIONDI: *La Ciencia jurídica como arte de lo justo*. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, año 1951; E. SCHMIDT: *Iustia fundamentum Regnorum*. Heidelberg. 1947; ídem: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 2. Aufl. Göttingen, 1951; G. RADBRUCH: *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1951; Breviarios de fondo de Cultura económica. México, 1951; F. OLGIATI: *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*. Second. Ediz. Milano, 1950.

de comunicaciones al delincuente, el Estado dispone de un solo resorte: la dificultad de obtención de permiso de salida, que en verdad sólo en contados Estados es invencible obstáculo, ya que se tiende a todo lo contrario, a dar facilidades para trasladarse de un lugar a otro. Todavía resulta más obvia este obstáculo si se piensa por un instante en que el delincuente que opere en el ambiente hispánico disfruta de las seguridades conferidas por la comunidad de idioma, y al amparo de la protección inmigratoria en cierto modo. Más todavía: la accesible asimilación del modo de vivir en el país refugiado. Con ello se agiganta más aún el funcionamiento de un vivo aparato represivo contra esta típica delincuencia.

La única manera de constituir una línea de frente cerrada contra esta plaga asocial radica en convertir en punto de apoyo precisamente el mismo argumento que encubre la condición de *reincidente*. Esto es, utilizar la hermandad de lengua y caracteres en base de una auténtica política criminal, dirigida a minar la impunidad que les depara la diversidad de jurisdicciones legislativas.

Para lograr una eficiente colaboración en la lucha emprendida contra estos delincuentes peligrosos se requiere previo acuerdo sobre los extremos siguientes: a) Sobre el entendimiento de la *reincidencia*. b) Valor concedido a las decisiones judiciales extranjeras. c) Admisión, por consiguiente, de la llamada «reincidencia internacional». d) Formas de identificación. e) Manera de llevar a efecto el auxilio policial y judicial.

Veamos sucintamente estas cuestiones.

## 2. Alcance de la noción de reincidencia.

Los códigos definen de distinta manera la noción de *reincidencia*, y es más, algunos dan entrada al lado de aquélla a la *reiteración*. Así, por ejemplo, el Código penal español, en el artículo 10, circunstancias agravantes 14.<sup>a</sup> y 15.<sup>a</sup>. En la primera define la reiteración; en la segunda, la *reincidencia* (42). Estas nociones, genérica y específica, son igualmente aceptadas por la mayoría de los códigos penales iberoamericanos (43). Sin embargo, no reina unanimidad de criterio en cuanto a la definición, a pesar de que en el fondo expresan similar idea, a saber, que la primera es una *reincidencia* genérica y la segunda, específica. Sería deseable que se unificaran en una sola fórmula legislativa, expresiva de la noción de «reincidencia», con lo que dispondríamos de una base teórica unitaria, de imprescindible necesidad para alejar cualquier confusión en el terreno de las realizaciones prácticas. Y a este particu-

(42) Véanse los artículos citados del C. p. esp. relativos a la *reincidencia* y *reiteración*, anteriormente transcritos.

(43) V. L. J. DE ASÚA y F. CARSE: *Códigos penales iberoamericanos, según textos oficiales*, vols. I y II. Ed. «Andrés Bello». Caracas, 1946; vol. I, pág. 321.

lar no tiene nada de extraño que se hayan distinguido los conceptos de *reiteración* y *reincidencia*, ya que tanto histórica como técnicamente tienen distinta naturaleza, si bien en conveniencia políticocriminal debieran fundirse en uno solo, orientado en el sentido de que la tercera recaída debería dar entrada al tipo del *delincuente habitual*.

En cuanto al fundamento dogmático de la *reincidencia* también sería conveniente armonizar dispares orientaciones, ya que la doctrina es abundante y contradictoria respecto a si es efectivamente una circunstancia agravante o reviste un carácter personal, ora recae su acento sobre la imputabilidad o exclusivamente sobre la responsabilidad.

La unificación de la noción de la *reincidencia* llevaría aparejada, por supuesto, armónica orientación en cuanto a los fundamentos dogmáticos. De manera que se sabría a ciencia cierta sobre qué carácter incidiría la agravación. Por nuestra parte nos inclinamos por la tesis de que la agravación gravita en la peculiaridad subjetiva y personal que nos revela el delincuente.

Si, como tiene declarada nuestra jurisprudencia, la persistencia en delinquir indica una mayor *peligrosidad* social e insuficiencia de correctivos anteriores (44), dicho se está que la agravación carga su peso en la mayor culpabilidad—en sentido amplio—que denota el *reincidente*, sobre todo si, como es sabido, estamos a presencia de un tipo criminal claramente perfilado en la Ley general (45).

### 3. Valor concedido a las sentencias penales extranjeras.

La propia naturaleza de los ordenamientos jurídicos, que velan por la convivencia comunitaria dentro de un determinado territorio, ha privado, en principio, de fuerza ejecutiva a las sentencias penales pronunciadas por Tribunales extranjeros (46). Este principio de territorialidad de la Ley penal, baluarte de la soberanía de cada Estado, expresamente consignado en la inmensa mayoría de los códigos, ha sido obstáculo en el logro de una auténtica hermandad en la lucha contra la delincuencia. Para paliar este canto-

(44) Véanse las S. S. 16 noviembre 1946 y 17 junio 1940.

(45) Véanse las obras citadas de BETTIOL, BELLAVISTA, DEL ROSAL y otras. Además, G. WILKE: *La lutte contre les délinquents d'habitude dans le droit pénal allemand*, en «Rev. de D. o. et de Crim.». Bruxelles, 1937, pág. 1917; SCHIEDT: *Ein Beitrag zum Problem der Rückfallprognose*. München, 1936; F. SCHWAAB: *Die soziale Prognose bei Rückfälligen Vermögensverbrechen*. Leipzig, 1939. Cfr. E. CUELLO CALÓN, obra cit., pág. 469; G. DELITALA, trabajo primeramente cit., pág. 162.

(46) V. G. G. ALLEGRA: *Il Reconoscimento della Sentenza penale straniera*. Milano. Giuffrè Ed., 1943, págs. 2 y sigs. Igualmente, G. MAGGIORE: *Riconoscimento delle Sentenze penali straniere*, en «Nuovo Digesto Italiano». Torino, 1939 pág. 649; M. FENECH: *Derecho procesal penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Ed. Labor. Barcelona, 1952, pág. 147.

nalismo legal se ha complementado con los conocidos principios de la personalidad, de protección real y el de la justicia mundial (47).

Por encima de la soberanía reconocida de las naciones se presentan, con insoslayable realidad, varios hechos que demandan la necesidad de mutua colaboración entre los Estados, si no quieren padecer las consecuencias de una criminalidad suelta y campeando por su cuenta. De un lado, se busca una unificación de aquellas conductas delictivas que en pareja medida lesionan o ponen en peligro las bases de existencia del patrimonio jurídico universal. Tales como, por ejemplo, el terrorismo, piratería, tráfico de estupefacientes, trata de blancas, tenencia ilícita de armas, etc., mediante la redacción, en Congresos internacionales, de tipos delictivos unitarios posteriormente incorporados a los respectivos países, con lo que el delincuente carece de cobijo en sus deseos de burlar la acción de la justicia al amparo de una desigual regulación punitiva. En este sentido se han realizado ya conquistas que, afortunadamente, poseen carta de naturaleza en la mayor parte de las naciones. Cabaía citar a este respecto, sin ir más lejos, las regulaciones legales de los delitos terroristas, de falsificación de moneda, de explotación de mujeres y otras más.

De otra parte, esta idea de establecer una unificación de los principios generales del Derecho penal y de ciertas figuras delictivas necesita hallar su complementación eficiente en una necesaria colaboración entre los órganos dedicados a la investigación criminal y a la aplicación de las leyes. Es decir, entre los policías y la administración de la justicia penal de cada país, acrecentando la mantenida hasta ahora, puesto que tanto la delincuencia internacional como cualquiera otra se ve en cierto modo favorecida actualmente por estos dos hechos: Primero, por el desquiciado ambiente éticosocial en que vive el hombre presente y la consiguiente subversión de valores en una coyuntura histórica de reajuste y superación de la larga crisis en que se debate la problemática del ser humano; segundo, por la facilidad de comunicaciones y los medios técnicos de transporte de que se dispone, los cuales han producido algo así como una especie de «achicamiento» de la extensión de los continentes.

La orientación en pro de una colaboración internacional contra la delincuencia ha ganado terreno a lo largo de este siglo, y especialmente en los últimos treinta años. Sirvan de recordatorio a este respecto los acuerdos del Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Munich del año 1883; el Congreso Penitenciario Internacional de Washington de 1910 y las Conferencias Internacionales para la Unificación del Derecho Penal, de Varsovia, del año 1927, y de Roma, de 1928, así como las reuniones de la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, los

---

(47) V. J. DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*, tomo II, vol. I  
Valladolid, Librería Lara.

Congresos penitenciarios, los Congresos de la Comisión internacional de Policía criminal y otras más que no son del caso recordar, habiendo tenido asiento legal algunas de las propuestas en los códigos y proyectos punitivos nacionales (48). Bastaría a este respecto recordar la modificación española del 27 de diciembre de 1947, relativa a las falsedades de moneda, cuyo objetivo principal consiste en «la conveniencia de armonizar los preceptos del Código penal referentes a la falsificación de moneda con los principios que inspiran los Convenios internacionales ratificados por España sobre esta materia» (49).

Unase a ello la orientación, cada día más acusada, del planteamiento y formación de un Derecho penal universal, como consecuencia del despliegue de los principios informadores de la represión contra «criminales de guerra» y en razón a convertir los preceptos penales en armas eficaces contra la guerra. Con ello se pretende dar forma legislativa internacional a esa conciencia comunitaria surgida de los escombros de la pasada guerra, enlazándola con los precedentes de ella en el interregno de las dos guerras (50).

He aquí, pues, la forma tangible de hacer efectiva la colaboración internacional penal: de una parte, unificando los tipos legales y principios generales, para posteriormente realizar una seria política criminal de común acuerdo entre los países en la guerra comprendida contra la delincuencia. Se requiere, como presupuesto, armonizar los fundamentos teóricos desde los cuales se habrá de enlazar una certera política penal.

La apuntada tarea de unificación de los más destacados delitos y de ciertas instituciones de la Parte General del Derecho penal recayó en buena parte en la «Asociación Internacional de Derecho Penal», continuadora de la «Unión», la cual ha celebrado varios Congresos, dirigidos a vincular a los diversos países participantes en la lucha contra la criminalidad. Y la mejor manera que fructificara se vió en dar cima a una labor aunadora de dispares criterios de las distintas ordenaciones positivas, recomponiendo

---

(48) V. L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II. Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, págs. 944 y 764.

Para una detallada relación de las reuniones internacionales y nacionales más diversas véase igualmente la obra citada.

(49) V. E. CUELLO CALÓN: *La reforma penal española en materia de falsificación de moneda*, en «Anuario de D. p. y C. penales», tomo I, fasc. I, Madrid, 1948.

(50) Véase J. DEL ROSAL: *Acerca de los crímenes contra la Humanidad* (Conferencias), cuaderno 27, del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1951.

También, por ejemplo, S. GLASER: *La protection des droits de l'homme et la charte des Nations Unies*, en la «Rev. de D. p. et de Crim.», Bruxelles, 1950, págs. 357-392; V. GOUSENBERG: *Contribution a la justification d'un droit penal universel positif*, en «Rev. de D. p. et de Crim.», Bruxelles, 1950, págs. 461-504; *Etudes relatives au droit penal universel*, en «Rev. de D. p. et de Crim.», Bruxelles, 1950, págs. 609-632, y otros muchos que omitimos en testimonio a la brevedad.



figuras delictivas que por igual lesionaban a uno y otro Estado, y redactara a la par con parecida visión principios e instituciones, admitidos en todas las naciones, con lo que echaba los cimientos para una auténtica solidaridad internacional de frente al delito. Ya en el Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Bruselas del 26 al 30 de julio del año 1926, el profesor Pella propuso esta idea de unificación. Y en la primera de las Conferencias Internacionales de Unificación del Derecho Penal, habida en Varsovia en noviembre de 1927, formó parte del temario, entre otros temas, la tentativa y la complicidad, la legítima defensa. En la próxima reunión, celebrada en Roma antes del año, se trató sobre la *reincidencia internacional*, entre otros problemas (51).

Ahora bien, en cuanto a la eficacia de las sentencias penales extranjeras queda limitada al simple *reconocimiento*. Ya que sería *atentatorio* al principio de la territorialidad de la ley penal, emanada de la misma soberanía de cada Estado, que tuvieran fuerza *ejecutiva*. No se aplican, sino que se las *reconoce* para concretos y determinados efectos (52). Para ello la teoría contempla la sentencia como hecho jurídico fundándola en el carácter exclusivo del acto jurisdiccional. Los «efectos» que se le asigna son múltiples. Aquí sólo nos interesa el concerniente a la *reincidencia*.

Este designio de conceder eficacia a los «efectos» de las decisiones judiciales extranjeras viene a ser una clara secuencia del ya expreso valor asignado incluso a las leyes de un país extranjero, puesto que los ordenamientos procesales y penales contienen normas en las cuales se aludé a la ley extranjera, particularmente en los supuestos de acciones delictivas perpetradas fuera del territorio por un nacional o extranjero cuya competencia nacional está subordinada a que la ley extranjera considere también la acción como hecho penal (53).

Así, en España se reconoce la Ley extranjera en los artículos 337 y 339, circunstancia 3.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siguiendo parecida orientación en los demás países (54).

Este estado de opinión en la doctrina y práctica penales de *reconocer* efectos a las sentencias penales extranjeras evidencia a todas luces varias circunstancias que en buena parte son manifestaciones de una tendencia unificadora en la lucha contra el crimen. Así, por ejemplo, revelan: a) La existencia de cierta solidaridad internacional de frente al problema de la delincuencia; b) La com-

(51) V. L. J. DE ASÚA, obra cit., pág. 947.

(52) V. G. ALLEGRA, obra cit., supra, págs. 45 y sigs.

(53) Este caso de taxativo reconocimiento de la ley de otro país se halla en los Códigos penales de Austria (sólo para los crímenes) (parágrafo 36, párrafo 2.º), Bulgaria (art. 4.º), Hungría (parágrafo 7.º), Finlandia (art. 5.º del capítulo 1), Noruega (parágrafo 13), Perú (art. 6), Venezuela (art. 5.º) y en los Proyectos de Austria, Suecia, Checoslovaquia, Italia (el de 1921, etc.). V. L. J. DE ASÚA, obra cit., pág. 760. La fuerza ejecutiva de la sentencia extranjera está patentizada en los artículos 3.º y 4.º del C. p. federal suizo.

(54) Véase L. J. de ASÚA, obra cit., pág. 760, y J. DEL ROSAL, obra cit.

presión criminológica de ésta en el plano de las relaciones interestatales; c) Aceptación en buena medida de los efectos conferidos al juicio represivo, tales como autoridad de cosa juzgada (55), y d) La expresión de una conciencia comunitaria interestatal en el grave problema de hacer frente a la delincuencia, como consecuencia de similares ordenaciones de los valores penales.

La eficacia reconocida a las manifestaciones de la justicia penal extranjera, lejos de ser una especie de debilidad es un homenaje—como dice acertadamente el profesor H. D. de Vabres—rendido a esta verdad incontestable: la solidaridad de los Estados en la lucha contra el crimen (56).

El Código penal español de 1928, taxativamente reguló los efectos en varios aspectos de las sentencias penales extranjeras, admitiéndolos en la *reincidencia* (57).

Afirmado el supuesto del *reconocimiento* de la sentencia penal extranjera, ya que la *ejecutoriedad* de la misma no es admitida, a pesar de las razones alegadas por el profesor D. de Vabres (58), sólo nos interesa aquí, abstracción hecha de otras consecuencias, lo relativo a la *reincidencia*, y en tal caso cabría preguntar: ¿Se debe tener presente, a efectos de agravación por la *reincidencia*, la sentencia dada por un Tribunal extranjero? Tanto la doctrina como la mayoría de los códigos conceden eficacia a la sentencia penal extranjera, pues entre ellos ocupa rango singularísimo el asignado en orden a la *reincidencia*, adquiriendo de este modo valor categórico la expresión de la *reincidencia internacional*.

Apenas es necesario insistir en la bondad de esta orientación, ya que lo contrario sería desconocer el carácter peligroso del *reincidente* y dar de lado, por supuesto, a las reflexiones político-cri-

(55) Véase para un estudio detallado, la obra citada del profesor D. DE VABRES, recientemente fallecido, págs. 1003 y siguientes.

(56) V. H. D. DE VABRES, obra cit., pág. 1003.

Ya F. CARRARA apuntó que no se trataba de ejecutar, sino de reconocer un hecho: «la absolución o la condena que le ha impuesto a aquel hombre caracteres persistentes, vale decir, la condición del reo ya absuelto o del reo ya condenado». (Véase obra cit., tomo II, pág. 437.)

(57) El artículo 20 del C. p. español de 1928 disponía: *Salvo la eficacia que puedan concederles, en determinados casos, los tratados internacionales, no serán ejecutorios en España los fallos dictados en causa criminal por Tribunales extranjeros contra delincuentes extranjeros*. Precepto que proviene del artículo 14 del Proyecto de 1912.

Si bien concede efectos ejecutivos en algunos casos, esto es, en todas aquellas sentencias dictadas por Tribunales extranjeros contra españoles.

*Si un Tribunal extranjero pronunciara contra un ciudadano español sentencia condenatoria y ésta llevara pena de inhabilitación, por delito a que este Código señale esa pena u otra incapacidad, los Tribunales españoles, a petición del Ministerio fiscal y con audiencia del interesado, podrán declarar que la sentencia extranjera produzca efectos penales en España*" (art. 23).

V. E. CUELLO CALÓN: *El nuevo Código penal español* (Exposición y Comentario). Libro I. Ed. Bosch. Barcelona, 1929, pág. 45.

(58) V. H. D. DE VABRES: *Traité de Droit Criminel et de Legislation Comparée*. Trvs. ed. Sirey. París, 1947, pág. 1003. L. J. DE ASÚA, obra cit., pág. 76.

minales que entraña la represión contra aquél, otorgando beneficios de delincuentes primarios u ocasionales a sujetos que en cualquier lugar representan en cierta manera una inclinación al delito.

Así, «cada día se abre paso más franco la idea de tomar en consideración las condenas pronunciadas en el extranjero para establecer el concepto de *reincidencia* y habitualidad. Ello es sobremanera correcto, pues el peligro que dimana de la *reincidencia* y del profesionalismo no se liga a territorios ni a sentencias de determinados Tribunales. Por eso debe ser indiferente que las condenas anteriores se hayan impuesto en el país o fuera de sus fronteras» (59).

Esta *necesidad* de conceder valor a la sentencia penal extranjera a efectos de *reincidencia* viene proclamada, entre otras razones, por las siguientes: a) Por la condición subjetiva del «reincidente» y especial culpabilidad que denota; b) por imperativo técnico-jurídico de la misma estructura subjetiva de la norma disciplinante de la noción de *reincidencia*; c) por su naturaleza criminológica, de tipo personal advocado al delito; d) por las exigencias político-criminales de una correcta represión penalística en su doble vertiente de penas y medidas de seguridad; e) por el inexcusable imperativo de solidaridad interestatal en problemas que afectan a las bases de coexistencia de cada uno, cual supone la delincuencia.

Y así nada de extraño tiene que uno de los penalistas más destacados en temas penales internacionales subraye esta *necesidad*, diciéndonos que un condenado se encuentra en un distinto *status* desde el instante en que ha cruzado la frontera, el cual entra en plena posesión de sus derechos civiles o públicos, que puede llegar a ser tutor, médico, banquero; que se beneficia si comete un nuevo delito, ya que aparece como delincuente primario, lo cual es contrario al sentido elemental de la justicia, como también a la solidaridad internacional, así como también al interés particular de este Estado» (60).

En concreto, desde el plano de la *reincidencia* la sentencia penal extranjera cuenta en unas naciones; en otras, no. Así, carece de relevancia en Francia, en tanto que la tiene en Italia, entre otros países, a tenor del artículo 12 del Código penal vigente (61)

---

(59) V. L. J. DE ASÚA, obra cit., pág. 766.

Téngase en cuenta la tesis expuesta en el XII Congreso penal y penitenciario por este profesor, en que propugna que debe reemplazarse la *reincidencia* por el término de delincuentes habituales. Véase para la discusión, así como las conclusiones de evidente interés en orden a la cuestión segunda del «tratamiento de delincuentes habituales», cuyo «rapporteur» general fué el profesor BELEZA DOS SANTOS. *Actes*. Berne. Commission internationale penale et Penitentiaire, págs. 157, 155 y otras.

(60) V. H. D. DE VABRES, obra cit., págs. 1009-1010.

(61) El C. p. italiano ordena en el artículo 12 lo siguiente: Reconocimiento de las sentencias penales extranjeras. A la sentencia penal extranjera pronunciada por un delito puede serle dado reconocimiento: 1. Para establecer la rein-

De nada han valido las continuas apelaciones teóricas de los tratadistas franceses para vencer la indiferencia del legislador respecto al reconocimiento de las sentencias penales extranjeras en orden a la *reincidencia*. Francia prefiere encastillarse en la territorialidad a ultranza. En tanto que Italia, Suiza (artículos 41 y 67) (62) y los hasta ahora vigentes Códigos de Rumania (art. 10), Polonia (art. 60), Yugoslavia (art. 76) y los Proyectos alemanes (parágrafo 78) y Checoslovaquia daban cabida a los efectos de una sentencia penal extranjera en punto a la *reincidencia*.

De esta manera adquiere en estas mentadas legislaciones carta de naturaleza la llamada «reincidencia internacional», dentro, claro está, de ciertos límites, ya que para que una sentencia penal extranjera sea tomada en consideración, por ejemplo, en Italia, es necesario que haya sido expresamente reconocida por el Estado, según la norma del artículo 12 del Código penal italiano y el artículo 672 y siguientes del Código del Procedimiento Penal (63). Y, además, igualmente se requiere que se trate de hechos previstos como delitos por la legislación italiana, siendo, además, irrelevante que se trate de un italiano o extranjero.

Así, pues, para que surta efectos en lo concerniente a la *reincidencia* han de cumplirse dos requisitos: a) reconocimiento de la sentencia por parte del Estado, pues no basta la mera inscripción en el casillero judicial; b) que recaiga la condena por hecho que igualmente sea delictivo en Italia. En algunas ocasiones se le ha concedido efectos al simple certificado penal en virtud de acuerdo internacional (64).

---

cidencia u otro efecto penal de la condena, ora para declarar la habitualidad o la profesionalidad en el delito o la tendencia a delinquir.

(62) Los artículos 41 y 67 del C. p. federal suizo preceptúan, respectivamente, lo siguiente: *Suspensión condicional de la condena*; también podrá suspender la ejecución de la condena en el caso si en los cinco años que han precedido a la comisión del crimen o delito del condenado no ha sufrido en Suiza o en el extranjero ninguna otra pena privativa de libertad por un crimen o delito intencional (párrafo tercero, art. 41).

Para la reincidencia se tiene en cuenta la condena del extranjero si ésta concierne a un delito por el cual puede ser concedida la extradición según el Derecho suizo (art. 67, núm. 2.º).

El Título cuarto de este Código versa «del reconocimiento de las sentencias penales extranjeras». Y en el artículo se ordena lo relativo al reconocimiento de las sentencias penales extranjeras a instancia del Ministerio Público.

(63) V. V. MANZINI: *Trattato*, cit. tomo I, núms. 197 y 199, págs. 475-480.

Ya en el V Congreso de París, de 1895, abordó el tema de la *reincidencia*, su concepto, clases y razones de agravación. Véase *Bulletin de la Comm. pen. intern.*. Mai 1926, pág. 52; del régimen disciplinario para los reincidentes, obra supra citada, pág. 74; de los menores reincidentes, pág. 77; de la sentencia indeterminada en relación con los reincidentes, pág. 110; de la detención especial para los reincidentes, pág. 112; de la lucha contra los delincuentes internacionales, pág. 115.

(64) V. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, obra cit. pág. 767.

4. «Reincidencia internacional». *Panorama legislativo, especialmente iberoamericano.*

La admisión de la llamada *reincidencia internacional* fué objeto de atención por parte de los organismos internacionales. El Instituto de Derecho Internacional, en 1883 resolvió que la agravación de la penalidad fundamentada en sentencias penales extranjeras sólo tendrá lugar después del examen previo de las mismas (artículo 15). El Congreso Penitenciario de París de 1895 también mantuvo la tesis de que la agravación fuera facultativa para los jueces, ya que sólo expone que el juez podrá tomarla en cuenta. Igualmente fué planteado el tema en la Primera Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, en Varsovia, del año 1927, habiéndose emitido en la siguiente de Roma, el año 1928, el voto siguiente: «El que haya cometido una infracción en país X después de haber sido condenado en el extranjero por una infracción prevista también por la Ley X, será considerado como reincidente en las condiciones y en los casos establecidos por el presente Código, para la reincidencia y para el reconocimiento de los efectos de las sentencias respectivas, pronunciadas en el extranjero». Y también la cuarta Conferencia interamericana de abogados reunida en Chile en octubre de 1945 declaró que «la pena sufrida en el extranjero deberá ser tenida en cuenta para los efectos de la reincidencia en los delitos cometidos en el territorio nacional» (65).

Recientemente, en el Congreso internacional sobre prensa, cinematografía y radio para jóvenes, celebrado en Milán del 19 al 23 de marzo del año en curso, se aprobaron recomendaciones que en cierto modo representan un reconocimiento de la «reincidencia internacional». Las recomendaciones se refieren a instituir una comisión internacional sobre la materia y a emitir el voto de que los Gobiernos concluyan convenciones en las que se comprometan: d) *A interdire toute participation sous quelque forme que ce soit, dans l'édition des publications destinées a la jeunesse, aux personnes ayant subi des condamnations pénales en raison de faits manifestant leur indignité en la matière* (65 bis).

Los dos códigos que sirven de ejemplo a este respecto son: el

---

(65) V. L. JIMÉNEZ DE ASÚA y F. CARSI, obra cit., págs. 359 y sigs.

(65 bis) En el Proyecto de Convención internacional sobre prensa para niños se prevén en los artículos 3, 6 y 7 lo siguiente: *Cette inscription sera refusée à ceux qui auraient été précédemment condamnés dans un des états adhérents selon les lois répressives considérées par la présente convention* (art. 3).

*Parmi les sanctions devra figurer l'interdiction de toute activité éditoriale ou de journaliste: interdiction que deviendra perpétuelle en cas de recidive* (párrafo segundo del art. 6).

*Les parties contractantes échangeront périodiquement leurs listes de publications ayant donné lieu a une condamnation judiciaire définitive pour violation des normes envisagées par le present convention* (art. 7).

italiano y el suizo. En ambos se admite la eficacia de la sentencia penal extranjera en cuanto a la *reincidencia*, lo que supone la admisión de la llamada «reincidencia internacional».

En cuanto a los Códigos iberoamericanos, la primera dificultad que se echa a la vista radica en la diversidad de entendimiento de las nociones de *reiteración* y *reincidencia*. Figuran tanto la una como la otra como circunstancias agravantes, y la coincidencia sólo la depara la peligrosidad del individuo que recae en una de ellas. Por lo demás, «se ha seguido al respecto en ellos muy variados criterios, buscando siempre el peligro del reo, en orden a su concepto y clases» (66), sin llegar, por desgracia, a una nítida diferenciación en ocasiones ni tampoco a un buen funcionamiento técnico (67).

(66) Véanse las atinadas observaciones al tema de los autores antes citados.

(67) V. L. J. DE ASÚA y F. CARSI, obra cit., pág. 361, tomo I.

El C. p. argentino, en su art. 50, párrafo segundo, preceptúa: "La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición".

A los efectos de la reincidencia, no se tomará en cuenta los delitos militares o políticos, ni los amnistiados.

Véase igualmente J. M. MEDIANO: *Leyes penales comentadas*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1946, págs. 132 y sigs.

El C. p. brasileño dispone en el artículo 46: "Existe la reincidencia cuando el autor comete nuevo delito, después de la sentencia firme que, en el país o en el extranjero, lo haya condenado por delito anterior".

El C. p. costarricense dice en el artículo 32: "Habrá reincidencia siempre que el condenado en sentencia firme dictada por cualquier Tribunal del país o del extranjero, si el hecho es punible en la República, cometiere una nueva infracción".

El C. de defensa social cubano ordena en el artículo 39, párrafo tercero de la letra B, lo siguiente: "Tanto en este apartado como en el anterior, los Tribunales de la República tendrán en cuenta las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros, de acuerdo con lo que al efecto se disponga en los Convenios y Tratados internacionales suscritos por Cuba".

El C. p. ecuatoriano dice en su artículo 83: "Las sentencias condenatorias expedidas en el extranjero se tomarán en cuenta para la reincidencia.

Se tomarán, igualmente, en cuenta las sentencias condenatorias, pronunciadas por los Tribunales Militares, pero sólo al tratarse de delitos de la misma naturaleza, y en este caso solamente se considerará el mínimo de la pena que podía haberse impuesto en la primera condenación, y no la que se hubiere en realidad aplicado".

El C. p. mexicano: "Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier Tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley".

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales (art. 20).

El C. p. de Panamá, en su artículo 78, manda: "Para determinar el alcance de las disposiciones de los artículos precedentes, no se tendrá en cuenta:

a) Las condenaciones impuestas por contravención, cuando se trate de castigar un delito, y, recíprocamente;

b) Las condenaciones impuestas por delitos resultado de imprudencia, negligencia, inhabilidad en un oficio o profesión, inobservancia de reglamentos,

Por lo que hace a la *reincidencia internacional* tampoco existe acuerdo alguno. En determinados Códigos se toma en cuenta; en otros, no. Y, por último, el de Paraguay expresamente dispone la ausencia de eficacia.

De la simple lectura de las fórmulas legislativas en las que se confiere eficacia en orden a la *reincidencia*, se colige, a las primeras de cambio, que tampoco existe una orientación pareja, ya que adoptan un criterio amplio; otras, limitan sus efectos, apelando a los tipos delictivos bien a las formas de culpabilidad, ora a la reciprocidad, o la niega totalmente efecto alguno. Lo cual es prueba de las dificultades que han de remontarse para llegar a una fórmula similar en los diferentes países.

El primer obstáculo nace de que no existe una cabal comprensión de la *reiteración y reincidencia*, y, en consecuencia, los países que admiten la eficacia penal de la sentencia extranjera por lo que toca a la *reincidencia* nos ofrecen una disparidad inconciliable de criterios.

Por si fuera poco, se yergue otra de no menor importancia,

*órdenes o instrucciones, cuando se trate de un proceso por otra clase de delitos, y, recíprocamente;*

c) *Las condenaciones impuestas por Tribunales extranjeros*".

En el artículo III ordena el C. p. del Perú lo siguiente: "*Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad impuesta en sentencia nacional o extranjera incurra, antes de pasar cinco años, en otro delito o reprimido también con pena privativa de la libertad*".

*La remisión de la pena por vía de gracia equivale a la ejecución de ella.*

*Cuando trate de condena extranjera, sólo se tomará ésta en cuenta para los efectos de la reincidencia, si el hecho que la hubiere motivado fuere también punible como delito en la República.*

*No se computarán las condenas por faltas, ni por delitos culposos, ni por los exclusivamente militares, ni por los políticosociales no cometido en homicidio, incendio o saqueo.*

El C. p. de Puerto Rico, en su párrafo 58, dispone: "*Toda persona convicta en cualquier Estado, gobierno o país de algún delito que, de someterse en Puerto Rico, aparejaría por las leyes de Puerto Rico pena de presidio, será castigado por cualquier delito subsiguiente cometido en Puerto Rico en la forma prescrita en los dos últimos artículos y en igual grado si dicha primera convicción hubiera tenido lugar en un Tribunal de Puerto Rico*".

El C. p. del Uruguay dice en su artículo 48: "*Agravan también la responsabilidad:*

1.º (La reincidencia). *La reincidencia. Se entenderá por tal el acto de cometer un delito antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior—haya o no sufrido el agente la pena—cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de libertad, o por la detención preventiva, o por la pena*".

Y, por último, queda taxativamente descartada la sentencia penal extranjera en el artículo 59 del C. p. de Paraguay, que dispone: "*Para los efectos legales de la reiteración y reincidencia, no serán tomados en cuenta:*

- 1.º *Los delitos políticos.*
- 2.º *Los delitos militares.*
- 3.º *Las condenas impuestas en países extranjeros.*
- 4.º *Las faltas.*
- 5.º *Los delitos cometidos por culpa o imprudencia*".

consistente en que de nada vale la implantación de este espléndido deseo de mutua colaboración internacional contra el delito si no media también cierto acuerdo en cuanto a la clase de auxilio y medios empleados de comunicación internacional y, finalmente, si no se dispone de parecida identificación del delincuente, y, mejor todavía, si no se da vida a un fichero internacional de antecedentes penales. Vayamos por partes.

##### 5. *Formas de identificación de reincidentes* (68).

De antiguo se sabe el mayor castigo infligido a los reincidentes y las toscas y crueles formas de indentificación empleados (69). La vieja *marca* o las *alabanzas* del Derecho romano se han trocado en métodos científicos de identidad perdurables a lo largo de los años, gracias a los descubrimientos de HERSCHEL, GALTON, BERTILLON y otros (70).

La variedad de los sistemas identificativos pudiera malograr la tarea de una verdadera colaboración internacional, pues el de HENRY es seguido en Inglaterra, Dinamarca y otros países; el de BERTILLON, en Francia; el de CASTI, en Italia; el de VUCETICH, en Argentina y otros países iberoamericanos; el de VALLADARES y OLÓRIZ, en Portugal y España, respectivamente, aparte de otros que no son del caso reseñar (71). De entre todos ellos el más difundido en Hispanoamérica es el de VUCETICH, cuya adaptación se aplica igualmente en otros países europeos. Se impone, por tanto, la adopción de un método de identificación de pareja estructura, que pudiera ser el de VUCETICH, con las variantes debidas a las particularidades de cada país.

Debiera igualmente completarse la ficha dactiloscópica con otra en la que se detallara el examen biopsicológico, dada la subida importancia que reviste en punto a la prognosis del delincuente (72). Unida a esta propuesta proponemos la creación de un fi-

(68) Véase para una detallada exposición la obra de L. THOR: *Criminalística*. La Plata, 1934. pág. 94.

(69) Cfr. la numerosa bibliografía al respecto citada por THOR en su obra

(70) V. L. THOR, obra cit., pág. 108 y sigs. También H. GROSS: *Handbuch der Kriminalistik*. I Bd. München, 1942, págs. 381 y sigs.

(71) Téngase en cuenta a este respecto los ensayos ya realizados y los acuerdos del XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario. V. *Actes*, cit.

(72) No se olvide las resoluciones y acuerdos de los distintos Congresos internacionales. Véase para ello *Bulletin de la Com. pen. intern.* Mai, 1926, entre otras publicaciones, la segunda cuestión del Congreso de Estocolmo del año 1878, versada sobre el tema siguiente: *¿Cuál será el mejor medio de combatir la reincidencia?* (págs. 15-16).

En cuanto al fichero judicial, el Congreso de Roma del año 1885 se pronunció en la segunda cuestión de la sección tercera, que trataba de *¿Cuál sería la mejor forma de llegar a un cambio regular de los ficheros judiciales entre los diferentes estados?*, en el sentido de que era preferible adoptar un sistema uniforme (págs. 26-27).

Igualmente de interés, pág. 42, acerca de los delincuentes incorregibles, a



chero internacional, cuya sede pudiera ser Buenos Aires, en el que se llevaran las fichas que cada país enviara a las condenas recaídas sobre extranjeros, que vendría a ser un Registro judicial interhispánico, tal como ha sido explanado por el profesor CASTEJÓN en una comunicación a este Congreso. En este Registro deberán anotarse las condenas dictadas contra los extranjeros, apátridas y personas de doble nacionalidad. De estas fichas archivadas en el meditado Registro judicial interhispánico debiera remitirse una copia al Registro de antecedentes penales del país de origen en aquellos individuos que les afecte la condición de extranjeros. Con ello se tendría constancia de los antecedentes o carrera delictiva de un delincuente, pudiendo aplicarle en caso de recaída en el delito las sanciones, en sentido amplio, que cada país adopte en punto al tratamiento del delincuente, las cuales debieran unificarse, teniendo como punto de apoyo la visión un tanto unitaria de la pena y medida de seguridad en la proporcionada conjunción de justicia y finalidad, en orden a ambas instituciones penales. Tesis finamente desarrollada por los penalistas italianos DELITALA y GEMELLI en los estudios que hemos reseñado. Así, la peligrosidad, índice revelador de la tendencia al crimen (*penchant au crime*) será comprobada mediante la lectura de la condena anterior, con lo que dicho se está que se habrá dado un buen paso al menos en cuanto al descubrimiento de su vida delictiva.

Por encima de los peculiares tratamientos penales contra reincidentes, habituales y profesionales, existe el denominador común de su peligrosidad manifestada, de su actitud delictiva, en gran parte de origen disposicional, lo que ha dado lugar a la agravación de penalidad, orientación aceptada por todas las legislaciones; de otro lado, al reconocimiento también para cerciorarse de su condición de *reincidente* de la sentencia penal extranjera, con la toma en cuenta a efectos de aplicación de una penalidad distinta, dando vida a la noción de la llamada *reincidencia internacional*, especie de frente establecido como medio defensivo y preventivo contra esta determinada criminalidad (73).

Así, no se perturba ni se infiere un Estado en otro, sino que el *reconocimiento* va limitado por los ingredientes de la reciprocidad, a veces; otras, porque el hecho sea igualmente delictivo, secuela de nuestro intocable principio de legalidad, o en ocasiones queda como simple facultad concedida a los Tribunales.

De modo que en determinadas circunstancias se *reconoce*, en virtud de consideraciones de elemental justicia y de razones de solidaridad internacional, la eficacia tanto de la Ley cuanto de la Sentencia, siempre que se repunte el hecho en lo tocante al primero de los susodichos aspectos, en el país de origen, como en

---

la colaboración entre los diversos estados, en punto a servicios penitenciarios, de policía, etc. (págs. 46-47).

(73) V. CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, tomo I, parte general. Ed. Bosch Barcelona, 1948, pág. 208.

el que se delinque, igualmente conducta delictiva. A este respecto el II Congreso Internacional de Derecho Penal, habido en Bucarest en el año 1929, adoptó el acuerdo siguiente: a) Que la represión de las infracciones de Derecho común cometidas en el extranjero se subordine a la condición de que esta infracción se halle prevista y penada por la Ley territorial extranjera (*lex loci*). b) Que el juez tome en cuenta las disposiciones de la Ley territorial extranjera cuando éstas sean más favorables al delincuente. c) Que se observen las disposiciones de esta Ley en los casos en que la persecución tenga lugar a instancia de parte (74).

Ahora bien, el reconocimiento de la sentencia penal extranjera, con el natural envío de las condenas emitidas, es aceptado por una gran mayoría de países, pero todavía quedan bastantes en los que no existe precepto alguno a este respecto, al modo como hemos visto en Italia y numerosos países hispanoamericanos. Y, con ello, se descabala la base de una solidaridad internacional de frente a la delincuencia. Debiera, por tanto, darse cabida, al menos, en los países hispanoamericanos, a la *reincidencia internacional*, reconociendo, por consiguiente, efectos penales en referencia a la *reincidencia* a las decisiones judiciales irrevocables de otro país, para lo cual sería deseable se consignara expresamente en los Códigos penales.

Además, la concesión de efectos penales a la sentencia penal extranjera pone punto final al absurdo que supone el quebrantamiento del aforismo *non bis in idem*, ya que para los delitos realizados por nacionales o extranjeros que son perseguibles o punibles conforme a la legislación nacional cuando los culpables se hallen en el territorio de la nación, resultaría un contrasentido que fueran juzgados por segunda vez (75).

La consecuencia de este sistema lleva implícita una colaboración judicial y policial, sin las cuales sería impracticable la finalidad perseguida por esta institución.

## 6. El auxilio judicial.

De tiempo atrás viene la mutua ayuda que se prestan los Estados en su política represiva contra la delincuencia, y, en términos generales, en todo cuanto redunda en beneficio del mantenimiento de los ordenamientos jurídicos. Así, es conocida la atención que en este sentido dedica el llamado Derecho penal internacional, la cual se traduce en el aspecto práctico en las comisiones rogatorias, los exhortos, las notificaciones de actos del procedimiento y de las sentencias, las remisiones de piezas de convicción, las com-

(74) V. E. CUELLO CALÓN, obra cit., pág. 209.

(75) V. L. J. DE ASÚA, obra cit., pág. 757; J DEL ROSAL, obra citada, tomo II.

parecencias personales de testigos en otro país, el envío de detenidos con el fin de identificarlos, y, sobre todo, la extradición, que es el acto de ayuda penal internacional más importante (76).

En la mayoría de los Estados se mantiene esta ayuda judicial, si bien difiere el procedimiento utilizado. En algunos países se sigue el canje de notas, en otros se adiciona al tratado de extradición concertando una cláusula en la que se conviene la entrega recíproca de los antecedentes penales o cualquier otra clase de ayuda; a veces se concierta un tratado internacional regulando la clase de ayuda, amén de otras. Todo lo cual nos advierte de la necesidad de adoptar, como medida general, el Registro penal interhispánico por lo que respecta a los antecedentes penales, y, además, sería deseable que se resolviera en un tratado-tipo la naturaleza, clase y alcance del auxilio judicial, suscrito por los países participantes en este Congreso.

Concretamente por lo que se refiere al aspecto que aquí más nos interesa del cambio internacional de antecedentes penales, los países están convencidos que es la única forma de poner en juego los medios contra los reincidentes, habituales, profesionales y contra la delincuencia internacional o bandas que operan en varios países.

Hasta tal extremo se está convencido de la bondad de este procedimiento, que el IV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en París en el año 1937, adoptó a este respecto las conclusiones siguientes:

1.<sup>a</sup> La organización del cambio internacional de los antecedentes de los delincuentes es de una necesidad absoluta y evidente.

2.<sup>a</sup> Deben ser cambiados los antecedentes judiciales, y en los límites de lo posible, las fichas de las investigaciones de biología criminal referentes a los delincuentes.

3.<sup>a</sup> El cambio tendrá lugar en los casos regulados en las convenciones especiales.

4.<sup>a</sup> Para efectuar este cambio debe constituirse en cada país una oficina central nacional de documentación que reunirá el material concerniente a estos antecedentes.

5.<sup>a</sup> Para la utilización del material reunido en las Oficinas centrales y para el envío de este material a los Estados interesados, es deseable que se cree un organismo internacional de coordinación.

6.<sup>a</sup> El Congreso admite el voto de que los Estados procedan a una unificación progresiva del sistema de identificación y señalamiento.

7.<sup>a</sup> El Congreso cree útil que se concluya una convención internacional multilateral, que englobe el mayor número posible de Estados para definir las formas del cambio internacional que se menciona.

---

(76) Véase propuesta a este Congreso por el Prof. CASTEJÓN.

He aquí, pues, una clara formulación de los puntos de vista más destacados, que entraña un verdadero auxilio judicial, y que con las salvedades que haremos en las *conclusiones* de esta ponencia, debiera servir de zona de discusión para las propuestas que se adoptaran en este Congreso.

De esta manera se daría al traste con las diversas formas en que ahora se lleva el auxilio judicial, ya que la notificación de la condena al país de origen del condenado se efectúa en virtud de práctica seguida por los Tribunales (Alemania y Bélgica, según circular de 9 de mayo de 1879), ya que por canje de notas diplomáticas como las cruzadas entre el Gobierno español y los de Francia (canje de notas de 9-12 de marzo de 1927), Holanda (canje de notas de 5 de noviembre de 1927) y Suiza (canje de notas de 9 de enero de 1926), o bien mediante acuerdo incorporado al tratamiento bilateral de extradición, del que es ejemplo el suscrito con Perú, etc., etc. (77).

La tarea emprendida contra la criminalidad en el plano internacional y que ha cristalizado en una serie de Acuerdos internacionales (78), en numerosos Tratados de extradición, en la eficaz represión contra determinados hechos penales que socavan las bases de la coexistencia internacional o contra ciertos tipos de delinquentes, las numerosas pruebas de ayuda de la más diversa índole, el reconocimiento del principio de personalidad, de la ley extranjera, de las sentencias, etc., etc., proclama a los cuatro vientos la incontrovertible realidad, sentida por todos los Estados, de formar una sólida hermandad, estañada por un común objetivo: la represión de la delincuencia. Para alcanzar parte de este objetivo se requiere desmontar el lento procedimiento utilizado hasta ahora en las comunicaciones entre los poderes judiciales, a base de llevar a la práctica las propuestas transcritas del precitado Congreso penal internacional. Ya que, por ejemplo, la tra-

---

(77) De entre estos Acuerdos internacionales cabe mencionar: Para la protección de cables submarinos, de 14 de marzo de 1884; los de 15 de julio de 1902 y 4 de mayo de 1910, para reprimir la «trata de blancas»; el de Ginebra de 11 de octubre de 1933, para la represión de la trata de mujeres mayores de edad; el de Ginebra de 12 de septiembre de 1923, para reprimir las publicaciones obscenas; la Conferencia internacional de Ginebra de 20 de abril de 1929, para la represión de la falsificación de moneda; el Convenio de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, para la represión y prevención del terrorismo.

(78) España concluyó diversos acuerdos comprometiéndose a comunicar las sentencias de condena relativas a delitos de cualquier especie que los tribunales de un país pronuncien contra los súbditos del otro. Estos países son Francia, Suiza, Países Bajos y otros más.

Por Real orden de 18 de noviembre de 1926 se dispuso la incorporación al Registro Central de Penados y Rebeldes de los antecedentes penales procedentes de los Tribunales extranjeros.

Antes de estos Convenios muchos países enviaban ya regularmente al Registro mencionado notas autorizadas relativas a las condenas pronunciadas contra súbditos extranjeros. V. E. CUELLO CALÓN: *El nuevo Código Penal*, obra cit., nota 39, págs. 45-46.

mitación en España por vía diplomática con participación del Ministerio de Justicia, así como en orden a la eficacia de las sentencias penales extranjeras, según la Real Orden de 18 de noviembre de 1926 (*Gaceta* del 19), en la que se dictan normas sobre clasificación por el Registro Central de Penados y Rebeldes de las hojas de condena de los Tribunales extranjeros son de suyo regulaciones insuficientes y parciales posiciones en la reforma a fondo que demandan las actuales relaciones penales internacionales.

Otro camino que pudiera seguirse en cuanto a la admisión de la *reincidencia internacional* sería el facilitado por la suscripción de una estipulación, al modo como se hizo en 20 de abril de 1929 para la represión de la moneda falsa, y en la cual se comprometeran los países a tomar en cuenta las condenas de los demás en orden al cómputo de la *reincidencia*. Propuesta que ha sido traída a este Congreso por el profesor Castejón. También este profesor propuso en su estudio un registro internacional de antecedentes penales en orden a la falsificación de moneda que debiera servir de propuesta para hacerlo extensivo a todos los delitos en cuanto a efectos de reincidentes (78 bis).

En referencia con las ideas anteriormente expuestas, los países hispanoamericanos en el Congreso celebrado en la Habana en 1946 trataron de estas cuestiones (79).

### 7. *Auxilio policial.*

De poco valdría el reconocimiento de la *reincidencia internacional*, la ayuda mutua entre las magistraturas penales y los propósitos de unión, unos cuajados en imperativos legales, otros en meros proyectos, si no se recaba una compenetrada colaboración entre los órganos encargados de la investigación, esclarecimiento y detención de los delincuentes. Por esto cuando se esbozó el pensamiento de un Derecho penal internacional dirigido a la represión

---

(78 bis) V. F. CASTEJÓN: *Medios de defensa social en materia de moneda falsa*. Información Jurídica. Madrid, septiembre 1951: «Las condenas, a efectos de reincidencia, deben ser objeto de intercambio de fichas entre los diversos Estados y la Oficina Internacional de su Continente, en forma que cada Estado registre todas las condenas de sus súbditos, tanto en el interior como en el extranjero, así como las Oficinas Internacionales de cada Continente registren las condenas pronunciadas en cada Estado por delitos de moneda falsa, tanto respecto a los propios nacionales del mismo como a los extranjeros.»

(79) El primer Congreso de Medicina Legal, Odontología Legal y Criminología, que se celebró en La Habana del 2 al 8 de septiembre de 1946, inscribió en su programa una reiterativa e inorgánica serie de temas de este estilo: «Instituto interamericano de prevención del delito». «Unificación dactiloscópica con el Vucetich». «Gabinete panamericano de difusión técnica criminológica». «Instituto Panamericano de Criminología». No todo quedó reducido al informe de Manuel Pérez Picó, pues el Congreso acordó la creación de esos Institutos (recomendación 5.ª y 11.ª de la Sección de Criminología), una de las cuales se fundó ya, con sede en La Habana. V. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, obra cit., pág. 759

de la delincuencia internacional o para que sirviera de instrumento de pacificación entre los países, inmediatamente se pensó en la constitución de una política judicial internacional. «La idea de una represión internacional se halla estrechamente ligada a la de la creación de una *policía judicial* destinada a investigar—dice V. Pella—y a reunir las pruebas necesarias para que las jurisdicciones de instrucción puedan formar su convicción respecto del ejercicio de la acusación y las de juicio respecto de la culpabilidad y aplicación de sanciones.

La creación de una policía internacional y permanente fué también propuesta por la Asociación Francesa Pro Sociedad de Naciones en ocasión de la Conferencia de Bruselas de 1919» (80).

No cabe duda que la creación de una policía judicial internacional sería, como expone el profesor Vabres (81), el primer objeto de la ciencia dedicada al estudio del procedimiento penal internacional, siendo el segundo asegurar el envío y ejecución de las comisiones rogatorias, las notificaciones, etc., etc. (82). La policía judicial internacional resulta cada día más necesaria como medio técnico eficaz contra las actividades de las asociaciones internacionales de malhechores. Y, sobre todo, contra esa especie de legado que nos han transmitido las violentas conmociones histórico-sociales, personificado en el tipo de «delincuente internacional», cuya floración halla clima propicio en las facilidades de comunicaciones entre los Estados, especializados de preferencia en la falsificación de moneda (83), tráfico de estupefacientes, trata de mujeres y niños, terrorismo y otras infracciones (84).

Una criminalidad de esta índole reclama la puesta en práctica de idéntico aparato preventivo y represivo, esto es, combatirla desde el ángulo internacional unificando los procedimientos, tanto judiciales como policiales, en una palabra, buscando medios por igual aceptados por las naciones, como si la ley la persiguiera por cualquier confin de tierra en donde buscara la impunidad. Los procedimientos indicados son los siguientes: *a*) Centros internacionales de registro de datos; *b*) Internacionalización del Registro de antecedentes penales; *c*) Internacionalización del sistema antropométrico; *d*) Establecimiento internacional de policía criminal (85); *e*) Cambios de notas entre los poderes judiciales. Aquí no interesa reseñar lo conseguido en estos aspectos, ya que únicamente nos toca señalar la necesidad de una ayuda entre la policía.

(80) V. VESPACIANO V. PELLA: *La Criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho penal del porvenir*. Ed. Aguilar. Madrid, 1931, pág. 392.

(81) V. D. DE VABRES, obra cit. pag. 971.

(82) V. D. DE VABRES, obra cit., pág. 971 y sigs.

(83) V. FEDERICO CASTEJÓN: *Medios de defensa social en materia de moneda falsa*. Memoria al III Congreso Internacional de Defensa Social. (San Marino, 1951) Madrid, 1951.

(84) Para una exposición de estos extremos véase la obra citada de VABRES.

(85) V. J. DAVID: *Police international*, en «Revue de Criminologie et de Police technique Génère». 1951, págs. 105-111.

de los diferentes países. Y a tal respecto, bueno será recordar que ya en el año 1923 se estableció un Centro Internacional de Policía Internacional en Viena, en cuya sede tiene su asiento la *Comisión Internacional de Policía Criminal*, que ha venido celebrando Congresos internacionales en el transcurso de los últimos veinte años, orientados hacia una mayor compenetración contra la delincuencia internacional. La coordinación entre los distintos centros nacionales ha sido llevada por el Centro Internacional de Policía Criminal, recogiendo datos y elementos de conocimiento que han sido enviados a las policías de todos los países. La Comisión trasladó el centro de su actividad a París y publica una revista titulada *La Revue Internationale de Police Criminelle* (86).

(86) A este respecto interesa recordar, v. gr., la Comunicación presentada por F. E. LOUWAGE: «Referente a la solicitudes de indagaciones internacionales», a la XX Asamblea General, de Lisboa, celebrada del 11 al 15 de junio de 1951, el cual propuso la resolución siguiente:

La Comisión Internacional de Policía Criminal, reunida en su Asamblea General de Lisboa del 10 al 14 de junio de 1951.

Habiendo tomado conocimiento de la comunicación-hecho por su presidente, F. E. Louwage.

1.º RECOMIENDA a sus miembros y a los Jefes de los Bureaus Centrales nacionales que velen porque nunca se transmitan, sea al Bureau Internacional o sean a otros Bureaus Centrales Nacionales, demanda de información o de busca concernientes a hechos que tengan carácter político, racial o religioso, incluso si dichos hechos fueren de los que en el país interesado tuviese la cualificación de infracción del derecho común.

2.º DECIDE, con el fin de respetar en el máximo grado posible las prescripciones del artículo 1.º de los Estatutos, que en caso de duda en cuanto al carácter político racial o religioso de una demanda, el Jefe del Bureau Internacional, de acuerdo con el Secretario General de la C. I. P. C. quede autorizado para suspender la difusión de cualquier demanda de información o busca emanante de un Bureau Central Nacional o de otra Autoridad de Policía; el Secretario General de dirigirá a la Autoridad de Policía requirente para solicitar todos los detalles indispensables a fin de esclarecer la exacta naturaleza de los hechos y la situación real de los delincuentes.

3.º RECOMIENDA además a los miembros y los Jefes de los Bureaus Centrales Nacionales que velen igualmente en la medida de lo posible porque las demandas que reciban de autoridades extranjeras de Policía no parezcan violar los principios enunciados en 1.º y 2.º de la presente resolución y que avise: eventualmente sin dilación al Jefe del Bureau Internacional de París, el cual pondrá el hecho en conocimiento del Secretario General de los hechos a que se refieren los párrafos 2.º y 3.º de la presente resolución.

4.º DECIDE, además, que la Autoridad de Policía que dirige las demandas de información o buscas, bien al Jefe del Bureau Internacional, para difusión a los Bureaus Generales Nacionales, bien a un Bureau Nacional extranjero, incurre en la responsabilidad total que resulte del carácter político, racial o religioso del asunto a que se refiere la solicitud.

Como consecuencia de la intervención de la Delegación española del párrafo 1.º, se modifica en la forma siguiente:

1.º RECOMIENDA a sus miembros y a los Jefes de los Bureaus Centrales Nacionales que velen porque nunca se transmita, bien al Bureau Internacional, bien a los otros B. C. N., solicitudes de información o de buscas y, sobre todo, de detenciones provisionales concernientes a infracciones que tengan carácter predominante político, racial o religioso, incluso si a tales hechos hubiese sido adscrita en el país requirente la cualificación de infracción de Derecho común.

Ahora bien, la precedente proposición de creación de una policía internacional perseguía una finalidad distinta a la que aquí vamos a perfilar. Se trata exclusivamente de aunar las distintas actividades policiales, principalmente en conexión con la persecución de los *reincidentes* y cualquier delincuente de resaltado peligro para el orden del buen vivir comunitario de cualquier país. La amplia franja de parejos valores, jurídicamente protegidos, la existencia de normas igualmente valederas dentro de un preciso acontecer histórico, la similitud en las técnicas investigativas, y, sobre todo, la coincidencia criminológica de la figura del *reincidente*, debiera igualmente armonizar, quiérase o no, los servicios policiales en términos generales en la prosecución de los delincuentes especialmente peligrosos.

La apelación a un frente de solidaridad contra la delincuencia más diversa que puebla el ámbito internacional demandada por numerosos tratadistas—recuérdense los nombres de Ortiz, Delaquis, Schneikert, Pella y otros—antes apuntados, como también por lo que hace a la colaboración entre los órganos policiales. Sirva de ejemplo, entre otros, el Congreso de Hamburgo del año 1905, en el que se proclamó la necesidad de ayudarse los Estados, de informarse y de facilitar las comunicaciones entre las policías. Desde 1914, en que se reunió el Congreso Internacional de Policía Criminal, hasta el últimamente celebrado en el pasado año, en el mes de julio, en Lisboa, no ha cejado el empeño de armonizar los métodos de entablar una relación continuada y de emplear cuantos procedimientos sean más hacenderos para no dar tregua a la delincuencia.

La experiencia histórica de la primera guerra mundial y las conmociones posteriores sufridas, particularmente la de la pasada guerra, han equipado, por desgracia, de medios delictivos al hampa criminal, dando vida a modificaciones en cuanto al aumento de la criminalidad y en la aparición de nuevas formas penales (87).

Principalmente con la facilidad de comunicaciones entre los países, la represión en el terreno internacional ha adquirido en los últimos veinte años caracteres problemáticos, como lo revela el número siempre creciente de los reincidentes habituales y profesionales y las medidas penales que han adquirido rápidamente asiento en las legislaciones penales de casi todos los países (88).

Ya en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres del año 1925 se suscitó el debate acerca del modo de conseguir una más rápida y eficaz colaboración entre los Estados, sobre todo en

---

(87) V. J. DEL ROSAL: *Algunos aspectos de la criminalidad de la postguerra*, de próxima publicación en la revista «Arbor», Madrid. Igualmente del mismo autor. *Criminalidad en el Mundo Actual*, en la «Revista del Colegio Mayor de Santa Cruz», Valladolid, 1946; *Les effets de la guerre sur la criminalité*, en «Recueil de documents en matière pénale et penitentiaire», November, 1951, Berne.

(88) V. F. C. CRISPAGNI: *Indici del futuro svolgimento del Diritto penale*, en «La Scuola positiva», Milano, 1950, págs. 349-377.



la lucha contra los delincuentes internacionales. Se llegó a la resolución siguiente: «La lucha contra los delincuentes llamados internacionales se podrá hacer más eficaz si los Estados se decidieran a admitir las comunicaciones directas entre las autoridades judiciales y de policía de los diferentes Estados, en vista de acelerar las medidas de persecución referentes a ciertas categorías de delitos o para informarse sobre los delincuentes peligrosos. Cada Estado deberá nombrar una autoridad central de policía autorizada para comunicarse directamente y de la manera más fácil con las autoridades similares de los otros Estados» (89).

---

(89) V. L. J. DE ASÚA, obra cit., pág. 945. Igualmente, «Bulletin de la Comm. peniten. intern.», obra cit., págs. 115-116.

De entre las Comunicaciones y Ponencias presentadas a la XX Asamblea General de Lisboa, interesa destacar la relativa «Al tráfico ilícito de estupefacientes», de P. MARABUTO, en la que se acentúa de nuevo que «nuestra institución tiene por objeto principal la lucha contra la criminalidad de derecho común».

También conviene tener presente el «rapport» de SÖDERMAN, concerniente a «Estadística internacional de Policía criminal», en cuyo estudio se explanan las bases para un proyecto de estadística internacional que pudiera servir de guía en orden al auxilio que aquí invocamos.

# El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil

## TERCERA PONENCIA PARA EL I CONGRESO HISPANO- LUSO AMERICANO Y FILIPINO PENAL Y PENITENCIARIO

EUGENIO CUELLO CALON  
Catedrático de la Universidad de Madrid

**SUMARIO:** I. La transformación de la delincuencia en general y la criminalidad de los menores.—II. Estadística de la delincuencia de los menores.—III. Su tratamiento reformador. Sus diversas etapas.—IV. Exposición de Derecho comparado sobre el régimen jurídico penal de los menores.—V. Medidas aplicadas para su tratamiento: A) Tratamiento en la familia. Libertad vigilada o régimen de prueba (*Probation*). B) Tratamiento fuera del hogar: a) Colocación en familia. b) Otras formas de colocación extrafamiliar del menor delincuente. c) Internamiento en instituciones. d) Instituciones para menores delincuentes anormales.—VI. Otras medidas aplicadas a niños y adolescentes delincuentes. Imposición de penas. Medios para evitar la imposición de penas.—VII. Los Tribunales de menores: A) Su constitución. Constitución de los Consejos de Tutela.—B) Condiciones que deben reunir los jueces de menores.—C) Concurrencia de abogado defensor. Intervención del fiscal.—D) Competencia por razón de edad. E) Procedimiento: a) Especialización de locales. Restricción de la publicidad. b) Detención del menor. c) Examen del menor. d) Estudio de su ambiente.—F) Apelación contra las resoluciones de los Tribunales de menores.—G) Inscripción de las medidas adoptadas y de las condenas impuestas en los registros penales.—H) Resultados de estos Tribunales.—I) Si debe ser mantenido el Tribunal de carácter judicial o sustituido por organismos de carácter administrativo.—J) El elemento represivo y la idea de justicia en la actuación de estos Tribunales.—K) Perspectivas para el futuro.—VIII. El tratamiento de los delincuentes jóvenes: A) Instituciones Borstal.—B) La prisión-escuela.—C) Realizaciones norteamericanas. La *Youth correction Authority*. Los Tribunales para jóvenes.

## I. LA TRANSFORMACIÓN DE LA DELINCUENCIA EN GENERAL Y LA CRIMINALIDAD DE LOS MENORES

Hace ya exactamente medio siglo que Alfredo Nicéforo, en uno de sus trabajos (1) exponía los más salientes caracteres de la criminalidad al iniciarse la centuria presente. Era el primero de los señalados el tránsito del delito violento al fraudulento; mientras los crímenes violentos y brutales tendían a disminuir, los delitos ejecutados con fraude y con astucia aumentaban. Otro aspecto de la transformación de la delincuencia se concreta en la creciente criminalidad de la mujer. La civilización la ha arrancado de la paz del hogar, la ha alejado del aislamiento en que la mantuvieron los pasados siglos, llevándola a tomar parte activa en la vida social, llena de tentaciones y peligros. «Libertada de su esclavitud familiar, semeja a las mariposas, que abandonan la zona de sombra donde viven por correr a la luz de una gran lámpara, donde mueren abrasadas». Un último matiz peculiar de la delincuencia al nacer el siglo que vivimos es el enorme crecimiento de la criminalidad infantil y juvenil. La velocidad de la vida creada por nuestra civilización vertiginosa, añadía Nicéforo, crea la delincuencia de los menores, como engendra otros males, el suicidio, la locura, el nervosismo; la criminalidad de los menores aumenta porque en el febril movimiento, cada vez más acelerado de nuestras sociedades, el individuo se hace hombre con mayor prontitud que en sociedades y siglos pasados (2).

Comentando yo, en libro de época lejana, estas manifestaciones del profesor italiano, decía que si el crimen fraudulento aumentaba sin cesar, si las estadísticas penales continuaban acusando un fuere crecimiento de la delincuencia femenina, la delincuencia de los menores, lejos de presentar un amenazador incremento, parecía haber detenido su marcha e iniciado un confortador movimiento de descenso. Pero este juicio tiene casi veinte años de fecha.

## II. ESTADÍSTICA DE LA DELINCUENCIA DE LOS MENORES

En el momento actual, a causa de las hondas perturbaciones de todo género causadas por la guerra mundial, la criminalidad de los adolescentes y de los jóvenes constituye un mal social de los más inquietadores. Su enorme incremento es causa en todas partes de grave preocupación. He aquí algunos datos, en su mayoría europeos, referentes a la marcha de esta delincuencia durante los años de guerra y primeros de la postguerra.

En *Inglaterra*, en diciembre de 1941, el «Home Secretary» es-

---

(1) *Las transformaciones del delito en la sociedad moderna*. Madrid, 1902.

(2) *Criminalidad infantil y juvenil*. Barcelona, 1934.

timaba que los menores declarados culpables por los Tribunales juveniles habían aumentado en un 30 por 100 (3). Según diagramas publicados por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (4), el número de muchachos menores de catorce años y de catorce a diecisiete años condenados desciende a partir de dicho año y vuelve a elevarse en 1945 para disminuir en los años posteriores.

En *Francia*, el número de menores varones de trece años juzgados es de 1.678 en 1937, asciende a 4.413 en 1942, desciende a 1.566 en 1945 para subir a 3.948 en 1947. Los condenados menores de trece a dieciséis años son de 4.311 en 1937, 12.802 en 1942, 6.298 en 1945, elevándose nuevamente a 9.556 en 1947. La misma marcha presentan los menores de dieciséis a dieciocho años: 5.928 en 1937, ascienden a 17.596 en 1942, año crítico en la marcha de la delincuencia juvenil francesa, para descender a 9.596 en 1945, volviendo a elevarse a 13.338 en 1947 (5).

*Bélgica*. Los menores juzgados alcanzan en 1939 la cifra de 2.029; en constante aumento llegan a 5.110 en 1942, su número desciende para volver a elevarse a 4.751 en 1946, el descenso se inicia en 1947, prosiguiendo ininterrumpido hasta 1949 con una cifra de 2.605 (6).

*Holanda*. Las cifras proporcionales se refieren a muchachos culpables sobre la base de 10.000 muchachos de la misma edad. Muchachos de catorce años, 40,1 en 1937, 39,1 en 1939, 90,8 en 1942, 123,7 en 1943, 52,1 en 1946, 54,9 en 1947. De dieciséis años, 69,3 en 1937, 57,9 en 1939, 165,0 en 1942, 100,1 en 1946, 92,8 en 1947. De diecisiete años, 57,0 en 1937, 47,1 en 1939, 120,6 en 1942, 108,9 en 1943, 126,6 en 1947 (7).

*Suecia*. Personas menores de dieciocho años condenadas por delitos contra las personas: 68 en 1937, 73 en 1938, 109 en 1942, 134 en 1943, 90 en 1944, 143 en 1945, 99 en 1947, incluyendo los casos de suspensión de la persecución penal. Personas menores de dieciocho años condenadas por delitos contra la propiedad: 1.107 en 1937, 1.112 en 1938, 2.330 en 1942; 2.241 en 1943; 1.374 en 1944, y comprendidos los casos en que se suspendió la persecución penal, llegan a 1.751; en 1945 su número es 680, e incluidos los casos en que fué suspendida la persecución penal alcanza la cifra de 1.791; en 1947 son 560, que con los casos de suspensión de la persecución penal ascienden a 1.880. El número de delincuentes menores de dieciocho años sometidos a educación protectora fueron 284 hom-

(3) JOHN A. J. WATSON: *The Child and The Magistrate*. Londres, 1942; página 20.

(4) Estos datos y los siguientes están tomados de la publicación de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria *Les effets de la guerre sur la criminalité*. Berna, 1951.

(5) *Les effets de la guerre sur la criminalité*, págs. 77 y sigs.

(6) Ob. cit., págs. 11 y sigs.

(7) Ob. cit., pág. 139.

bres y 164 mujeres en 1940; 352 hombres y 219 mujeres en 1943; 298 hombres y 153 mujeres en 1946 (8).

*Noruega.* Personas menores de veintiún años que fueron objeto de procedimiento penal: en 1937, 1.182 hombres y 88 mujeres; en 1940, 1.203 hombres y 105 mujeres; en 1942, 1.819 hombres y 344 mujeres; en 1943, 1.962 hombres y 324 mujeres; a partir de este año las cifras descienden a 949 hombres y 90 mujeres en 1948. Muchachos de catorce a dieciocho años tratados por las Comisiones de beneficencia: 1.085 muchachos y 118 muchachas en 1937, 1.452 muchachos y 265 muchachas en 1941, 1.269 muchachos y 318 muchachas en 1942; a partir de este año, rápido descenso a 686 muchachos y 91 muchachas en 1948 (9).

*Dinamarca.* Hombres menores de veintiún años culpables de delito o no perseguidos por razón de edad: 1.809 en 1938; 3.551 en 1943; 2.815 en 1948. Mujeres menores de veintiún años culpables de delito o no perseguidas por razón de edad: 281 en 1938; 932 en 1943; 539 en 1948 (10).

*Estados Unidos.* Los datos estadísticos son incompletos, pues sólo se refieren a cierto número de Estados. Los datos provenientes de las estadísticas de los Tribunales juveniles publicados por el «Children Bureau» referentes a 71 Tribunales juveniles de localidades de más de 100.000 habitantes, arrojan las siguientes cifras relativas a muchachos de ambos sexos: en 1938 los casos tratados llegaron a 47.218, en 1942 a 58.193, en 1943 a 77.649, en 1945 a 80.744, descendiendo a 57.520 en 1948 (11).

Los datos expuestos señalan un enorme aumento de la criminalidad juvenil durante los años de guerra, en particular en 1942 y 1943, en los que alcanzan las cifras más elevadas. En la mayoría de los países, la delincuencia desciende en los años de postguerra, pero manteniendo cuotas más altas que en la anteguerra. En algún otro, como en Francia, después del descenso de aquellos años se inicia de nuevo una grave subida.

En todo caso, la criminalidad de niños y jóvenes constituye uno de los fenómenos criminales más graves de nuestro tiempo, con tremendo problema social, cuya solución requiere el esfuerzo combinado de criminalistas, psicólogos, psiquiatras y pedagogos.

### III. EL TRATAMIENTO REFORMADOR DE LOS MENORES. SUS DIVERSAS ETAPAS

La preocupación por la delincuencia de los menores nace en fecha no lejana de nuestros días (12). La reforma que a fines del

(8) Ob. cit., pág. 205.

(9) Ob. cit., pág. 129.

(10) Ob. cit., pág. 32.

(11) Ob. cit., pág. 261.

(12) El tratamiento de los menores delincuentes, objeto de considerable nú-

siglo XVIII puso fin a la dureza penal del antiguo régimen no reparó en su triste situación. Beccaria, en su célebre libro «*Dei delitti e delle pene*», condenó con justa severidad la penalidad a la sazón reinante, pero en sus rebeldes páginas no hay una alusión a la crueldad con que eran tratados los criminales jóvenes. Otro gran reformador coetáneo de Beccaria, Juan Howard, que consagró su vida a humanizar el estado de las prisiones, no se preocupó de la triste suerte que en ellas corrían abandonados en promiscuidad corruptora con malhechores depravados e incorregibles.

Bien entrado el siglo XIX es cuando apunta el interés social por los muchachos descarriados y delincuentes. Se estudian medios para suavizar la dureza de su régimen penal; se levantan, aun fuera del campo jurídico, voces de protesta contra la apatía colectiva ante el grave problema del vicio y del delito juvenil. Pero en este naciente interés social por los menores no predominan la preocupación del peligro que para el porvenir representan, ni una finalidad utilitaria de prevención de males futuros, por encima de toda otra idea prevalece un sentido de puro y generoso humanitarismo.

En este momento se pone de relieve que los niños y los jóvenes que delinquen no son responsables de sus vicios ni de sus miserias, que siguen el camino del delito porque no pudieron conocer el del bien, que de sus tendencias perversas y antisociales no tienen culpa alguna ya que vinieron al mundo con taras físicas y mentales legadas por herencia inexorable y su vida transcurrió en ambientes moralmente corrompidos, que quizá los más culpables son sus padres que les abandonaron y descuidaron sus deberes paternales, y que la mayor responsable es la sociedad que con desidia injustificable los ha desatendido y olvidado. Entonces nació y arraigó la convicción de que los niños, cuando quebrantan la ley penal, no deben ser castigados como los adultos con penas inspiradas en sentido expiatorio y represivo, sino sometidos a medidas de educación y de reforma. Estas ideas fueron paulatinamente acogidas en

---

mero de trabajos, ha sido especialmente estudiado en España por el autor de estas líneas (*Criminalidad Infantil y Juvenil*, Barcelona, 1934), y por el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Dr. PÉREZ-VITORIA, en completo y documentado libro (*La Minoría Penal*, Barcelona, 1940). Los Tribunales de Menores han publicado también importantes trabajos monográficos referentes a la misma materia, entre otros los del presidente del Tribunal de Zaragoza, profesor GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOEHEA (*Aportación de las varias regiones españolas al estudio de los precedentes doctrinales y legislativos del tratamiento de los menores caídos o abandonados*, Zaragoza, 1947; *Preocupaciones internacionales en torno al menor*, Zaragoza, sin fecha); del Juez de Menores de Madrid, ALBEROLA SUCH (*Los niños en los espectáculos como factor influyente en la delincuencia infantil*, sin lugar de impresión ni fecha; *Criterio a seguir en el internamiento de los menores, tanto en facultad protectora como reformadora*, Madrid, 1948); de FERRER SAMA, Juez de Menores de Madrid (*Antijudicialidad, voluntariedad y motivación como exponente de la personalidad del menor*, Oviedo, 1941); del psiquiatra LÓPEZ SÁIZ (*Problemas que plantean los niños anormales a los Tribunales Tutelares de Menores*, Oviedo, 1951), etc.

las leyes y los menores comenzaron a salir del ámbito del Derecho penal para ser principalmente objeto de una actuación educativa y reformadora.

Pero el tratamiento de los menores no tardó en organizarse sobre una base científica. En su comienzo se procedió de manera empírica y sentimental, pero más tarde, como consecuencia de los estudios realizados sobre el niño, sobre su vida física, psíquica y social, la acción reformadora del menor se va organizando sobre bases estrictamente científicas. A esta nueva fase han contribuido de modo especial las numerosas investigaciones llevadas a cabo sobre la psicología infantil y juvenil durante los últimos lustros.

De estos estudios han surgido nuevas valoraciones de la delincuencia y de la corrupción de niños y jóvenes. Se ha dejado de estimarlos como seres que forman un específico grupo moral y social, como muchachos distintos de los demás con modalidades biológicas y psíquicas propias y peculiares para considerarlos como criaturas semejantes a las que nunca infringieron las normas legales y morales, como iguales a los otros menores y dotados de idénticos mecanismos mentales. Se ha llegado a la afirmación de que el niño, como el adolescente delincuente, no es ni un anormal moral ni un anormal psíquico, aun cuando es indudable que entre ellos se encuentran muchos anormales.

Consecuencia de estas modernas concepciones es la tendencia manifestada en algunos países de agrupar para su solución los problemas que la delincuencia del niño plantea con otras cuestiones referentes a la vida infantil. Inglaterra inicia este rumbo con el «Children Act», 1908, y con el Children and Young Persons Act», 1933, en los que se regula, juntamente con el tratamiento de los menores delincuentes, la protección de la salud, de la vida física y moral y del trabajo de niños y adolescentes, camino que han seguido con sus Códigos de menores no pocos países americanos: Brasil, Uruguay, Venezuela y otros. También en Cuba, por obra del ilustre criminalista doctor José Agustín Martínez, se ha preparado un amplio y notable proyecto de Código de Menores que por encargo de su autor tengo el honor de presentar al Congreso.

A las fases humanitaria y científica por las que en su desarrollo ha pasado el tratamiento de los menores, únese otra, de gran importancia, aparecida en la época presente, que podríamos denominar «fase internacional». En los años que precedieron a la última guerra mundial, y en particular en los de la postguerra, las actividades encaminadas al estudio de la delincuencia de los menores y a su educación y reforma franqueando las fronteras nacionales, están formando un amplio y sólido frente internacional (13). El primer esfuerzo internacional de trascendencia se produce en 1921 con

---

(13) Véase GUALLART y L. DE GOICOECHA: *Preocupaciones internacionales en torno al menor*. Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza, sin fecha.

la fundación de la «Association Internationale pour la Protection de l'Enfance»; sigue la obra de la extinguida Sociedad de Naciones, que consagró atención considerable a todos los problemas de la infancia, y entre ellos a los de la infancia delincuente (14), y en el momento actual, en estos años de la postguerra, la Organizaciones de las Naciones Unidas, por medio de sus organismos el Consejo Económico y Social, que ha organizado varias reuniones internacionales (París, octubre 1948; Lake Success, 1949), y la División de Actividades Sociales, que organizó en París (noviembre-diciembre 1949) un «Ciclo de estudios sociales europeos», en el que se abordaron importantes cuestiones referentes a la criminalidad infantil, trabajan intensamente en el estudio de estos problemas. Tampoco deben ser olvidadas la tarea realizada por la Comisión Consultiva de la Infancia delincuente y socialmente inadaptada, cuya primera sesión plenaria se celebró en Amersfoort (Holanda) en 1949, en el que se trataron importantes temas referentes a delincuencia infantil, y por la recién desaparecida Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, que con aspiraciones internacionales, siempre consagró gran interés al estudio de estas cuestiones.

En los programas de los Congresos internacionales organizados por dicha Comisión constantemente figuraron temas referentes a la criminalidad juvenil y su tratamiento (15). Asimismo, dentro de la actuación internacional, merecen especial mención los Congresos internacionales de Jueces de niños, organizados por la Asociación Internacional de Jueces de niños, de los cuales el último fué ha poco celebrado en Lieja (julio 1950).

---

(14) El «Comité de Protección de la Infancia» de la Sociedad de las Naciones realizó y publicó interesantes informaciones sobre materias referentes a la infancia: protección de los niños ciegos, protección de la infancia contra los peligros del cinematógrafo, situación de los niños ilegítimos, trata de niños, regreso al hogar de niños y adolescentes expatriados. En el campo de la infancia delincuente también llevó a cabo y publicó en 1931 informes de gran interés sobre los servicios auxiliares de los Tribunales para niños, sobre la organización de los Tribunales para niños y experiencias adquiridas hasta el día; en 1934, sobre las «Instituciones para niños descarriados y delincuentes»; en 1937 publicó un informe sobre los «Principios aplicables a los Tribunales para menores y a los organismos análogos, a los servicios auxiliares y a las instituciones destinadas a estos niños» (*Services Auxiliaires des Tribunaux pour enfants*, Ginebra, 1931; *L'Organisation des Tribunaux pour enfants et les expériences faites jusqu'à ce jour*, Ginebra, 1931; *Les institutions pour enfants dévoyés et délinquants*, Ginebra, 1931; *Principes applicables aux Tribunaux pour mineurs et aux organismes analogues, aux services auxiliaires et aux institutions destinées à ces enfants*, Ginebra, 1937).

(15) En el XII Congreso Penitenciario Internacional de La Haya (1950), último de los celebrados, figuraban las siguientes cuestiones: «¿Cuáles son los progresos realizados en el tratamiento penitenciario de los adolescentes delincuentes? (Reformatorio, Instituciones Borstal, Prisión-escuela, etc.)». «¿La protección de la infancia moral y materialmente abandonada debe ser confiada a un tribunal o a un organismo de carácter no oficial? ¿Los Tribunales encargados de juzgar a los niños y a los adolescentes deben ser conservados?» «¿Algunas de las experiencias realizadas en el tratamiento de la juventud delincuente deberían ser extendidas al tratamiento de los delincuentes adultos?»



#### IV. EXPOSICIÓN DE DERECHO COMPARADO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO PENAL DE LOS MENORES

En las legislaciones modernas, la minoría penal oscila entre dieciséis y dieciocho años. Estos menores son generalmente sometidos a medidas educativas o a penas especiales inspiradas solamente en sentido reformador. Pero no obstante este criterio general, entre las diversas legislaciones existen diferencias importantes.

En *Inglaterra* se presume que los menores de ocho años no pueden ser culpables de delitos («Children and Young Persons Act», 1933, Sec. 50); de ocho a catorce años se les presume incapaces de ánimo criminal, presunción que puede ser rebatida ni prueba que tienen capacidad para conocer que el acto ejecutado es malo (16). De los catorce en adelante se les presume *doli capax*. Conforme al «Children and Young Persons Act», 1933, los delitos cometidos por los menores de catorce a diecisiete años son juzgados por los tribunales para muchachos («Children Courts»), con excepción del homicidio (17). El «Criminal Justice Act», 1948, dispone que no se pronunciará condena de muerte contra menores de dieciocho años, restringiendo la aplicación de la pena de prisión y establece que el Rey, mediante ordenada en consejo, puede prohibir se dicte esta pena contra menores de veintiún años (18).

*Francia*. El régimen jurídico de los menores delincuentes está contenido en la Ordenanza de 2 de febrero de 1945, modificada por ley de 25 de mayo de 1951 (19). Conforme al artículo 66 del Código penal reformado por aquella ordenanza, la minoría penal llega hasta los dieciocho años. Los menores de trece a dieciocho años son sometidos a medidas de carácter educativo, y de acuerdo con el artículo 1.º de la ordenanza citada, no serán juzgados por los Tribunales de Derecho común, sino por los Tribunales para niños («Tribunaux pour enfants»). Pero estos menores, según establece el artículo 67 del Código penal, también modificado por la ordenanza de 1945, pueden ser objeto de condena penal, en cuyo caso las penas correspondientes son atenuadas, siendo posible en caso de incurrir en las penas graves la imposición de la pena de prisión de diez a veinte años. Sin embargo, esta atenuante puede no ser estimada de acuerdo con el artículo 2.º, párrafo tercero de la referida ordenanza.

(16) RUSSELL: *A Treatise on Felonies and Misdemeanors*, novena edición. Londres, 1936, págs. 13 y sigs. STEPHEN: *Criminal Law*, Londres, 1950, pág. 2.

(17) CLARK AND MORRISON: *Law relating to Children and Young Persons*, 2.ª ed. Londres, 1942.

(18) MORRISON y HUGHES: *The Criminal Justice Act. 1948*. Londres, 1949, páginas 38-39.

(19) VIDAL-MAGNOL: *Cours de Droit criminel et de Science Penitentiaire*, tomo. I. París, 1949, págs. 226 y sigs. MAGNOL: *La loi N.º 51-687 du 24 mai 1951 modifiant l'ordonnance du 2 février 1945 relative a l'enfance délinquante*, en «Rev. de Science criminelle et de Droit Pénal comparé», 1951, número julio-septiembre.

*Bélgica.* La mayoría penal comienza a los dieciséis años. Los menores, cualquiera que sea la infracción cometida (crimen, delito o contravención), conforme a lo dispuesto en la ley de 15 de mayo de 1912, son juzgados por el Juez de niños («Juge des enfants»), que adopta medidas de guarda, de educación o preservación. Si hubieren cometido una infracción calificada de crimen pueden ser puestos a disposición del Gobierno hasta los veinticinco años y si el crimen fuere punible con muerte o trabajos forzados hasta los cuarenta y un años. En virtud del artículo 77 del Código penal, la pena de muerte no puede imponerse contra ningún menor de dieciocho años y será sustituida por la de trabajos forzados a perpetuidad (20). Los jóvenes de dieciséis a veintiún años, según decreto real de 28 de junio de 1921, pueden cumplir sus condenas en un establecimiento especial, la prisión-escuela.

*Holanda.* Son menores, según lo dispuesto en el artículo 9.º, párrafo segundo del Código penal, las personas que no han alcanzado la edad de dieciocho años en el momento de ser pronunciada la sentencia de primera instancia. Estos serán juzgados con arreglo a la ley de Tribunales de menores de 5 de julio de 1921 y al artículo 487 del Código de procedimiento penal entrado en vigor el 1.º de enero de 1926. Pero conforme al artículo 39,7 del Código penal es posible juzgar a los menores entre dieciséis y dieciocho años con arreglo a las disposiciones aplicables a los mayores de esta edad, aunque no se les impondrá la pena de prisión. Los jóvenes delincuentes de dieciocho a veintidós años pueden cumplir sus penas en una prisión especial (21).

*Italia.* El menor de catorce años es inimputable (artículo 97 del Código penal). Es imputable el menor de catorce a dieciocho años, si posee capacidad de entender y de querer la pena se atenúa (artículo 98 del Código penal). Los delitos cometidos por los menores de dieciocho años son juzgados por los Tribunales de menores regulados por decreto-ley de 20 de julio de 1934 (22).

*Suiza.* La mayoría penal comienza a los dieciocho años. Hasta los seis años el menor queda por completo fuera del Derecho penal, según lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal. Desde los seis a los catorce años (niños), conforme al párrafo segundo de su artículo 82 le serán aplicables las disposiciones contenidas

(20) WETS: *Enfance coupable et tribunaux pour enfants*. Lovaine, 1937; Delannoy: *L'application de la loi 15 mai 1912 sur la Protection de l'Enfance de 1920 a 1937*, en «Rev. de Droit Pénal et de Criminologie», 1938, pág. 651; CONSTANT: *Manuel de Droit Pénal*. Première Partie. Lieja, 1948, pág. 180.

(21) *L'organisation des Tribunaux pour enfants et les expériences faites jusqu'à ce jour*. Publication de la Sociedad de Naciones, págs. 93 y sigs; NISSOT: *L'Enfance délinquante et moralement abandonnée*, vol. I, Bruselas, sin fecha, páginas 266 y sigs.

(22) RENDE: *Il Tribunale per i minorenni*. Roma, 1935; NOVELLI: *Note illustrative del R. Decreto Legge 20 Luglio 1934 sull'istituzione e il funzionamento del Tribunale per i minorenni*, en «Riv. di Diritto penitenziario», 1934, páginas 783 y sigs.

en los artículos 83 y siguientes del mismo Código, que establecen medidas de educación, de vigilancia, o de curación en casos de niños enfermos mentales, débiles mentales, sordomudos o epilépticos. Los menores de catorce a dieciocho años (adolescentes), si están abandonados moralmente, o pervertidos o en peligro de serlo, son internados en una casa de educación para los adolescentes o confiados a una familia digna de confianza y, en todo caso, su educación quedará sometida a la vigilancia de la autoridad competente (artículos 90 y 91 del Código penal); si fueren enfermos mentales, débiles mentales, sordomudos, epilépticos o dados a la bebida, serán sometidos a un tratamiento especial (artículo 92). Los adolescentes, cuando no son moralmente abandonados, ni pervertidos, ni han cometido un crimen o delito grave que denote su peligrosidad, ni su estado exija un tratamiento especial, son objeto de castigo penal si la autoridad competente los considera culpables (artículo 95). Los menores de dieciocho a veinte años quedan sometidos a las normas penales comunes, pero su pena se atenúa (art. 100) (23).

Las autoridades competentes para el tratamiento de los niños y adolescentes son designadas por los cantones (artículo 369 del Código penal).

*Alemania.* El tratamiento de los menores delincuentes está regulado por ley de 6 de noviembre de 1943 (24). Los menores de catorce años no están sometidos a sus preceptos, sino a las medidas educativas dictadas por el Juez de Tutelas. Las medidas establecidas en esta ley se aplican a los jóvenes cuando son «penalmente responsables». Por «joven» se entiende el menor de catorce a dieciocho años, y se le considera responsable «cuando en el momento del hecho posea la madurez de desarrollo moral y espiritual suficiente para comprender su injusticia y obrar conforme a dicha comprensión» (§ 3,1). Los mayores de doce años quedan equiparados a los jóvenes cuando a causa de la gravedad del hecho la protección del pueblo exija un castigo penal (§ 3,2). Si el joven no fuere responsable por falta de madurez, podrá ser puesto a disposición del Juez de Tutelas.

Sin embargo, tratándose de jóvenes delincuentes peligrosos se aplicarán las disposiciones del Código penal común, lo que tiene lugar en dos casos: a), cuando el joven, en el momento del hecho, hubiere alcanzado tal desarrollo moral y espiritual que pueda ser equiparado a un mayor de dieciocho años (§ 20,1); b), cuando el joven, aunque por su desarrollo moral y espiritual no pueda ser equiparado a un adulto, la valoración total de su personalidad y de su hecho muestren que es un degenerado delincuente peligroso

(23) LAGOZ: *Commentaire du Code Pénal suisse*. Neuchatel-París, 1939, páginas 329 y sigs. y 382 y sigs. THORMANN y OVERBECK: *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, tomo I. Zurich, 1940, págs. 241 y sigs. y 271 y sigs.

(24) En el momento de escribir estas líneas se prepara su reforma, acogiendo más ampliamente el elemento educativo y restringiendo el represivo.

y que la protección del pueblo exige este tratamiento. En ambos podrán imponerse las penas y las medidas de seguridad y de corrección establecidas en el Código penal.

Las medidas aplicables a los jóvenes son medidas educativas, medidas disciplinarias y penas. La prisión para jóvenes («Jugendgefängnis») es la única pena establecida por la Ley (25).

En la Zona de ocupación soviética, en la República democrática alemana, también está vigente la ley de 6 de noviembre de 1943, pero para los casos políticos no se aplica (26).

*Rusia.* El artículo 12 del vigente Código penal establecía que las medidas de defensa social de carácter judicial correccional no eran aplicables a los menores de dieciséis años y que éstos sólo podían ser sometidos a medidas de carácter médico-pedagógico impuestas por las Comisiones para menores. Esta disposición fué derogada por disposición del Comité Ejecutivo Central de la U. R. S. S. de 7 de abril de 1935, conforme a la cual los menores a partir de los doce años que hubieren cometido graves delitos (homicidios, mutilaciones, lesiones, robos, etc.) serán juzgados por los Tribunales penales, que aplicarán las medidas de castigo penal. Por decreto de la Presidencia del Soviet Supremo de la U. R. S. S. de 10 de diciembre de 1940, quedarán también sometidos a las medidas penales comunes los menores de más de doce años que hayan ejecutado hechos que puedan originar accidentes ferroviarios. Posteriormente, un decreto del Presidente del Soviet Supremo de 31 de mayo de 1941, dispuso que para los delitos no previstos en las dos disposiciones anteriores los menores serán responsables a partir de catorce años. Así, pues, la mayoría penal comienza a los catorce años, con excepción de los delitos antes mencionados, en cuyo caso dicha mayoría se retrotrae a los doce años (27).

*Suecia.* Los menores de quince años no están sometidos a la ley penal (capítulo V, artículo 1.º del Código penal). Con arreglo a una ley de 1902, serán entregados al Consejo de Protección de la Infancia. Si el culpable tiene más de quince años y menos de dieciocho, puede el Consejo de Protección de la Infancia disponer su internamiento en un establecimiento de educación o aplicar otra medida educativa. Conforme a la ley de 15 de junio de 1935,

---

(25) MAURACH: *Grundriss des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, Wolfenbüttel y Hannover, 1948, págs. 173 y sigs. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*. Berlin, 1949, págs. 132 y sigs. E. CUELLO CALÓN: *El nuevo Derecho penal juvenil en Alemania*, en «Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid», 1943, págs. 25 y sigs.

(26) *Die derzeitige situation der Justiz in der Sowjetische Besatzungszone*, Bonn, 1951, pág. 22.

(27) MAURACH: *Die Sowjetunion im Kampf gegen die Kinderkriminalität*, en «Monatschrift für Kriminal-psychologie», 1936, págs. 215 y sigs.; mismo autor: *Die Bekämpfung der Jugendkriminalität in der Sowjetunion* en «Monatschrift für Kriminalbiologie», 1939, págs. 130 y sigs.; FONTEYNE: *Code Penal de la République Sovietique Fédérative Socialiste de Russie*. Bruselas, 1951, páginas 27 y 107.

entrada en vigor el 1.º de enero de 1938, los menores de dieciocho a veintiún años podrán cumplir sus condenas en prisiones especiales reservadas para jóvenes, pero éstos pueden también ser tratados por el Consejo de Protección de la Infancia (28).

*Noruega.* Los menores de catorce años no son punibles (artículo 46 del Código penal), y son confiados a los Consejos de Tutela, que los someten a medidas educativas. Desde los catorce años son punibles, pero hasta los dieciséis la pena puede ser acompañada de medidas educativas o reemplazada por ellas. Tratándose de los menores comprendidos entre estas edades, el Ministerio público, de acuerdo con la Sec. 85 del Código de procedimiento criminal de 1887, puede desistir de su persecución penal, en cuyo caso son confiados al Consejo de Tutela. Los menores de dieciocho años son punibles, pero conforme al artículo 45 del Código penal, la pena se atenúa considerablemente (29).

*Dinamarca.* Los menores de quince años no son punibles (artículo 15 del Código penal) y quedan sometidos a los Consejos de Protección de la Infancia. Desde los quince a los veintiún años los menores cuyo delito deba considerarse como resultante de tendencias criminales, de inclinación a la vagancia o del influjo de malas compañías, serán condenados a internamiento en una prisión-escuela (artículos 41 y siguientes del Código penal). Tratándose de muchachos de quince a dieciocho años culpables de leves delitos, el Ministerio público puede abstenerse de perseguir el hecho y confiar el menor a los Consejos de Protección de la Infancia. Los de quince a veintiún años, en ciertas circunstancias pueden también quedar sometidos a estas autoridades (30).

*Finlandia.* Los menores de siete años no son punibles. A los quince años comienza la mayoría penal. Desde los siete a los quince años los menores pueden ser internados en establecimientos

(28) THORTEN SELLIN: *Recent penal legislation in Schweden*. Estocolmo, 1947, págs. 9 y sigs.; Comunicación de TORGNÝ LINDBERG al XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario (La Haya, 1950) sobre la cuestión «Progresos realizados en el tratamiento penitenciario de los adolescentes delincuentes» (Reformatorios, Instituciones Borstal, Prisión-escuela, etc.); GUNNAR THURÉN: *La réforme médoise de l'exécution des peines*, en «Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire», 1948, marzo, págs. 124 y sigs.; STRAHL: *Les nouvelles lois suédoises contre la criminalité juvénile*, en «Rev. de Science criminelle et de Droit pénal comparé», 1938, págs. 433 y sigs.

(29) Comunicación HARBER al XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario (La Haya, 1950), *Preparatory Papers*, IV. La Haya; E. BROSCHE: *Conseils de Protection de l'Enfance en Norvège*, Société des Nations. Ginebra, 1937, página 41.

(30) Comunicación de T. HAARLOV al XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario sobre la cuestión «Si la protección de la infancia moralmente abandonada debe ser confiada a un tribunal o a un organismo de carácter no judicial. Si los Tribunales encargados de juzgar a los niños y a los adolescentes deben de ser conservados», *Preparatory Papers*, IV, La Haya; comunicación de AAGE HANSER al mismo Congreso sobre el tema «Progresos realizados en el tratamiento penitenciario de los adolescentes delincuentes» (Reformatorios, Instituciones Borstal, Prisión-escuela, etc.). *Preparatory Papers*, IV, La Haya.

públicos de educación. De los de quince a dieciocho años se les aplican las penas establecidas en el Código penal con una considerable atenuación (capítulo III, artículo 1 del Código penal). La ley de 31 de mayo de 1940 ha restringido la aplicación de las penas de prisión para los jóvenes delincuentes, sustituyéndolas por medidas educativas. Conforme a la ley entrada en vigor en 1.º de enero de 1943, el Ministerio público puede desistir de la persecución de los delincuentes menores y el Tribunal puede suspender condicionalmente la condena (31).

*Portugal.* El régimen de los menores delincuentes se halla regulado principalmente por el Decreto de 27 de mayo de 1911 y por los Decretos de 15 de mayo de 1925 y de 5 de marzo de 1928. La mayoría penal comienza a los dieciséis años, y hasta esta edad los menores están sometidos a la competencia de las Tutorías de Infancia, que les aplican medidas educativas desprovistas de sentido penal (32). Los mayores de dieciséis años son responsables penalmente y reclusos en prisiones-escuelas creadas por decreto-ley de 28 de mayo de 1936 sobre la organización de los servicios de prisiones (artículos 74 y siguientes) (33). Para los menores de dieciocho años y de veintiuno, el Código penal señala penas atenuadas (artículos 108 y 107, respectivamente).

*España.* Los menores de dieciséis años no son imputables (artículo 8.º, 2.º del Código penal). Los delincuentes de esta edad son entregados a los Tribunales Tutelares de Menores (ley de 13 de diciembre de 1940, texto refundido por decreto de 11 de junio de 1948), que les aplican medidas puramente reformadoras. Los de dieciséis años a dieciocho quedan sometidos a las normas comunes del Código penal, pero la pena aplicable es objeto de gran atenuación; el Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del Código penal, podrá sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma (34).

*Méjico.* La mayoría penal está fijada en los dieciocho años. A los menores de dieciocho años no se les aplican las medidas penales comunes, sino medidas de educación, de reforma o de curación (artículos 119 y siguientes del Código penal). Estas medidas son

(31) HELASVUO, en *Reprint from Yearbook of the Northern Associations of Criminalist 1948-1949*. Estocolmo 1950, pág. XXXVI; TAULERI: *Reprint from Yearbook of the Northern Associations of Criminalist 1949-1950*. Estocolmo, 1950, págs. XXV y sigs.; ARVELO: *Finlande, Nouvelles dispositions législatives pénales en 1939-1940*, en «Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire». Berna, 1943, págs. 237 y sigs.

(32) Prof. BELEZA DOS SANTOS: *Regime jurídico dos menores delinquentes em Portugal*. Coimbra, 1926; D'OLIVEIRA: *Les délinquants mineurs de 16 a 21 ans au Portugal*, en «Bull. internationale de la Protection de l'Enfance», 1936, páginas 1634 y sigs.

(33) BELEZA DOS SANTOS: *Nova Organização prisional portuguesa*. Coimbra, 1947, págs. 13 y sigs.

(34) T. DE A. GARCÍA Y GARCÍA: *Comentario a la ley y reglamento de Tribunales Tutelares de Menores*. Madrid, 1943.

aplicadas por los Tribunales de menores (su ley orgánica de 22 de abril de 1942; los procedimientos seguidos por estos Tribunales están determinados por el Código de Procedimientos penales para el Distrito y Territorios federales, artículo 389 y siguientes) (35).

*Argentina.* El menor de catorce años no es punible. Si resultare peligroso dejarlo a cargo de sus padres, tutores o guardadores será internado en un establecimiento destinado a corrección de menores (artículo 36 del Código penal). Los menores de catorce a dieciocho años podrán serlo en establecimiento de corrección o castigado con las penas comunes, que serán penas atenuadas libremente por el Tribunal (artículo 37). La ley de Patronato de Menores de 21 de octubre de 1919 da amplias facultades a los jueces criminales y correccionales para tomar las medidas más adecuadas a la reforma del menor (36).

De la anterior exposición del régimen jurídico de los menores delincuentes en cierto número de países aparece claramente su diversidad, entre otras podrían señalarse las siguientes notas características:

Ciertos países establecen una minoría penal absoluta, durante la que el menor queda sustraído a todo género de represión penal (Inglaterra, hasta los ocho años; Italia, hasta los catorce años; Suiza, hasta los seis años; Alemania, hasta los catorce años; Suecia, hasta los quince años; Noruega, hasta los catorce años; Dinamarca, hasta los quince años; Finlandia, hasta los siete años; España, hasta los dieciséis años; Argentina, hasta los catorce años). Algunas legislaciones mantienen el criterio del examen discernimiento del menor como base de la punibilidad del menor (Alemania, Inglaterra, Italia), mientras que la mayoría prescinden de su investigación e imponen medidas educativas o penas especiales (37).

Ciertas legislaciones, hasta los dieciséis años, imponen solamente medidas de educación y de reforma (Bélgica, Portugal, España); otras, además de las medidas educativas prevén medidas penales especiales diferentes de las aplicables a los adultos (Alemania, Suiza, Suecia, Dinamarca). En determinados países, además de las medidas educativas, tratándose de menores peligrosos o culpables de delitos graves, es posible la imposición de las penas comunes (Holanda, Bélgica), incluso las de mayor gravedad (Alemania, desde los catorce años; Francia, desde los trece años, y desde los dieciséis la pena de muerte; en Inglaterra la pena de

---

(35) CARRANCA y TRUJILLO: *Derecho Penal Mexicano*. Parte General, tomo II, México, 1950, págs. 243 y sigs.

(36) SOLER: *Derecho penal argentino*, tomo II. Buenos Aires, 1945, páginas 48 y sigs.; GONZÁLEZ ROURA (h.): *Legislación penal para menores*. Buenos Aires, 1932.

(37) Sobre esta cuestión, véase PÉREZ VITORIA: *La Minoría Penal*, páginas 63 y sigs.; E. CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, 10.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1951, página 436, nota 6.

muerte puede imponerse a los mayores de dieciocho años), en algún país es el régimen penal aplicable a la mayor parte de los menores es el régimen penal común (en Rusia se aplica a los mayores de doce y de catorce años).

La regla general es la aplicación de medidas de educación; la excepción, sólo aplicable a ciertos delincuentes, es la imposición de penas del Derecho penal común, aunque ampliamente atenuadas. Quedan, pues, todavía los menores, si bien en casos excepcionales, sometidos al Derecho penal con pleno sentido represivo. Por esta razón no es justo proclamar, como lo han hecho no pocos autores, y entre ellos célebres penalistas (Dorado Montero, Garçon Garraud), sin contar otros de menor reputación, yo mismo entre ellos (38), que el niño ha salido del Derecho penal, que el Derecho penal ha desaparecido para los niños y jóvenes delincuentes; no, los adolescentes no han salido por completo del campo represivo y menos aún los jóvenes delincuentes, ni creo deseable por altas razones de justicia y de protección social semejante liberación absoluta de las normas penales. Ciertos adolescentes y jóvenes criminales peligrosos deben continuar dentro del ámbito penal, sometidos a un Derecho penal especial.

#### V. MEDIDAS APLICADAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS MENORES DELINCUENTES

Las principales medidas aplicadas para el tratamiento de los menores delincuentes son:

A) *Tratamiento en la familia. Libertad vigilada o régimen de prueba («Probation»).*

La libertad vigilada o régimen de prueba consiste en dejar al menor en su propio hogar bajo la vigilancia de un funcionario encargado de esta misión, Charles L. Chute, Secretario de la «National Probation Association», de América, describe así esta medida: El sistema de prueba puede definirse, en lo relativo a los menores, como un sistema de tratamiento del niño delincuente, o, en su caso, de los niños descuidados o abandonados por sus padres, por medio del cual el niño y sus padres permanecen en su ambiente ordinario y en amplia libertad, pero sometidos durante un período de prueba al vigilante cuidado y a la influencia personal del oficial del Tribunal denominado oficial de prueba «Probation officer» (39). El régimen de prueba, dice Watson, no consiste solamente en despertar confianza en el delincuente, sino en conducirlo, guiarle y educarle sin quebrantar la base normal de su vida familiar (40).

(38) E. CUELLO CALÓN: *Criminalidad infantil y juvenil*, págs. 69 y sigs.

(39) *Probation in Children's Courts*, publicación del U. S. Children's Bureau, 1921, pág. 7.

(40) *The Child and the Magistrate*. Londres, 1942, pág. 112.



Su origen es de carácter jurídico. Nació de la práctica de suspender las sentencias en casos de condena a penas de prisión cuando de ésta se esperaba escasa o ninguna eficacia. Los Tribunales en vez de ejecutar la sentencia pronunciada podían aplazar indefinidamente su ejecución y dejar al condenado en libertad con la condición de observar buena conducta, sometiéndole a la inspección y vigilancia de un funcionario. Esto es lo que hoy se llama suspensión condicional de la pena o condena condicional. Fred R. Johnson, jefe del Servicio de prueba de Detroit, identifica la suspensión de la pena con la «probation», que define como la suspensión de la sentencia definitiva en un caso concreto, dando al delincuente ocasión para mejorar su conducta como miembro de la comunidad y sometiéndole a las disposiciones que el Tribunal imponga y bajo la vigilancia y guía amistosa de un oficial de prueba (41). Pero a pesar de las semejanzas entre condena condicional y sistemas de prueba hay entre ellas importantes diferencias. Aquélla presupone una sentencia que queda en suspenso, en el sistema de libertad vigilada, tal y como se aplica a los menores, no se pronuncia condena; el menor queda en libertad, aunque vigilado. En la condena condicional, si durante el período de prueba el culpable delinque de nuevo o tiene mala conducta, se aplica la pena que ha quedado en suspenso, mientras que en la libertad vigilada en caso de mal comportamiento del menor se le impondrá la pena o la medida educativa que el juez determina. La condena condicional existe con o sin «probation»; puede imponerse con la condición de quedar sometido a la vigilancia de una persona designada por el Tribunal o sin esta condición.

Tiene asimismo el régimen de prueba gran semejanza con la «recognizance» del Derecho inglés (42). Conforme al «Probation Offenders Act» 1907, el sometido a esta medida queda durante un período de prueba bajo la vigilancia de una persona que vela por el cumplimiento de las condiciones impuestas al culpable por el Tribunal.

El sistema de prueba nació en los Estados Unidos. Desde 1861 a 1867 existió en Chicago un funcionario autorizado para someter a los menores al régimen de prueba; más tarde, en 1878, en Massachusetts fué regulado por una ley (43). En Europa apareció por vez primera en Inglaterra, establecido por la citada ley «Probation Offenders Act» 1907. En el momento presente se aplica en gran número de países.

(41) *Probation for Juvenile and Adult*. Nueva York-Londres, 1928, pág. 3.

(42) Medida consistente en el compromiso contraído, con o sin caución, ante el juez por el culpable de un hecho punible que se compromete por un período de tiempo a tener buena conducta y a comparecer ante aquel magistrado cuando sea requerido para imponerle la pena debida en caso de incumplimiento del compromiso.

(43) Sobre su origen y desarrollo, TAPPAN: *Juvenile Delinquency*. Nueva York-Toronto-Londres, 1949, págs. 311 y sigs.; SUTHERLAND: *Principles of Criminology*. Chicago, 1939, págs. 383 y sigs.

La aplicación del sistema de prueba en los diversos países se efectúa con arreglo a las normas siguientes:

En *Inglaterra* está regulado por el «Probation of Offenders Act» 1907, reformado por el «Criminal Justice Administration Act» 1914, el «Criminal Justice Act» 1925 y el «Criminal Justice Act» 1948. Se aplica a los delincuentes, cualquiera sea su edad. Los Tribunales para menores («Juvenile Courts») poseen servicios de prueba, y en las grandes ciudades funcionarios de prueba («Probations Officers»). Son nombrados por los jueces o por los Comités de prueba; en Londres, por el «Home Office». Conforme al artículo 33 de las «Probations Rules» de 4 de junio de 1933, para su designación se tendrán en cuenta las condiciones de carácter y la personalidad del candidato, su preparación especial, su experiencia y aptitud física. Algunos son profesionales (full-time Probation Officers) y perciben una retribución. Los Tribunales utilizan también los servicios de los agentes de sociedades particulares, que son en todo o en parte pagados por éstas.

De acuerdo con lo dispuesto en el «Criminal Justice Act» 1948, Sec. 4, acordado el régimen de prueba se designará la «petty sessional division» (44), a que queda asignado el culpable. Este Tribunal le notificará las condiciones de vida que se le imponen y los requisitos a cuyo cumplimiento viene obligado. Si el sometido a prueba cumple las condiciones impuestas, el hecho delictivo se considera como no ejecutado, en caso contrario es conducido por el «Probation Officer» ante el Tribunal, que le impone la pena o la medida adecuada. El plazo de prueba es de tres años como máximo.

El «Criminal Justice Act» 1948 autoriza al Tribunal a someter a este régimen a los delincuentes (no locos) sobre cuyo estado mental haya recaído dictamen médico (45).

En *Bélgica*, el sistema de prueba o libertad vigilada fué introducido por la ley de 15 de mayo de 1912 para la Protección de la Infancia. Los funcionarios encargados de este régimen, «delegados de protección de la infancia», son nombrados por el Juez de niños. Existen delegados permanentes que son retribuidos, pero la mayoría son voluntarios y no reciben retribución; algunos siguen cursos en las Escuelas de servicio social.

En *Francia*, la libertad vigilada está regulada por la ordenanza de 2 de febrero de 1945, modificada por la ley de 24 de mayo de 1951. Puede aplicarse por el Juez de niños o por el Tribunal para niños para la instrucción del asunto o como medida definitiva. Su duración no puede pasar de la época en que el menor cumpla veintún años. El menor queda en libertad confiado a sus padres, o a

(44) Tribunal de Jurisdicción Sumaria integrado por dos o más jueces de paz que generalmente celebra una sesión semanal.

(45) Sobre el régimen de *Probation* en *Inglaterra*, véase EIKIN: *English Juvenile Courts*. Londres, 1938, págs. 162 y sigs.; WATSON: *The Child and the Magistrate*, págs 112 y sigs.

una persona caritativa, o a una obra privada; queda sometido al control del delegado y debe observar la conducta que éste le señala; no puede cambiar de residencia ni ausentarse sin su autorización. Si quebranta estas reglas o tiene mala conducta podrá ser sometido a otra medida. Los delegados son nombrados por el Juez de niños y no perciben remuneración, pero existen delegados permanentes retribuidos nombrados por el Ministro de Justicia, que deben reunir ciertas condiciones determinadas por el Decreto de 15 de octubre de 1951.

En *Suecia*, el régimen de prueba está regulado por Ley de 28 de junio de 1918. El plazo de prueba es de uno a tres años, durante el cual el sometido a prueba debe tener buena conducta, evitar malas compañías, etc. El delincuente es colocado bajo la vigilancia de uno de los agentes designados por el Tribunal. Hay delegados pagados por el Estado, pero no son profesionales. La ley de 20 de mayo de 1949, que modifica la ley de 15 de mayo de 1912, precisa la misión de los delegados de protección de la infancia en lo referente a información, colocación y vigilancia de niños.

En *Noruega*, el funcionamiento del régimen de prueba está reglamentado por disposición de 26 de enero de 1923. Existen funcionarios retribuidos y voluntarios, que no perciben retribución.

*Suiza*. Los menores de seis a catorce años pueden, si son pervertidos, o abandonados, o en peligro de serlo, ser sometidos a libertad vigilada (artículo 84 del Código penal); los de catorce a dieciocho años pueden ser sometidos a vigilancia (art. 91).

*Holanda*. La ley de 13 de diciembre de 1915 establece la libertad vigilada para los menores de dieciocho a veintiún años y para los adultos; la ley de 24 de noviembre de 1924 autorizó la colocación de los menores de dieciocho años en libertad vigilada. Los funcionarios son pagados unos por el Estado, otros por sociedades privadas.

En *Portugal* está regulada por los decretos de 27 de mayo de 1911 y 11 de mayo de 1925. La sumisión a la libertad vigilada es acordada por la Tutoría de Infancia. Los delegados y agentes de vigilancia son de dos clases, los que son funcionarios públicos y están pagados por el Estado, y los particulares, que desempeñan sus funciones a título gratuito (46).

En *España*, esta materia se rige por la ley de Tribunales Tutelares de Menores de 13 de diciembre de 1940, texto refundido por decreto de 11 de junio de 1948, artículos 17 a 19, y por el reglamento de 22 de julio de 1942, texto refundido por decreto de 11 de junio de 1948, artículo 11. La sumisión del menor a la libertad vigilada es ordenada por el Tribunal Tutelar, el cual acordará que un delegado se encargue de la vigilancia del menor y de la persona, familia, sociedad o establecimiento a cuya custodia haya sido

---

(46) Sobre el sistema de prueba en Europa, T. W. TROUGHT: *Probation in Europa*. Oxford, 1927.

confiado. La Ley no determina el plazo de duración de la libertad vigilada, por lo que quedará al arbitrio del Tribunal, pero nunca podrá durar más allá del momento en que el menor cumpla los veintiún años. Los delegados serán personas de uno u otro sexo, mayores de veintitrés años y de reconocida moralidad. Los hay de tres clases: profesionales, que son funcionarios técnicos retribuidos y especializados por haber seguido cursos de especialización o por otros medios; los llamados de «vocación social», que pueden ser técnicos o no y ser gratificados o prestar sus servicios gratuitamente, y los denominados «cooperadores», que no poseen especialización y son gratuitos (47).

En casi todos los países las condiciones impuestas a los menores por los delegados encargados de la libertad vigilada son que el menor tenga buena conducta, que trabaje o asista a la escuela, que no frecuente cinematógrafos u otras diversiones donde peligre su moralidad; abstenerse del uso de bebidas alcohólicas y del tabaco; también suele imponérsele la obligación de asistir los días festivos a determinados espectáculos sanos o a deportes organizados por las sociedades protectoras de la infancia. Asuntos de no poca importancia en la vida del menor son sus pasatiempos y diversiones. Las distracciones perjudiciales: cine, salas de baile, juegos de azar, literatura obscena y policíaca son importantes causas directas e inmediatas de la delincuencia juvenil, así es necesario que los delegados se ocupen seriamente de esta cuestión, vigilen las diversiones del menor y el modo cómo éste ocupe sus horas libres.

La forma más eficiente y provechosa de la vigilancia encomendada a los delegados es la visita del niño en su propio hogar. En Norteamérica empléase también un procedimiento consistente en el encuentro periódico del oficial de prueba con el menor en un lugar determinado para conocer su vida y conducta, información que completa con las noticias suministradas por sus padres, maestro, patrono, ministro religioso, médico, sistema que se emplea en las localidades donde los oficiales de prueba tienen muchos menores a su cargo (48). Pero, sin duda, es preferible la visita del menor en su misma casa, sistema que favorece un íntimo contacto con él, crea entre ambos familiaridad y confianza, pone al delegado en relación con su familia, dándole así ocasión de conocer su medio familiar, lo que le permite ejercer un benéfico influjo sobre sus padres y familiares y elevar su moralidad, apaciguar discordias domésticas, orientarles en la conducta que han de seguir con el niño y hasta darles instrucciones encaminadas a proteger su salud. Si el menor asiste a la escuela debe el delegado ponerse en relación con los maestros, informándolos de su conducta, y si trabaja deberá informarse de su patrono.

(47) Véase TOMÁS DE A. GARCÍA Y GARCÍA: *Comentarios a la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores*, págs. 159, y sigs.

(48) L. O. U.: *Juvenile Courts in the United States*. Chapel Hill. 1927. página 153; JOHNSON: *Probation for Juveniles and Adult*. pág. 48.

La libertad vigilada tiene también un aspecto higiénico y terapéutico de gran interés. Muchos de los menores delincuentes presentan anormalidades físicas y psíquicas que en gran número de casos constituyen la causa más directa e inmediata de su conducta antisocial, cuando el delegado descubra estos defectos debe procurar que sean sometidos a un examen médico adecuado. Otros muchos necesitan ser tratados a causa de enfermedades sexuales, muchos presentan enfermedades de la vista, oído, de los dientes, padecen vegetaciones adenoides, etc., todos estos menores, por lo común descuidados por sus padres, exigen cuidados especiales y el delegado ha de procurar que reciban el tratamiento médico que su estado requiera.

No todos los niños pueden ser sometidos a la libertad vigilada. Es preciso seleccionarlos, no sobre la base de la gravedad del hecho realizado, sino valorando su personalidad y, sobre todo, la moralidad de su ambiente familiar. No es posible permitir la continuación de un niño en su propio hogar, sino cuando éste reúne suficientes condiciones de moralidad que garanticen que no estará expuesto a influencias corruptoras, que no será abandonado ni descuidado. Si se trata de una familia inmoral no es aplicable esta medida. Tampoco en el caso de familias desprovistas de recursos, cuando el padre y la madre trabajan fuera de la casa familiar y no pueden atender ni cuidar a sus hijos. Para dejar con los suyos a un menor es preciso que tenga un hogar normal, en el que sus padres pueden vigilarle y conocer su vida. La libertad vigilada también es aconsejable en los casos de mal ambiente extrafamiliar, cuando el niño tiene amistades peligrosas o sufre perniciosas influencias de la calle, pero siempre es requisito indispensable que el hogar sea limpio y moral, y que el padre y la madre estén alerta y vigilen los peligros que acechan a sus hijos.

Este régimen es adecuado para los menores que delinquen por vez primera si su conducta no acusa una grave depravación moral. Asimismo se considera indicado para los niños que han sido internados en instituciones cuando retornen a la casa paterna, entonces parece conveniente que al dar los primeros pasos en la vida de libertad tengan a su lado una persona que vele por ellos, que les oriente y sostenga en los críticos momentos en que vuelvan a hallarse ante las mismas tentaciones y sugerencias que fueron causa de su mala conducta anterior.

La libertad vigilada no deberá aplicarse a los afectos de anormalidad mental grave (49), ni a los sujetos amorales, ni a los profundamente corrompidos y desmoralizados (50).

---

(49) El Dr. STURTI, Profesor de Psiquiatría de la Universidad de Nápoles en el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, declaraba inaplicable la libertad vigilada para los amorales delincuentes por enfermedad mental (dementes precoces, epilépticos, histéricos, etc.), todos los cuales necesitan un tratamiento asilar; excluía también a los amorales delincuentes por defecto de evolución mental, entre ellos a los imeducables, a los educables necesitados

Eje del sistema de prueba son los funcionarios encargados de su aplicación; sus resultados, su valor y utilidad social depende, sobre todo, de las cualidades de aquéllos. No sólo han de poseer dotes de tacto, prudencia, simpatía, paciencia sin límites y perseverancia unidas a una amplia comprensión de las necesidades del niño y capacidad suficiente para remediarlas, deben, además, poseer una preparación técnica adecuada a su misión, una preparación científica en materias de psicología infantil, criminología, pedagogía correccional y legislación relativa a la infancia (51).

Al sistema de prueba se le reconoce extraordinario valor. Evita a los menores la imposición de penas y en particular los peligros de las penas de prisión, y evita, sobre todo, la ruptura de la unidad familiar. Si el ambiente doméstico es sano, la familia permanece intacta, sus miembros no tienen que separarse, el hogar no se extingue. El menor continúa en su ambiente natural, no pierde los hábitos de su vida ordinaria (siempre que no le sea perjudicial su conservación), ni su trabajo, si ya tiene ocupación. Pero no sólo causa benéficos influjos sobre el menor, sino también sobre sus padres, a quienes el funcionario encargado de la vigilancia puede orientar en asuntos de su propia vida y capacitarles para cooperar a la reforma del niño.

Su importancia es puesta de relieve por los autores. El régimen de prueba, dice Lou (52), constituye una parte integral y vital de la labor del Tribunal juvenil, «es la clave del arco que soporta su

---

de métodos ortofrénicos y a los afectos de amoralidad congénita. Por el contrario, la reputaba útil para los ligeramente deficientes, para los menores anormales por falta de educación o de educación suficiente dotados de inteligencia normal, para los amorales de ocasión (menores dotados de conciencia ética apta para dirigir su vida en condiciones ordinarias para que a causa de su temperamento hiperestésico, quebrantan la ley cuando una circunstancia emocional hiere su espíritu). Comunicación al Primer Congreso Internacional de Tribunales para niños. *Actes du Congrès*, págs. 564 y sigs.

(50) Los mismos criterios se aplican a la libertad vigilada en caso de delinquentes adultos. L. GILLIN y L. HILL: *Success and failure of adults probationers in Wisconsin*, en «*Journal of Criminal Law and Criminology*», 1940, marzo-abril, páginas 807 y sigs., como resultado de un estudio sobre gran número de individuos sometidos a prueba bajo vigilancia de *Probation officers*, sostienen que sólo deben ser sometidos a este régimen aquellos que por sus antecedentes individuales y familiares, por sus tendencias y características psicofísicas ofrezcan cierta garantía de readaptación social.

(51) En los Estados Unidos en 1923, el *Children's Bureau* y la *National Probation Association* exigían para este personal cualidades análogas: educación profesional, experiencia, dotes de carácter, tacto y simpatía. *Juvenile Court Standard*, U. S. *Children's Bureau Publications*. Report of Committee, núm. 121, 1923, pág. 7. En las mismas cualidades insiste TAPPAN: *Juvenile delinquency*, página 339. Para la formación profesional de los *probation officers* existen en los Estados Unidos instituciones en las que se dan cursos especiales sobre *probation*, entre otras, en la «New York School of Social Work», en la «Ohio State University», en la «University of Michigan». Vid. J. R. JOHNSON: *Probation for Juvenile and Adults*. Nueva York, 1928, págs. 24 y sigs.; LOU: *Juvenile Courts in the United States*, pág. 81.

(52) *Juvenile Courts in the United States*, pág. 147.

edificio». «El establecimiento del régimen de libertad vigilada en las diversas leyes orgánicas de los Tribunales para niños, escribe Wets, constituye el eje de estas legislaciones y la iniciativa más original de su concepción» (53).

B) *Tratamiento fuera del hogar.*

a) *Colocación en familia.*

Cuando no es conveniente la permanencia del menor en su propio hogar por ser éste inmoral o delincuente, se impone la necesidad de colocarle fuera de él. Entre los varios métodos de tratamiento fuera del ambiente familiar uno de los que gozan mayor reputación es la denominada «colocación en familia». Consiste en colocar al menor como miembro de ella en una familia donde halle una vida doméstica sana y normal. Así se mantiene al niño en el medio natural y beneficioso de la familia, evitando el internado en instituciones que siempre constituye un ambiente artificial en el que se halla alejado de la vida real, mientras que la colocación en familia le pone en íntimo y continuo contacto con ella. «El internamiento, dice Wets, por excelente que sea, nunca podrá reunir las condiciones familiares que un medio sano y honorable puede proporcionar al niño desgraciado... La colocación familiar promete al niño delincuente, lo que le falta generalmente: un ambiente normal» (54). «La colocación en familia («the foster family-home care»), dice Lou, es el mejor tratamiento para el niño cuyo propio hogar es inadecuado, le da la posibilidad de vivir una vida de familia normal, le salva de la vida artificial de las instituciones y le aleja de las influencias corruptoras de su anterior ambiente» (55). A estas ventajas se unen la facilidad que se otorga al menor para aprender un oficio y la ganancia de un pequeño peculio que le ayudará a organizar su vida, y su coste relativamente módico (56). El IX Congreso Penitenciario Internacional (Londres, 1925), que estudió con gran detalle la colocación en familias delinquentes, acordó un voto favorable a su adopción y estableció normas para la aplicación de esta importante medida de tratamiento (57).

No es aplicable a todos los menores. Desde luego, quedan excluidos los profundamente depravados y pervertidos y los atacados de enfermedades contagiosas, pues todos ellos pueden ser causa de graves perturbaciones en su nuevo hogar, sobre todo si hay

(53) *L'Enfant de Justice*. Bruselas, 1928, pág. 55.

(54) *L'Enfant de Justice*, pág. 251.

(55) LOU: *Juvenile Courts in the United States*, pág. 168.

(56) En Inglaterra se valoraba en 70 libras el coste anual de un niño en una escuela industrial, mientras la colocación en familia, comprendidos los gastos administrativos, se evaluaba en 40 libras. *Actes du Congrès Penitentiaire International de Londres*, vol. IV, Groninga, 1925, pág. 465.

(57) *Actes du Congrès*, vol. I b. Berna, 1927, pág. 57.

niños en él. También los anormales físicos o psíquicos necesitados de un tratamiento en instituciones especiales (58). Sin embargo, existen países como Holanda y Escocia, donde se practica la colocación en familia de los defectuosos mentales (59). En casos de leve anormalidad este tratamiento no puede presentar inconvenientes, pues es posible dar a las familias normas para su trato y vigilancia.

Las familias donde los menores hayan de ser colocados deben de ser objeto de selección cuidadosa. En principio se considera preferible la colocación en familias campesinas, pues la vida y las faenas del campo son más sanas y su ambiente más moral que el de la ciudad, las tentaciones y excitaciones al delito son menos frecuentes. Por otra parte, el niño, una vez adaptado al medio agrícola, arraiga en él definitivamente. Sin embargo, en ciertos casos, cuando el menor gane su vida en una profesión difícilmente practicable en el campo, es aconsejable su colocación en la ciudad, pero entonces será preciso contrarrestar el mayor peligro del ambiente con una vigilancia más cuidadosa.

Es preciso que las familias presenten todo género de garantías en cuanto a su moralidad. Quedan descartadas aquellas en las que domine el alcoholismo, la inmoralidad sexual u otro género de vicios, o la vagancia. Debe exigirse además una salud física normal, por tanto deberán evitarse las colocaciones donde haya tuberculosos, sífilíticos o atacados de otras enfermedades contagiosas. Deben también ser evitados los hogares de excesiva pobreza, en los que falten las indispensables condiciones higiénicas y alimenticias y en los que la necesidad impulse a la familia a la explotación del menor (60).

Uno de los elementos básicos del tratamiento familiar es la vigilancia de los niños. El Tribunal o el organismo que haya efectuado la colocación debe mantenerse en contacto con los menores por medio de sus delegados, que pueden ser los mismos encargados de la libertad vigilada. Si el menor está colocado en localidad alejada del Tribunal, deberá éste tener un representante en el punto en que aquél resida: el maestro, el párroco, el médico u otra persona de cierta cultura.

El niño sometido a este tratamiento debe ser protegido contra posibles abusos por parte de la familia donde esté colocado. A este fin responde una formalidad practicada en varios países consistente en un contrato entre el Tribunal, o la obra u organismo

(58) Vid. TAFT: *Criminology*. Nueva York, 1947, pág. 660.

(59) Comunicación de J. P. STURROCK al citado Congreso. *Actes*, vol. IV, página 455.

(60) HEALY, BRONNER, BAYLOR y PRENTICE, en un importante estudio sobre el tratamiento familiar y sus resultados, manifiestan que la selección de familias debe efectuarse con arreglo a los principios de las modernas doctrinas psicológicas (escuela behaviorista, escuela de THOMAS, de ADLER, de FREUD y JUNG), *Reconstructing Behaviour in Youth. A Study of Problem Children in Foster Families*. Nueva York, 1931, pág. 11.



que haga la colocación, y el jefe de la familia donde es colocado el menor. En dichos contratos suele consignarse el deber de dar al niño una educación moral y profesional, alojamiento de condiciones higiénicas, lecho en que duerma solo, alimentación adecuada y la cantidad a que asciende el jornal o gratificación que perciba por su trabajo, etc.

El tratamiento familiar se practica en numerosos países con excelente resultado. En *Inglaterra* se halla autorizado por la sección 57 del «Children and Young Persons Act» 1933 y puede ser acompañada por la sumisión a régimen de prueba; en *Francia*, por la ordenanza de 2 de febrero de 1945 y por el decreto de 16 de abril de 1946; en *Bélgica*, por la ley de 15 de mayo de 1912 para la Protección de la Infancia; en *Suiza*, por los artículos 84 y 91, 2.º del Código penal; en *España* la colocación en familia se halla regulada por la ley de Tribunales Tutelares de Menores de 13 de diciembre de 1940, artículo 15, y en el reglamento para la aplicación de esta ley, artículos 122 y siguientes. En ninguna parte este sistema de tratamiento ha alcanzado la extensión y la perfecta técnica que en los *Estados Unidos* (61). Ciertas regiones de este país cuentan con una prestigiosa tradición, con amplios recursos, con numerosas familias dotadas de excelentes cualidades para la realización de esta obra y con una seria dirección científica; especialmente en Boston ha alcanzado este sistema (los «foster homes») reputación extraordinaria. Las colocaciones se efectúan por agencias privadas, por la «State Division of Child Guardianship», y en menor número por los «probation officers» del Tribunal juvenil de Boston. El personal de las agencias privadas, alguna de las cuales cuenta más de un siglo de vida, posee una preparación adecuada, una cuidadosa formación científica y una larga práctica. Los resultados de este régimen son favorables para los menores normales, en los casos en que a la delincuencia se une la anormalidad mental o una personalidad anormal y el éxito es menor (62).

b) *Otras formas de colocación extrafamiliar del menor delincuente.*

Además de la colocación en familia utilizáanse otras formas de colocación extrafamiliar que se caracterizan por su breve duración. En *Inglaterra*, donde han alcanzado importante desarrollo, consisten en el internamiento en los llamados «approved hostels», especies de casas de familia u hogares de semilibertad autorizados por el Estado, donde los niños internados viven como miembros de una familia, trabajan fuera y, terminado su trabajo, vuelven al «hos-

(61) Sobre este régimen en *Inglaterra*, WATSON, *The Child and the Magistrate*, págs. 128 y sigts.; ELKIN: *English Juvenile Courts*, págs. 253 y sigts.

(62) Sobre los resultados de este régimen véase el citado estudio de HEALY, BRONNER, BAYLOR y MURPHY: *Reconstructing Behaviour in Youth*, págs. 244 y siguientes.

tel», donde duermen y toman sus comidas. Al comienzo de la última guerra existían doce hogares de esta clase, de los cuales siete se hallaban en Londres o en sus inmediaciones y el resto en otras localidades. También existen los «probation homes», donde pueden ser internados los niños sometidos a régimen de prueba; allí viven y trabajan sometidos a vigilancia. En 1939 había veinte en Inglaterra, la mayor parte estaban destinados a muchachas. Conforme al «Children and Young Persons Act» 1933, sección 54, los menores cuyo delito, en caso de ser cometido por un adulto, sería castigado con servidumbre penal (63) o con prisión, si el Tribunal considera que no existe ningún otro medio legal de tratamiento puede ser detenido en un «remand home». En ellos los menores permanecen reclusos sin salir al exterior; el período de detención no puede exceder de un mes (64). Esta medida, dispone el «Criminal Justice Act» 1949, sec. 18, no podrá ser aplicada a los muchachos que tengan catorce años cumplidos, que serán internados en un centro de detención («Detention Centre»). La misma ley de 1949, sec. 19, ha creado los llamados «centros de retención» («Attendance Centres»). A éstos pueden ser enviados por los Tribunales de Jurisdicción sumaria los muchachos de doce a veintiún años, y su permanencia en ellos no podrá exceder de doce horas en conjunto, a razón de una vez por día y por un máximo de tres horas cada vez. Estos centros están abiertos los sábados por la tarde; durante las horas de esparcimiento y de los grandes acontecimientos, deportivos, allí los menores pasan trabajando dos o tres horas en silencio. «En teoría, dice Miss M. Frey, es admirable; en la práctica presenta muchas dificultades, y los magistrados no muestran un gran entusiasmo por esta nueva invención» (65).

Alemania, en la ley de Tribunales juveniles de 6 de noviembre de 1943 ha instituido con el carácter de medida disciplinaria una medida análoga, el arresto durante el tiempo libre (§ 8,3).

### c) Internamiento en instituciones.

Gran número de menores delincuentes no son adecuados para ser sometidos a los sistemas de tratamiento antes estudiados; su perversión, su indisciplina, exigen un tratamiento más enérgico en instituciones reformadoras cuya organización y régimen responden al único fin de moralizar y educar a los niños y adolescentes criminales.

Como la más antigua de estas instituciones se cita el Hospicio de San Miguel, de Roma, creado por el Papa Clemente XI en 1704,

(63) Esta pena ha sido suprimida por el *Criminal Justice Act*, 1948.

(64) CLARK HALL: *Children's Courts*. Londres, 1926, págs. 95 y siguientes; ELKIN: *English Juvenile Courts*, págs. 253 y sigs.; WATSON: *The Child and the Magistrate*, págs. 138 y sigs..

(65) *La réforme pénale anglaise de 1948*, en «Rev. de Science criminelle et de Droit pénal comparé». París, 1951, pág. 629.

obra de significación tan honda, que Howard Wines dijo de ella que representaba el límite de dos civilizaciones, de dos épocas históricas (66). Pocos años más tarde, en 1725, hallamos en España, creada en Sevilla, una institución de tipo asimilar destinada al amparo de niños abandonados y delincuentes (67).

Durante la segunda mitad del siglo XVIII y primeros años del siglo XIX, en Alemania, y en particular en Inglaterra, creáronse instituciones de educación correccional (68).

En España, durante la primera mitad del siglo XIX se planeaba en Barcelona (1820) la creación de una casa de reforma, la «Escuela de jóvenes presidiarios», y se confeccionó un reglamento en el que se desenvolvía un plan pedagógico, mas no es seguro que llegara a funcionar; años más tarde, en el célebre presidio de Valencia, creado y dirigido por el coronel Montesinos, funcionaba una sección de jóvenes penados organizada sobre base correccional que alcanzó justa fama (69). Por la misma época, fuera de España, especialmente en los Estados Unidos, aparecen instituciones correccionales de carácter privado, la más antigua la «Casa de refugio» de Nueva York, creada en 1825; siguen otras en Boston y Filadelfia, pero la primera institución de carácter oficial se fundó en 1847 en Massachussets, más tarde llamada «Escuela Lyman para muchachos». En Inglaterra, sin contar algunos precedentes ensayos, se crearon las «Industrial Schools» para niños delincuentes y vagabundos, que comenzaron a funcionar en 1850.

En el momento presente, en casi todos los países existen instituciones de educación correccional, si bien de muy diverso valor. Unas han alcanzado considerable desarrollo, otras no han llegado a tan alto grado de perfección, pero en general en su evolución pueden señalarse las siguientes etapas: a) Sistema de acuartelamiento. Establecimientos que albergaban grandes masas de internados análogos a las prisiones por su arquitectura y por su régimen, inspirados en las ideas entonces dominantes, según las cuales las instituciones correccionales debían responder a dos fines principales: proveer a la custodia y disciplina de los menores reclusos y separarles de los criminales adultos.

b) Instituciones de tipo familiar. Se reúne a los niños en pequeños grupos que forman una unidad familiar, atendiendo a sus aptitudes y carácter en pequeños edificios separados («cottage system»), bajo el cuidado de maestros especializados, no teniendo los

(66) *Punishment and Reformation*. Nueva York, 1910, pág. 121.

(67) G. BACA: *Los Toribios de Sevilla*. Madrid, 1876; LAFUENTE: *Los Toribios de Sevilla*, Memorias de la R. Academia de Ciencias Morales y Políticas, volumen V, págs. 329 y sigts.

(68) Sobre el origen y desarrollo de estas instituciones véase JAPAN: *Juvenile Delinquency*, págs. 438 y sigts; BARNES AND JEETERS: *New Horizons in Criminology*. Nueva York, 1950, págs. 897 y sigts.

(69) SALILLAS: *El coronel Montesinos*. Madrid, 1906, pág. 36; V BOIX: *Sistema penitenciario del Presidio correccional de Valencia*. Valencia, 1850, págs. 197 y siguientes.

diversos grupos otros momentos de contacto entre sí que las horas de instrucción, trabajo, recreo y actos religiosos. Se concede preferencia a las instituciones campesinas de tipo de granja. A esta clase de instituciones pertenecen, entre otras, la «Sleighton Farms», cerca de Filadelfia; la «Whittier State School», de California, y la muy conocida «George Junior Republic», de Freeville, Estado de Nueva York, integrada por muchachos y muchachas organizados en comunidad, con autogobierno, a quienes mediante esta peculiar organización se trata de imprimir un sentido de orden y de responsabilidad para el funcionamiento de la institución.

c) De la educación rutinaria de los primeros reformativos, en los que se dejaba al niño buscar la orientación de su vida, se ha pasado en las modernas instituciones a educarle y prepararle en una profesión determinada que le asegure una existencia decorosa en el porvenir.

d) Predominio del espíritu científico en el tratamiento, lo que supone el estudio de la personalidad del menor para conseguir una adecuada individualización.

El tratamiento institucional para niños y adolescentes debe desarrollarse sobre las bases siguientes:

a) Total ausencia de sentido penal. Supresión de los establecimientos de tipo carcelario y su sustitución por instituciones de carácter familiar («homelike»). Abolición del régimen disciplinario de tipo penitenciario (celda oscura, disminución de alimento, castigo corporal, etc.) y su sustitución por un régimen familiar severo.

b) Educación moral. Esta es una de las modalidades más importantes de la actuación reformatora. De acuerdo con reputados penitenciaristas como Tallack, Wines, Krohne, que afirman que bajo la forma de enseñanza religiosa es como los niños asimilan mejor la educación moral, deben éstos recibir una eficaz educación religiosa. «Por firmes que sean nuestras convicciones sobre la libertad religiosa y la separación de la Iglesia y del Estado, dice Hastings H. Hart, tenemos que convenir que una prudente educación religiosa es un poderoso agente para la creación del carácter...; algunos creen que lo único necesario es crear el hábito de la rectitud del pensamiento y de la acción...; la enseñanza religiosa, precisamente, es esencial para obtener la rectitud del hábito» (70).

c) Educación intelectual. Tiene gran valor como medio de readaptación social. La mera instrucción intelectual no ejerce un influjo directo sobre la moral del niño, pero la instrucción y la cultura en cuanto le proporcionan medios eficaces para ganarse la vida pueden evitarle en el porvenir una recaída en el delito. Por otra parte, gran número de los internados en instituciones ingresan en ellos en estado de completa ignorancia o con una preparación escolar muy deficiente por falta de asistencia a la escuela o a

---

(70) *The spirit and method of the Juvenile Reformatory*, en «Preventive treatment of neglected children». Nueva York, 1910, págs. 15 y sigts.

causa de su inferioridad mental. Esta insuficiencia cultural exige se dé a estos niños la instrucción de que carecen.

d) La formación profesional es un factor de reeducación de la mayor importancia. En épocas pasadas se concebía el trabajo de los niños en estas instituciones como medio de fatigarles con un esfuerzo físico, favorable a su salud, que les proporcionaba un sueño reparador y evitaba las sugerencias de una imaginación viciosa; otros se preocuparon especialmente de la utilización de su trabajo con la finalidad puramente económica de disminuir los gastos cuantiosos que estos establecimientos originan. Pero estas ideas han sido abandonadas por la concepción más certera y justa, que considera el trabajo no sólo como un instrumento de moralización para el presente, sino también como garantía para el porvenir, por lo que hoy se estima como uno de los medios más eficaces de reforma proporcionarles una seria preparación profesional que les asegure una vida decorosa y honrada. En particular domina la tendencia a orientarles hacia el trabajo y las profesiones campesinas (agricultura, silvicultura, ganadería, avicultura, etc.), y no sólo para los menores provenientes del campo, a los que nunca debe desadaptarse de su ambiente, sino también para los oriundos de las grandes ciudades, en las que la vida encierra tantos peligros y posibilidades de funestas y definitivas recaídas.

e) Se concede gran importancia a la educación física, necesaria para todos los menores, y en particular para los débiles, en los que un vigorizamiento físico produce también su mejoría moral. En algunos países, en particular en Inglaterra y Estados Unidos, no se concibe un plan de educación correccional sin una organización de deportes y educación física.

f) Base importante del tratamiento del menor es el conocimiento de su personalidad. Muchos tribunales de menores ya realizan por medio de funcionarios técnicos su examen médico-psicológico, pero éste debe ser renovado en la institución como medio para conocer la mejoría mental, física y moral del internado, y si el tratamiento seguido es el conveniente para su reeducación.

El internamiento en instituciones se practica en todos los países. En *Inglaterra*, el «Children and Young Persons Act» 1933, sec. 57 y sigts., autoriza a los Tribunales juveniles para enviar los menores de diecisiete años a una «escuela autorizada» («approved school»). Son estas instituciones autorizadas por el Secretario de Estado destinadas a la educación de adolescentes, generalmente de diez a diecisiete años. Poseen carácter público y son dirigidas por particulares. La duración del internamiento no está determinada por el Tribunal, dependen del comportamiento del menor y de su situación familiar.

En *Bélgica*, con arreglo a la ley de Protección de la infancia de 15 de mayo de 1912, los delincuentes menores de dieciséis años pueden ser colocados en instituciones de caridad o de enseñanza, públicas o privadas. El internamiento no puede prolongarse más

allá de la mayoría de edad del menor internado. Los jueces de niños pueden en todo momento acordar la libertad del menor.

*Francia.* La ordenanza de 3 de febrero de 1945, artículo 16, autoriza la colocación de los delincuentes de trece a dieciocho años en instituciones públicas de educación profesional, de educación vigilada o de educación correccional. Los niños menores de trece años serán colocados, conforme a su artículo 15, en un «internado apropiado», y de acuerdo con su artículo 16, podrán ser confiados a la Asistencia pública. El internamiento terminará a los veintinueve años.

*Alemania.* La ley de Tribunales juveniles de 6 de noviembre de 1943 (§ 11,3) dispone para los jóvenes de catorce a dieciocho años, como medida de educación, la «educación tutelar» («Fürsorgerziehung»), que entre otras medidas comprende el internamiento en instituciones de corrección. La misma ley establece con carácter de pena, pero con sentido educativo, la «prisión para jóvenes», y como medida disciplinaria, el «arresto para jóvenes».

*Suiza.* De acuerdo con el Código penal (artículo 84), los niños de seis a catorce años podrán ser enviados a un establecimiento de educación. Los delincuentes adolescentes, de catorce a dieciocho años (artículo 91), cuando estén moralmente abandonados, perversos o en peligro de serlo, serán internados a una casa de educación para adolescentes. Este internamiento es de uno a tres años, pudiendo ser libertados por disposición de la autoridad competente, previa consulta al director del establecimiento (artículo 94). Los adolescentes no peligrosos, conforme al artículo 95, pueden ser sometidos a la pena de detención, que será ejecutada en establecimiento no destinado a adultos y con arreglo al régimen benévolo de la pena de arresto.

La creación y organización de los establecimientos de educación para niños y adolescentes está reservada a los cantones que también podrán enviarlos a establecimientos privados; asimismo, proveerán a la creación de locales adecuados para la detención de los adolescentes.

*Holanda.* Con arreglo a lo dispuesto en el Código penal (artículo 27,7), los menores de catorce años pueden ser colocados en una escuela de reforma; los de catorce a dieciséis pueden ser condenados a pena de prisión. Las escuelas de reforma y las casas de educación correccional del Estado son establecimientos organizados y pagados por el Estado, pero también existen casas de educación privadas. Las escuelas de reforma son instituciones penitenciarias sometidas a la inspección de los jueces y del Ministerio público. Los menores internados en escuelas de reforma pueden ser liberados después de cumplir las dos terceras partes de su pena.

*Suecia.* Los menores de quince años y los menores de dieciocho, cuyo carácter vicioso requiera medidas de educación especial, pueden ser colocados por la Comisión de Protección de la infancia en una «casa de protección» para recibir una «educación protectora».

Estas casas son en su mayoría públicas. Los menores delincuentes de quince a dieciocho años, cuando el Tribunal dispone la transformación de la pena en medida de internamiento, son colocados en casas de corrección. Si el menor ha alcanzado «la firmeza de carácter necesaria» debe ser liberado. La liberación no puede tener lugar antes de dos años de permanencia en el establecimiento a menos que lo autorice el gobernador de la provincia bajo cuya inspección se halle la institución. Los internados no pueden ser retenidos después de cumplir veintiún años.

*Dinamarca.* Los menores delincuentes de quince a dieciocho años, conforme el artículo 30 del Código penal, si el Ministerio público desiste de perseguirlos, pueden ser confiados al Consejo de Tutela e internados en establecimientos de educación, como los hogares para niños, y en casas de observación para los menos difíciles. Dichos establecimientos son públicos o privados. Si el Ministerio público no desiste de su persecución, pueden ser internados en establecimientos penitenciarios para menores.

*Italia.* Los menores de catorce años, con arreglo al artículo 224 del Código penal, si son peligrosos son internados en reformatorios judiciales. Los menores imputables que hayan cumplido los catorce años, según lo dispuesto en el artículo 225 del mismo Código, después del cumplimiento de su condena, serán internados en un reformatorio judicial. Los menores condenados son recluidos en secciones especiales de las prisiones.

*Portugal.* Los menores de dieciséis años pueden ser internados por acuerdo de las Tutorías de Infancia en establecimientos del Estado, de los que existen tres clases: refugios, casas de reforma y colonias correccionales. En los primeros el internamiento dura hasta seis meses; en las casas de reforma, hasta seis años; en las colonias correccionales el internamiento dura también hasta seis años y puede ser prolongado por un período de sesenta días a cinco años.

*Estados Unidos.* Las instituciones de educación correccional son muy numerosas. La mayoría no admiten menores de edad superior a dieciocho años; se denominan «escuelas industriales» («industrial schools»), «escuelas de instrucción» («training schools») o «escuelas profesionales» («vocational schools»). Los reformatorios («reformatories») admiten menores hasta los veintiún años y hasta edad superior. Existen instituciones federales, la «National Training School for Boys» y la «National Training School for Girls», donde son internados los menores que han infringido las leyes federales. Hay instituciones de los estados, instituciones locales (de los condados y ciudades) e instituciones privadas. Además, gran número de Estados poseen reformatorios para menores de dieciocho a veintiún años, aun cuando en algunos se internan también delincuentes adultos. Cuando los menores han sido colocados en estas instituciones por tiempo indeterminado, por lo común son liberados condicionalmente; si han sido internados por un

período determinado, pueden ser puestos en libertad bajo palabra («*on parole*») antes de la expiración de dicho período (71).

*España.* Las instituciones destinadas a internamiento de delinquentes menores de dieciséis años, de acuerdo con la disposición del artículo 17, 4.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 13 de diciembre de 1940, son establecimientos oficiales o privados, de observación, de reforma, de tipo educativo o de tipo correccional, o de semilibertad, y según el artículo 125 del reglamento para la aplicación de aquella Ley, son establecimientos de reforma de tipo educativos, establecimientos de reforma de tipo correctivo y establecimientos de semilibertad. De estos establecimientos, los de tipo correctivo son los destinados a los menores más difíciles, pues con arreglo al art. 17 A) de la ley, sólo podrán ser internados en ellos aquellos para los que resulten ineficaces los medios empleados por las demás instituciones reformadoras, dadas sus condiciones personales de desmoralización o rebeldía. Las llamadas «Casas de familia», de semilibertad, están destinadas a los menores que hubieren terminado el tratamiento en una institución de reforma y necesitasen el auxilio de esta clase de establecimientos.

Llegado el momento de la liberación, las instituciones de educación correccional de algunos países siguen manteniendo relación con los liberados. En Inglaterra, las escuelas autorizadas («*approved schools*») continúan en contacto con sus antiguos pupilos durante tres años, por lo menos, después de su salida de la Institución o hasta el momento en que cumplen los veintiún años, y muchas lo mantienen por tiempo indefinido, aun cuando sólo sea por correspondencia. Diversas asociaciones privadas contribuyen a esta obra de asistencia de los pupilos liberados. También en los Estados Unidos las instituciones correccionales mantienen relación con los liberados, pero la importancia de la asistencia que les prestan varía considerablemente de unos a otros estados. Por regla general son funcionarios de las instituciones los encargados de la vigilancia y asistencia de los liberados bajo palabra, se informan de su conducta, les buscan empleo y prestan otros servicios encaminados a facilitar su adaptación a la vida social. Existen asociaciones privadas como las «*Big Brothers*», «*Big Sisters*» y otras, que se ocupan asimismo de la asistencia de estos menores. En otros países las instituciones no mantienen contacto con sus antiguos pupilos, pero éstos son asistidos por las asociaciones de patronato. En España, el reglamento para la aplicación de la ley de Tribunales Tutelares de Menores prevé en su artículo 124 la creación de sociedades tutelares o de patronato, y en el artículo 128, la creación de Casas de familia de semilibertad para los menores que habiendo terminado el tratamiento en el reformatorio, necesiten, a juicio del Tribunal, el auxilio de esta clase de establecimientos.

---

(71) Vid. *Handbook of American Institutions for Delinquents Juveniles*, cuatro vols. Nueva York, 1939-1943 (publicación de la «*Osborne Association*»).



*Crítica del tratamiento en instituciones*

En particular, en los Estados Unidos, en los últimos años, el tratamiento institucional goza de escasa simpatía. Los estudios realizados en América, entre otros los de Sheldon y Eleonor Glueck (72) y de Healy y Bronner (73) sobre menores que fueron objeto de tratamiento en instituciones y escuelas correccionales, acusan la elevada cifra de 65 a 85 por 100 de recaídas en el delito. Ante resultados tan poco satisfactorios, algunos consideran fracasado este género de tratamiento. Como razón de su fracaso se dice que dichas instituciones, de atrayente aspecto en particular para el profano que las visita, son en realidad verdaderas prisiones relativamente humanizadas. Los niños pueden tener buen aspecto y parecer contentos, allí encuentran deportes y diversiones y el personal es amable pero firme, pero la rutina es monótona y la vida anormal y embrutecedora, la disciplina severa, y si quebrantan ciertas reglas se les amonesta ásperamente o se les somete a duros castigos. Hoy se espera más de una investigación sobre el menor realizada durante el tiempo de su detención antes del juicio y de un régimen de prueba adecuado que de esas instituciones correccionales de algunas de las cuales que se llega a decir que no son más que «incubadoras del crimen» (74).

d) *Instituciones para menores delincuentes anormales.*

Los menores delincuentes anormales graves no pueden ser colocados en instituciones comunes de reforma, es preciso su internamiento en establecimientos especiales donde reciban el tratamiento que su estado requiere (75).

En *Bélgica*, la ley de Protección de la Infancia de 15 de mayo de 1912 (art. 21), autoriza al Juez de niños, cuando el menor se encuentre en un estado de inferioridad física o mental que le prive del control de sus actos, a ordenar que sea puesto a la disposición del gobierno para ser colocado en un asilo o en un establecimiento especial apropiado a su estado. En *Suiza* el Código penal dispone un tratamiento especial para los niños (art. 85) y los adolescentes (artículo 92), enfermos mentales, débiles de espíritu, ciegos, sordomudos y epilépticos. Francia, la ordenanza de 2 de febrero de 1945, relativa a la infancia delincuente, dispone la colocación de los menores (artículos 15 y 16) en un instituto médico-pedagógico del

---

(72) *Criminal Careers in Retrospect*. Nueva York, 1943, especialmente páginas 15 y sigts.

(73) *Delinquents and Criminals, Their Making and Unmaking*. Nueva York, 1926.

(74) BARNES y TEETERS: *New Horizons in Criminology*. Nueva York, 1950, páginas 915 y sigts.; TAPPAN: *Juvenile delinquency*, págs. 430 y sigts.

(75) Esta cuestión fué debatida en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1925, que adoptó un voto en favor de este internamiento. *Actes*, volumen I b, pág. 51.

Estado o de un organismo de la administración pública. En *Inglaterra*, los menores delincuentes anormales pueden ser colocados en instituciones de acuerdo con las leyes sobre enfermedad mental y tratamiento mental de 1890 a 1930 y con las leyes relativas a la deficiencia mental de 1913 y 1927. En *Alemania*, la ley de Tribunales juveniles de 1943 establece el internamiento en casas de curación o de asistencia (§ 17). En *Estados Unidos*, estos menores son internados en instituciones que admiten niños y adolescentes débiles mentales, epilépticos y otros anormales. En *España*, la ley de Tribunales Tutelares de Menores (art. 17, 5.º) establece el ingreso de los menores anormales en un establecimiento especial. Conforme al artículo 130 del reglamento para la aplicación de esta ley, se crearán estos establecimientos por el Consejo Superior de Protección de Menores o por los consorcios de los Tribunales Tutelares sin perjuicio de que éstos puedan utilizar aquellos establecimientos para menores anormales que hayan obtenido la aprobación del Consejo Superior y acrediten la capacidad de las personas encargadas de los servicios técnicos.

#### VI. OTRAS MEDIDAS APLICADAS A NIÑOS Y ADOLESCENTES DELINCUENTES. IMPOSICIÓN DE PENAS. MEDIOS PARA EVITAR LA IMPOSICIÓN DE PENAS

Es hoy opinión común que los niños y adolescentes, salvo el caso de adolescentes de notoria peligrosidad, no deben ser sometidos a penas; para ellos sólo se proponen medidas de tipo educativo y reformador, se rechazan las penas, y en particular las más severas. Sin embargo, en los primeros años de este siglo, ante el atemorizador crecimiento de la delincuencia de los menores, no faltaron juristas y sociólogos que reclamaron un severo trato penal. «Hemos visto, decía un gran penalista, el profesor Garçon, niños de catorce años convertidos en asesinos. ¿Admitiremos para estos precoces criminales una «justicia paterna?...» Los pequeños malvados castigados levemente están siempre dispuestos a repetir sus hazañas... La odiosa llaga de la criminalidad juvenil debe ser curada por hombres enérgicos que no duden en cauterizarla» (76). Inspirado en las mismas ideas, un sociólogo, Duprat, pedía menos indulgencia y mayor severidad. Si la persona del niño, sostenía, debe ser corregida mediante un régimen de reeducación, su acto debe motivar medidas de represión, de precaución, de vigilancia o de intimidación (77).

Pero estas ideas no han encontrado total acogida en las legislaciones que regulan el tratamiento de los menores delincuentes, que adoptan medidas educativas o penas especiales inspiradas en

(76) Citado por CLEMENTE GRIFFE: *Les Tribunaux pour enfants*. París, 1914, página 196.

(77) *La criminalité dans l'adolescence*. París, 1909, págs. 161 y siguientes.

una finalidad reformativa. No obstante, como se ha manifestado en líneas anteriores (vid. IV), en ciertos países es posible aún la imposición a los adolescentes de penas del Derecho penal común.

Actualmente, la opinión más extendida condena el empleo de la prisión para los adolescentes. La cárcel, cualesquiera que sea el régimen penitenciario aplicado, deja siempre un estigma imborrable de funestas consecuencias para el porvenir del menor, sin que realice la útil función intimidativa que algunos la atribuyen. A este propósito deben recordarse las palabras de Morrisson de hace más de medio siglo: «El sentimiento de respeto y de misterio que tiene el menor de la prisión, se pierde en cuanto adquiere en algunos días la experiencia de estas realidades; entonces la prisión deja de producir sobre su mente un efecto intimidativo y la represión que parece ejercitar el castigo sobre la tendencia al delito desaparece» (78).

En considerable número de legislaciones se prohíbe la imposición a los menores de la pena de prisión.

*Inglaterra*, en el «Children and Young Persons Act» 1933, la ha suprimido para los menores de catorce a diecisiete años, a menos que a causa de su indómito carácter o de su depravación no sea aconsejable su detención en un «remand home» (lugar especial de detención para menores), y conforme al «Criminal Justice Act» 1948, es factible prohibir la imposición de esta pena para los menores de veintiún años, pero en caso de crímenes graves, conforme al «Children and Young Persons Act» puede ser detenido donde y con arreglo a las normas que el Secretario de Estado determine.

En *Suecia*, por ley de 1906 se permitió la sustitución de la pena de privación de libertad por la condena condicional; una ley de 1924 casi hizo desaparecer de las prisiones a los menores de dieciocho años; otra ley de 1937, entrada en vigor el 1.º de enero de 1938, autorizó su envío a escuelas correccionales, cualesquiera que fuera la pena de prisión establecida para el delito cometido. En la última década, según recientes datos de Lindberg, las penas de privación de libertad se aplicaron a los delincuentes de quince a dieciocho años tan sólo en casos excepcionales, pero recientemente se ha vuelto a hacer uso de estas penas a causa del gran número de menores de dieciocho años que delinquieron después de fugarse de las instituciones de educación protectora en las que habían sido internados (79).

En *Dinamarca* las penas de prisión pueden ser sustituidas por medidas educativas si los menores son puestos a disposición de los Consejos de Tutela. Los de edad de quince a veintiún años culpables de hechos castigados con penas de prisión, con arreglo

---

(78) DOUGLAS MORRISON: *Juvenile Offenders*. Londres, 1896, pág. 238.

(79) XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario de La Haya (1950), *Preparatory Papers*. Report presented by Torgny Lindberg, IV, La Haya, páginas 4 y 15.

al artículo 41 del Código penal, pueden ser condenados a la detención en una prisión-escuela.

En *Suiza* el Código penal (art. 95) autoriza para ciertos adolescentes la pena de detención, pero no será ejecutada en locales destinados a prisión o a casa de trabajo para adultos.

En *Alemania*, la ley de Tribunales juveniles de 6 de noviembre de 1943 establece para los menores de catorce a dieciocho años una pena de prisión para jóvenes («Jugendgefängnis») que se impone con un sentido expiatorio y de protección social, pero en su imposición el juez deberá atender también a que la pena produzca un influjo educativo duradero. Su duración es tres meses a diez años. Sin carácter de pena, como medida de disciplina, la misma ley establece el arresto para jóvenes («Jugendarrest») que posee diversas modalidades: el arresto duradero de una a cuatro semanas, el arresto por tiempo libre que se impone por todo el tiempo libre durante la semana y el arresto de corta duración que se impone por motivos especiales y dura de uno a seis días, mas este arresto no tiene carácter de pena, sino de medida disciplinaria. Los jóvenes delincuentes peligrosos pueden ser condenados a las penas de prisión establecidas en el Derecho penal común.

En *Estados Unidos*, los menores cumplen condena en las prisiones federales y en las de los estados. La ley de 1938 referente a las infracciones de las leyes federales cometidas por menores dispone que éstos sean colocados en lugar distinto o en secciones separadas de los adultos en cuanto las condiciones de los locales permita esta segregación.

La multa ha tenido algunos defensores como medio penal aplicable a los menores, en particular como sustitutivo de las penas cortas de prisión, pero presenta inconvenientes que desaconsejan su empleo (80). La multa únicamente puede recomendarse no como medio empleado sobre el menor, sino sobre sus padres para obligarlos al cumplimiento de sus deberes de cuidado y vigilancia, como medio de despertar en ellos el sentido de la responsabilidad (81). El «Children and Young Persons Act» 1933 (sección 55), autoriza en estos casos al Tribunal para imponer una multa al padre o guardador del menor, también puede imponerse a los menores. En los Estados Unidos se aplica en algunos Estados.

En los países en los que la ley autoriza aplicar a ciertos menores las normas del Derecho penal común también es posible que sean castigados con multa.

La represión hecha por el Tribunal con carácter de pena no tie-

(80) También en este sentido CLERKE HALL: *Children Courts*, pág. 82.

(81) Como los niños y los adolescentes carecen de medios económicos, esta pena no recaería sobre ellos sino sobre sus padres. Por otra parte, como la mayoría de los menores delincuentes pertenecen a familias de muy modesta posición económica o por completo desprovistas de recursos, si aquéllos no pueden pagar la multa ni sus padres tampoco existe el peligro de que la pena establecida en el texto legal no llegue a aplicarse, con el consiguiente desprestigio de la Ley.

ne gran valor como medio reformador. El niño delincuente, generalmente, carece de desarrollo intelectual para comprender su sentido, además no puede confiarse mucho en que el menor, si no cuenta con otros estímulos de buena conducta, posea en el porvenir voluntad bastante para ajustar su vida a las normas que le trace el Tribunal reprobador. Pero si se la despoja del carácter de pena y se practica con un sentido de amonestación y censura paternal, en forma tal que no despierte en el niño la idea de que es juzgado por un Tribunal penal, puede ser una medida aconsejable. Numerosos países la han acogido como medio penal aplicable a los menores o como medida de reforma, entre ellos, Francia, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suiza, Alemania y España.

La *pena corporal* está casi extinguida. En Inglaterra, donde los «Juvenils Courts» podían imponer la pena de azotes, ha sido abolida por el «Criminal Justice Act» 1948.

Como medio de evitar a los menores la imposición de penas y, por tanto, sus nocivas consecuencias, ha adquirido gran difusión en Europa una medida, el llamado *principio de oportunidad*, al que se concede considerable valor. Conforme a este principio, las autoridades encargadas de la persecución penal si consideran que ésta sería nociva para los intereses morales del menor, pueden abstenerse de perseguir el delito cometido. El Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1925 la estudió con gran interés y acordó un voto en el que se recomendaba su aplicación en particular a los delitos cometidos por menores (82). Esta medida ha sido ampliamente acogida en los países nórdicos. En Suecia, por ley de 1944, las autoridades pueden desistir de la persecución de los menores de dieciocho años; en Noruega, la persecución puede ser suspendida si los menores son asistidos por la beneficencia infantil o por otras actividades sociales; en Dinamarca, respecto de los menores de quince a dieciocho años, si el delito es de poca gravedad el Ministerio fiscal puede abstenerse de perseguir el hecho, confiando el menor a las autoridades encargadas de la protección de menores; en Finlandia, por ley entrada en vigor el 1.º de enero de 1943, el Ministerio público puede también abstenerse de acusar a los menores de dieciocho años en caso de infracciones de escasa gravedad; en Alemania, el párrafo 30 de la Ley de 6 de noviembre de 1943 autoriza al fiscal para desistir de la persecución del menor. En Suiza, el Código penal autoriza a los funcionarios competentes para renunciar a todo género de medida respecto de los niños (artículos 88 y 89) y adolescentes (art. 98).

La *suspensión de la condena* se aplica asimismo como medio de evitar la ejecución de la pena. Se utiliza en Suecia conforme a ley de 1939, en Dinamarca de acuerdo con el artículo 56 del Código penal, en Noruega, en Holanda, en Italia se aplica a los menores de dieciocho años (artículo 163 del Código penal), y en Suiza a los

---

(83) *Actes du Congrès*, vol. I a, pág. 57.

menores de catorce a dieciocho años (arts. 96 y 97 del Código penal).

## VII. LOS TRIBUNALES DE MENORES

El sentido educativo y reformador que caracteriza el tratamiento de los niños y adolescentes delincuentes tiene su expresión más típica en los denominados Tribunales de menores. Son éstos jurisdicciones especiales cuya principal misión consiste en la adopción de las medidas más adecuadas para la reforma y adaptación de aquellos delincuentes a la vida social y en la ejecución de dichas medidas.

Los primeros precedentes de estos Tribunales se hallan en Inglaterra, donde el «Juvenile Offender's Act» 1847, ampliado y reformado más tarde por el «Summary Jurisdiction Act» 1879, dispusieron que los menores de catorce a dieciséis años fueran juzgados por Tribunales de Jurisdicción Sumaria. Pero el primer Tribunal de menores, con las mismas características que poseen en el momento presente, fué creado en Chicago en 1899, el segundo en Filadelfia en 1901, y en pocos años se difundieron por los Estados Unidos, desde donde se extendieron por el mundo entero.

### A) *Su constitución. Constitución de los Consejo de Tutela.*

Su constitución es diversa. En *Inglaterra* estos Tribunales («Juvenile Courts») son Tribunales de jurisdicción sumaria encargados de conocer de los asuntos referentes a niños y adolescentes. En Londres se componen de un presidente, que es un juez de carrera, asistido por dos jueces no profesionales, uno de ellos mujer; de modo análogo, en algunas localidades, grandes ciudades la mayoría, los presidentes son magistrados de carrera. Fuera de Londres y de estas ciudades, el presidente no es juez profesional. Estos jueces legos son elegidos entre personas que han demostrado interés por los problemas de la juventud. En *Bélgica*, el Juez de niños («Juge des enfants») es un magistrado de carrera nombrado por el rey por un período de tres años renovables. En *Holanda*, el Juez de niños («Kinderrechter»), es único nombrado por el rey por dos años renovables. En *Alemania* es juez de menores el Juez de distrito («Amtsrichter»), la Cámara de jóvenes («Jugendkammer») juzga a los delincuentes jóvenes peligrosos. En *Italia*, el Tribunal («Tribunale dei minorenni») está formado por un magistrado con categoría de consejero de Tribunal de apelación, que lo preside; de un magistrado con categoría de juez y de un miembro no perteneciente a la carrera judicial, escogido entre personas que cultiven la biología, psiquiatría, antropología criminal y pedagogía. En *Suiza*, la organización es diferente en los diversos cantones; se componen de tres o de cinco miembros, el presidente es un juez de carrera, generalmente el presidente del

Tribunal penal común ; en Ginebra, la «Chambre Pénal de l'Enfance» está constituida por un juez de carrera que preside y por dos asesores, uno médico y otro pedagogo ; en Basilea-Ciudad, el Consejo de jóvenes («Jugendrat») se compone de seis miembros, dos son magistrados penales, uno de los cuales es presidente ; entre los miembros restantes debe haber un médico, un pedagogo y una mujer. En San Galo está integrado por tres miembros del Tribunal de distrito y por dos miembros de la comisión de protección de la infancia ; en Zurich, el Tribunal de distrito funciona como Tribunal juvenil ; en el cantón de Vaud, la Cámara penal de menores está constituida por un presidente, un vicepresidente, cuatro jueces, entre ellos una mujer, el presidente y vicepresidente deben ser licenciados o doctores en Derecho o haber ejercido un cargo judicial permanente ; en Ticino, por un juez único, el Magistrado de menores, que debe poseer la categoría de juez de apelación, siendo preferidos los que posean conocimientos en materia de delincuencia juvenil ; en el cantón de Aargau, el Tribunal juvenil («Jugendgericht») está formado por una comisión de tres miembros del Tribunal de distrito ; en Berna es el Tribunal de distrito o el presidente del Tribunal como juez único. En gran número de los cantones suizos el llamado «abogado de la infancia» o «abogado de menores» («Jugendanwalt») tiene una considerable intervención en los asuntos de niños y adolescentes, propone al juez o Tribunal las medidas adecuadas, provee a su ejecución, recibe las denuncias contra los menores, realiza las informaciones sobre los mismos y lleva a cabo la instrucción. En *Francia* los jueces de niños pertenecen a la carrera judicial y son nombrados por tres años, su designación la hace el ministro de Justicia. En *Portugal*, mientras los Tribunales de menores (Tutorías) de Lisboa, Oporto y Coimbra están organizados a base de un juez único, pues el médico y pedagogo adscritos al Tribunal sólo tienen carácter de asesores técnicos, los Tribunales de distrito para menores son Tribunales colegiados presididos por un juez de carrera asistido por un médico y un pedagogo. En *Estados Unidos*, los jueces son elegidos por los gobernadores de los estados ; en el distrito de Columbia es designado por el presidente de la Confederación. En las comarcas rurales el presidente del Tribunal juvenil es el juez del condado, de circuito o de distrito. Son nombrados por cierto número de años. Muchos carecen de formación especial, pero en algunos estados se exige tengan preparación legal. Los menores culpables de infracciones de las leyes federales son juzgados por los Tribunales federales conforme a la ley de 16 de junio de 1938 que para estos casos establece un procedimiento más flexible y autoriza medidas especiales de tipo educativo.

*España.* Los Tribunales tutelares son colegiados ; se componen de un presidente, un vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes, elegidos teniendo en cuenta su actuación social y sus conocimientos técnicos. Sólo en Madrid y Barcelona existen Tribu-

nales unipersonales. Los presidentes, vicepresidentes y jueces unipersonales son nombrados por el ministro de Justicia a propuesta del Consejo Superior de Protección de Menores; deben ser licenciados en Derecho. Los restantes cargos del Tribunal son designados por el Consejo Superior.

Como resulta de los datos anteriores, en unos países el Tribunal de menores es unipersonal, en otros es un Tribunal colegiado. ¿Cuál de ambas formas de composición de estas jurisdicciones es la más conveniente? En defensa del juez único se ha invocado que el Tribunal colegiado de aspecto más solemne, semejante a los Tribunales criminales comunes, asusta al niño, le hace receloso y desconfiado, le asusta e intimida, mientras que la presencia de un solo juez es más propicia a la creación de un ambiente de cordialidad y despierta mayor confianza en el menor (83). Yo creo preferible el Tribunal colegiado, la multiplicidad de funciones de estos Tribunales requiere que se distribuyan entre varias personas; el juez único no puede atenderlas debidamente. El Tribunal de menores debe estar constituido por un presidente, que ha de ser un magistrado especializado, y, en todo caso, un jurista, y por asesores conocedores de los problemas referentes a los niños y adolescentes delinquentes, y si es posible, entre ellos, un médico y una mujer.

*Los Consejos de Protección de la Infancia o Consejos de Tutela de los países escandinavos.*—En los países nórdicos el tratamiento de los menores está confiado a organismos no de tipo judicial como los Tribunales de menores, sino de carácter administrativos cuya competencia rebasa el ámbito de la criminalidad, pues no sólo se extiende al cuidado y tratamiento de los delinquentes, sino también al de los niños y adolescentes abandonados, en peligro moral, inadaptados, ilegítimos. La idea directriz de su funcionamiento es evitar al menor todo género de contacto con la justicia represiva y eliminar por completo el sentido de castigo penal.

En Suecia, el Consejo de Protección de la Infancia es nombrado por el Consejo comunal, y de acuerdo con la Ley de menores de 1924, debe estar compuesto por cinco miembros, de ellos una mujer; uno ha de ser miembro del Consejo comunal de asistencia pública, otro un pastor conocedor del trabajo parroquial, otro, un maestro; si se considera conveniente las profesiones legales y los médicos pueden estar representados en el Consejo.

---

(83) Esta cuestión fué estudiada en el Primer Congreso Internacional de Tribunales para niños (Vid. *Actes du Congrès*, París, 1911, págs. 312 y sigts.) y en el Congreso Penal y Penitenciario de Praga de 1930 (Vid. *Actes du Congrès Pénal et Penitentiare de Prague*, vol. V, Berna, 1930, págs. 1 y sigts., págs. 17 y siguientes, págs. 31 y sigst., págs. 61 y sigts.). Este Congreso acordó la resolución siguiente: «El Tribunal para niños se compondrá en lo posible de un juez único especializado en las cuestiones relativas a la criminalidad juvenil, pero también podrán intervenir en él asesores escogidos principalmente entre médicos, pedagogos y personas dedicadas a la actuación social» (*Actes du Congrès*, volumen I b, Berna, 1931, pág. 53).



Los Consejos de Tutela de *Noruega* están compuestos por el juez del distrito, un eclesiástico y otros cinco miembros elegidos por el Consejo municipal; uno de ellos debe ser médico.

En *Dinamarca*, el Consejo de Tutela está compuesto por siete miembros en las ciudades y cinco en las comarcas rurales. En las ciudades debe haber entre ellos un jurista; en el campo, el juez civil interviene en los casos de privación de la patria potestad o cuando se presentan testigos, carece de voto, pero debe dirigir la marcha del asunto. La administración municipal que designa los miembros concede preferencia a personas como médicos, maestros, etcétera, competentes en materias de infancia.

#### B) *Condiciones que deben reunir los jueces de menores.*

El juez de menores debe ser un magistrado especializado en cuestiones de delincuencia infantil o, por lo menos, una persona que tenga una adecuada preparación jurídica, pues estas jurisdicciones infantiles han de tomar acuerdos y resolver cuestiones de naturaleza jurídica como la suspensión de los derechos de guarda y educación del menor, separación de éste del domicilio familiar, etc., que pueden lesionar derechos e intereses de los padres, tutores y de los mismos menores, y encierran aspectos jurídicos que no pueden ser resueltos por legos en Derecho. Hasta en los países en los que los organismos encargados de adoptar medidas educativas para la infancia delincuente de carácter judicial son meras comisiones administrativas se expresa la conveniencia de la intervención de juristas en los asuntos de menores. En *Suecia* se consideran necesarias ciertas reformas para la protección de los menores contra una arbitraria actuación administrativa y se sugiere que la persona que presida los organismos encargados del tratamiento de los menores ha de ser un jurista especialmente preparado para esta misión (84). En *Dinamarca* no ha mucho el ministro de Asuntos Sociales, en un discurso insistió en la necesidad de que el aspecto legal, en particular en los casos de separación del niño del hogar, sea cuidado por un juez experto en estas cuestiones.

El juez de menores, o las personas que constituyan el Tribunal, o alguna de ellas, en los Tribunales colectivos, han de poseer una especial formación psicológica, psiquiátrica y sociológica. Ya el Congreso Penitenciario Internacional de Washington (1910) declaró que estos jueces deberían tener conocimientos especiales en las ciencias sociales y psicológicas, y veinte años más tarde, el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Praga (1930) adoptó un voto señalando la conveniencia de que formaran parte de estos

---

(84) Comunicación de TORSTEN ERIKSSON al XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario de La Haya de 1952. *Preparatory Papers*, IV, La Haya, páginas 4 y 5.

Tribunales personas calificadas por su conocimiento de los niños, y médicos, pedagogos y encargados de trabajo social (85).

En *Alemania*, la ley de Tribunales Juveniles de 1943 preceptúa que los jueces de estos Tribunales deben estar capacitados mediante una preparación educativa y ser competentes en materias de educación y dirección de la juventud. En *Italia*, la ley de Tribunales de menores de 1934 exige a los presidentes de estos Tribunales una preparación biológica, psiquiátrica, en antropología criminal y pedagogía. En otros países, los asesores han de ser especialistas en medicina o en pedagogía. En *Portugal* intervienen como asesores un médico y un pedagogo. En *Francia*, la ordenanza de 1945, relativa a la infancia delincuente, dispone que se nombre entre personas señaladas por su interés por las cuestiones referentes a la infancia. En los Consejos de Tutela o de protección de la infancia de Noruega, Suecia y Dinamarca figuran entre sus miembros médicos y maestros o maestras. Asimismo en *Suiza*, en la composición de estos Tribunales intervienen expertos en materias infantiles; en Ginebra, por ejemplo, la Cámara Penal de la Infancia debe estar compuesta por un jurista, un pedagogo y un médico.

También se considera necesaria la colaboración de la mujer, tratándose de niñas es su juez natural, y en los casos de menores de corta edad es de gran utilidad su intervención. En algunos países, en Inglaterra y Estados Unidos, la mujer forma parte de los Tribunales juveniles; en Francia pueden ser asesores de los Tribunales; asimismo en los Consejos de Tutela o de Protección de la Infancia de Suecia y Noruega. En el Congreso Penal y Penitenciario de Praga se defendió con gran calor la intervención de la mujer (86) y se adoptó el siguiente voto: «La colaboración de las mujeres como jueces, o como asesores, debe recomendarse con la mayor amplitud» (87).

### C) *Concurrencia de abogado defensor. Intervención del fiscal.*

La concurrencia de un abogado defensor, cuya principal misión sea, como en los Tribunales comunes, justificar o excusar el hecho del acusado, no es adecuada al sentido que inspiran estos Tribunales, por el contrario, si su intervención no tiene otro fin que cooperar con el juez a la solución del caso del niño, debe aceptarse su concurso. Miriam Van Water, juez de menores de Los Angeles (California), decía: «La representación de los niños por abogados no constituye barrera alguna para una actuación de sentido social, siempre que comprendan que no se trata de una lucha entre diversos derechos, ni de un conflicto entre un niño y un adulto en la que el Tribunal intervenga como árbitro. Un abogado

(85) *Actes du Congrès*, vol. I b, págs. 53-54.

(86) *Actes*, vol. V.

(87) *Actes*, vol. I b, pág. 54.

con sentido social prestará servicio a ambos: al niño y al juez juvenil (88). Por otra parte, es conveniente la intervención de un abogado para que vele por los derechos del menor y de su familia en particular en los casos de separación del mismo y de suspensión de los derechos de guarda y educación.

La intervención de un abogado defensor es obligatoria o facultativa en Alemania, donde se exige que el defensor sea competente en materia de educación y guía de la juventud; en Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Suiza, en algunos cantones. En España la comparecencia del menor y su defensa es exclusivamente personal, sin intervención de procurador o abogado.

La intervención del fiscal, cuya misión es típicamente represiva, no se concibe más que en los Tribunales que poseen en mayor o menor grado cierto sentido penal, pero no es admisible en los Tribunales desprovistos de carácter represivo e inspirados, principalmente, en una finalidad reeducadora. El Ministerio fiscal, en algunos países, posee intervención en estas jurisdicciones; en Alemania, donde la ley de 1943 les exige una especial preparación en materia de educación de la juventud; en Italia, Francia y también en Bélgica y Portugal, aun cuando sus Tribunales sólo tienen misión puramente educativa.

#### D) Competencia por razón de edad (89).

Estos Tribunales son generalmente competentes para conocer de los asuntos penales de los menores hasta los dieciséis a los dieciocho años. Los que han superado esta edad, por lo común, quedan fuera de su competencia y son juzgados por los Tribunales penales ordinarios.

En Europa son competentes: en *Inglaterra*, para juzgar a los menores de catorce años («children») y de diecisiete años («young persons»); en *Bélgica*, juzgar a los menores de dieciséis años; en *Holanda*, a los de dieciocho años, pero en ciertos casos éstos pueden ser juzgados por el Tribunal penal común, compuesto por tres miembros, entre ellos el juez de menores; en *Alemania* son competentes para juzgar a los menores desde los catorce a los dieciocho años; en *Francia*, a los menores de dieciocho años, pero en los casos de mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años acusados por infracciones de la categoría de «crímenes», el Tribunal para niños ha de ser completado por el jurado; en *Italia*, hasta los dieciocho años. En *Portugal*, a los menores de dieciséis

---

(88) *Youth in Conflict*. Nueva York, 1925, pág. 166.

(89) Nos limitamos a la competencia de estos Tribunales respecto de los menores delincuentes. Es bien sabido que en gran número de países se extiende también a los menores abandonados moralmente, vagabundos, maltratados o expuestos por cualquier otra causa a peligros para su vida, su salud o su moralidad; pero como esta relación se refiere de modo exclusivo al tratamiento de los menores delincuentes, sólo a éstos hemos de referirnos.

años. En *Suiza*, la competencia varía según la legislación cantonal, por regla general los casos de niños son tratados por las Comisiones de protección de la infancia, por la autoridad tutelar o por el abogado de menores, con la colaboración de las autoridades escolares; los casos de los adolescentes son de la competencia de los Tribunales juveniles o de los Tribunales de distrito, éste es el régimen de Berna, Ginebra, Schwyz, Zurich; en el cantón de Vaud, la competencia de la Cámara penal de menores se extiende a niños y a adolescentes; en el Ticino, el «Magistrado de menores» es competente también para juzgar niños y adolescentes. En *Suecia*, los Consejos de Tutela poseen competencia para ocuparse de los delinquentes menores de dieciocho años; en *Noruega*, su competencia llega a los dieciséis años; en *Dinamarca*, a los dieciocho años.

En *España*, tratándose de menores delinquentes, los Tribunales Tutelares son competentes para conocer todas las infracciones calificadas de delitos o faltas por el Código penal o por las leyes especiales realizadas por menores de dieciséis años, con excepción de los delitos o faltas atribuidos a la Justicia Militar.

En *Estados Unidos* no existen normas generales en materia de competencia por edad; ésta varía considerablemente de un estado a otro; en once estados es de dieciséis años; en otros once, de diecisiete años; de dieciocho años, en diecisiete estados; de veintiuno, en cuatro estados; en otros cinco estados, la edad varía dentro del mismo estado.

### E) *Procedimiento.*

Una de las características más típicas de estas jurisdicciones es la especialización de los locales de audiencia y la restricción de la publicidad de los juicios.

#### a) *Especialización de locales. Restricción de la publicidad.*

Al sentido de actuación educativa y reformadora que inspira estos Tribunales repugna por completo la comparecencia del menor en las mismas salas o cámaras de justicia donde son juzgados los criminales adultos. De las salas donde se administra la justicia penal emana un denso ambiente de degradación moral, del que es preciso alejar al menor, procurando que comparezca ante sus jueces en locales especiales, absolutamente independientes y separados de los Tribunales de justicia. Por otra parte, es preciso evitar al niño el aspecto imponente e intimidador de los Tribunales ordinarios, todo el solemne aparato judicial ante el que sentirá recelo y desconfianza. Ante un Tribunal que le intimide nunca abrirá su corazón y su mente infantil sólo lo concebirá como un poder hostil y maléfico del que a toda costa debe defenderse.

En cuanto a la restricción de la publicidad de los juicios de menores hoy todo el mundo está de acuerdo sobre su conveniencia. La comparecencia del niño ante el público habitual de los Tribunales penales, donde abundan vagos y criminales, sería enormemente nociva para su moralidad. Ante un público que profesionalmente simpatiza con el acusado, éste adoptará el papel de héroe, hará ostentación de cinismo y desvergüenza para ganar la aprobación y la simpatía del auditorio, y quizá adoptará una actitud que no responda a su íntimo modo de ser. La exhibición pública de los niños y adolescentes en las salas de justicia debe proscribirse en absoluto, pues constituye una causa de depravación y puede dejar en ellos un estigma, a veces imborrable.

A la audiencia de los menores sólo deben ser admitidas las personas interesadas por su suerte: sus padres, maestros y los miembros de sociedades protectoras de la infancia. La restricción de la publicidad debe extremarse en los asuntos de carácter sexual, especialmente en los casos de muchachas; en tales circunstancias, como tiene lugar en muchos Tribunales norteamericanos, la audiencia debe revestir un tono de digna conferencia familiar (90). La limitación debe ser extensiva a toda publicidad que se refiera a la conducta delictuosa del menor; así deberá prohibirse la publicación en la prensa no sólo de los debates ante el Tribunal, sino todo género de relatos y noticias comunicadas por cualquier medio y la de retratos y dibujos relativos al menor o a sus delitos.

Estos criterios han sido acogidos en la mayoría de los países. En *Inglaterra*, las audiencias del Tribunal juvenil no son públicas, tienen acceso a ellas los padres o tutores del menor, los colaboradores que se interesen por él, los delegados de libertad vigilada, el representante de la autoridad escolar. No se excluye a los representantes de la prensa, pero se prohíbe la publicación de los nombres y direcciones de los acusados. En *Francia*, los asuntos de menores se juzgan por separado; a los debates sólo pueden asistir los testigos, los parientes más próximos, los miembros del Colegio de Abogados, los representantes de las sociedades de patronato y de los servicios e instituciones que se ocupan de los niños y los delegados de libertad vigilada. El menor es invitado a retirarse después de su interrogatorio y del de los testigos. Se prohíbe la publicación de los debates en el libro, la prensa, la radio, el cinematógrafo o por cualquier otro medio. La sentencia se pronunciará en audiencia pública, en presencia del menor, puede ser publicada, pero sin que se indique el nombre del menor, a no ser por una inicial. En *Alemania*, la audiencia no es pública. Se permite la presencia de los encargados de la educación y representantes legales del menor, al perjudicado por el delito y a su representante legal, a los representantes de asociaciones de protección de la juventud y a las personas que el juez acuerde. El acusado no presen-

(90) LOU: *Juvenile Courts in the United States*, pág. 133.

ciará los debates que puedan ser perjudiciales para su educación ; también pueden ser momentáneamente excluidos de la audiencia los representantes legales del menor y encargados de su educación cuando su presencia suscite reparos. En *Holanda*, la audiencia se celebra a puerta cerrada, pero la sentencia se pronuncia en público. En *Italia*, las sesiones del Tribunal se celebran a puerta cerrada, se permite la asistencia del menor acusado, del perjudicado por el delito, de los testigos, defensor, parientes próximos del acusado y de los representantes de las sociedades de asistencia y de protección de menores. El presidente podrá disponer la ausencia del inculcado durante la práctica de la prueba y la discusión del asunto. En *Suiza*, el sistema seguido varía de unos cantones a otros, pero en la mayoría, las causas de menores se juzgan separadamente de las de los adultos y en locales y a horas diferentes. Sólo tienen acceso a la audiencia los próximos parientes y los representantes legales del menor y los delegados de las asociaciones de protección de la infancia y de la adolescencia. En *Portugal*, el menor no asiste al juicio, que tiene lugar en las Tutorías, es oído en audiencia privada en el despacho del juez presidente. En *Estados Unidos* se considera en la doctrina que la audiencia debe estar desprovista del carácter intimidador de los Tribunales criminales, pero en algunos estados los menores son juzgados en las salas de los Tribunales comunes. La restricción de la publicidad no se observa en todas partes con igual rigor, mientras en algunos Tribunales las audiencias son absolutamente privadas, en otros son admitidos los padres, testigos y otras personas ; en ciertos estados los menores son juzgados conforme a las reglas del procedimiento penal común. En *España*, las sesiones de los Tribunales Tutelares no son públicas, sólo podrán asistir los delegados y las personas autorizadas para ello ; no se permite publicar las reseñas de las sesiones, aun cuando es lícito publicar los acuerdos del Tribunal, omitiendo el nombre y apellidos del menor y cualquier otra circunstancia que permita su identificación. Se prohíbe también la publicación en periódicos y hojas sueltas de los nombres y retratos de los menores, así como de estampas o grabados alusivos a los hechos que se les atribuyan.

Además de estas peculiares normas de procedimiento (comparecencia del menor, restricción de la publicidad), el aplicado a los menores en la mayoría de los países europeos difiere más o menos del procedimiento penal común. *Alemania, Francia, Inglaterra, Suiza e Italia* poseen un procedimiento especial ; en los países donde las funciones de los Tribunales de menores están confiadas a las Comisiones u Organizaciones de Tutela y de Protección de la infancia, *Suecia, Noruega y Dinamarca*, el procedimiento seguido está desprovisto por completo de sentido penal. En *Holanda*, el procedimiento difiere en ciertos aspectos del común, existe para ciertos casos un procedimiento simplificado ante un juez único aplicable ante el juez de niños ; en *Bélgica*, no obstante la existencia del

juez único, se aplican las reglas comunes del procedimiento penal. En *España* los Tribunales Tutelares no se sujetan a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones.

b) *Detención del menor.*

Antes de alcanzar el tratamiento de los niños y adolescentes delincuentes las características que presenta en el momento actual, los menores eran detenidos por la policía y encerrados preventivamente en las prisiones comunes, donde con frecuencia no eran separados de los criminales adultos. Hoy se aspira a evitar estos contactos corruptores y la detención preventiva del menor, mientras se realiza la investigación sobre su persona y condiciones de vida, tiene lugar, por regla general, en locales especiales reservados para estos delincuentes. En *Inglaterra* son detenidos en lugares de detención («hostels» o «remand homes»), donde los menores son atendidos y reciben instrucción, o se les permite permanecer en su familia, a menos que no sea aconsejable esta medida. En *Bélgica* son confiados a un pariente o a un particular o a sociedad o institución de caridad o de enseñanza, y en caso de no ser posible, pueden ser detenidos en una «maison d'arrêt», en la que están sometidos a un régimen de separación de los adultos. En *Alemania* la detención preventiva sólo podrá decretarse cuando su finalidad no pueda ser alcanzada por una medida provisional de educación o por otra medida; para evitar los perjuicios de la detención en prisión, los menores son internados en instituciones de tipo familiar («Heim»). En *Holanda* pueden efectuarse en cualquier lugar, excepto en los lugares de detención de delincuentes adultos, con preferencia en un establecimiento de observación o en el domicilio del menor. En *Italia* son internados en institutos de observación destinados a recoger y alojar los menores de dieciocho años en espera de acuerdo judicial. En *Suiza*, el régimen de detención preventiva varía; en algunos cantones los menores son confiados a particulares o a organismos de protección de la infancia, en otros son detenidos en prisiones, pero con completa separación de los adultos. En *Francia* no pueden ser detenidos en una «maison d'arrêt» ordinaria, a menos que esta medida sea necesaria, pero los menores serán colocados en un departamento especial. En los *Estados Unidos*, en algunos estados las leyes prohíben la detención en prisiones y en puestos de policía; sin embargo, con poca frecuencia son detenidos en cárceles, a veces por falta de locales especiales, otras, cuando se trata de delincuentes peligrosos que sólo se reputan seguros en la prisión. Sin embargo, cierto número de tribunales internan a los menores en establecimientos especiales de detención o acuden, en particular en el campo y en las pequeñas localidades, al internado familiar. Los métodos de detención empleados son objeto de censura por los espe-

cialistas (91). En *España* puede acordarse la detención del menor si se considera absolutamente necesario, pero nunca tendrá lugar en cárcel o prisión preventiva, con tal fin será puesto a disposición del presidente del Tribunal Tutelar.

c) *Examen del menor.*

Detenido el menor en un lugar de detención o dejado al cuidado de su familia hasta que el Tribunal tome las medidas adecuadas a su tratamiento, antes de que éstas sean adoptadas, ha de procederse al estudio de su persona y del ambiente en que viven. Cuanto más profundo sea el conocimiento de su personalidad física y psíquica así como el de su medio familiar y social, mayores son las probabilidades de que la medida escogida sea la más conveniente.

Su examen físico es de gran importancia. Los trastornos físicos pueden ser causa indirecta de delincuencia; ciertos defectos físicos son con frecuencia motivo de inquietud psíquica y de conducta anormal. El examen mental es asimismo de considerable interés. El conocimiento de la vida mental del menor contribuye en gran escala a explicar las causas de su conducta inmoral o delictiva y servirán de guía eficaz para la selección de los medios de tratamiento. Su estudio psíquico descubrirá si se trata de un anormal, de un psicópata, de un deficiente mental o tan sólo de un retrasado pedagógico, o de un niño normal. Si se tiene en cuenta la considerable proporción de anormales psíquicos entre los menores delincuentes se comprenderá la trascendencia del estudio de sus mecanismos mentales y de toda su vida mental.

Este género de investigaciones nacieron y se desarrollaron en los Estados Unidos. En 1909 se creó en el Tribunal juvenil de Chicago el «Juvenile Psychopathic Institute» para el estudio de los menores delincuentes que comparecían ante aquel Tribunal (92), más tarde, en otros Tribunales se crearon instituciones análogas. En la actualidad las llamadas «Clínicas de orientación juvenil» («Child Guidance Clinics») o «Clínicas de Conducta» («Behavior clinics») (93), no limitan sus investigaciones a los niños y adolescentes delincuentes, sino a todos aquellos cuya conducta anormal aconseje su examen mental y requieran un tratamiento especial;

(91) Vid. TAPPAN: *Juvenile Delinquency*, págs. 380 y sigts.

(92) Sobre el desarrollo de estos centros de estudio véase J. H. HUNTER: *The History and Development of Institutes for the Study of Children*, en «The Child, the Clinic and the Court». Nueva York; 1925, págs. 204 y sigts.; LOU: *Juvenile Courts in the United States*, págs. 129 y sigts.

(93) Son éstas, dice AUGUSTA BRONNER, clínicas para el estudio experimental y tratamiento de los niños antes llamados «niños problemas» («problem children») y ahora mejor designados como niños y adolescentes que presentan problemas de conducta. *Behavior Clinics*, en V. C. BRANHAM y J. B. KUTASH: *Enciclopedia of Criminology*. Nueva York, 1949, págs. 30 y sigts.



son instituciones de higiene mental al servicio de todos los menores (94).

En *Inglaterra*, cuando la defectuosidad física o mental del menor parece haber contribuido a la conducta delincuente, tiene lugar su examen médico. El examen se realiza por los médicos de las casas de detención o se recurre al personal médico-escolar o al de los hospitales y clínicas; los Tribunales de las grandes ciudades utilizan los servicios de psicólogos. En las instituciones que reciben menores de diez a diecisiete años («Approved Schools») existe una cuidadosa organización médica donde, aparte del examen médico, los internados son objeto de un examen psicológico. En *Bélgica*, el examen médico está previsto por la ley de Protección de la Infancia; se realiza en instituciones de observación del Estado y también instituciones privadas que poseen semejantes centros de observación. En *Alemania*, la ley de Tribunales juveniles autoriza al juez para disponer, después de oír a un perito, el internamiento de los inculcados con el fin de observación en una institución adecuada para su examen biológico-criminal. En *Italia*, la ley de Tribunales de menores dispone se realicen investigaciones sobre la personalidad física, psíquica y moral del inculcado; para ello existen «institutos de observación» destinados al examen científico de los menores. En *Holanda* su examen físico y mental tiene lugar cuando lo ordena el Tribunal y puede realizarse en una institución apropiada. En *Francia*, conforme a lo dispuesto en la ordenanza de 1945 sobre la infancia delincuente, el menor será sometido a un examen médico y médico-psicológico. En *Portugal*, conforme a la ley de 27 de mayo de 1911 y al reglamento de 15 de mayo de 1925, el examen médico es obligatorio; en los refugios para el albergue de niños existen servicios donde el menor es examinado desde el punto de vista médico, antropológico, psicológico y pedagógico. En *Suiza*, el Código penal (artículos 83 y 90) dispone, cuando sea necesario, el examen físico y mental de los niños y adolescentes. En *España*, conforme al artículo 73 del reglamento para la aplicación de la ley de Tribunales Tutelares, el Presidente del Tribunal podrá disponer el examen y reconocimiento del menor por técnicos especializados que dictaminarán sobre su constitución psicofisiológica y sobre la probable influencia de ésta sobre el desarrollo del entendimiento y grado de voluntariedad consciente del hecho ejecutado.

d) *Estudio de su ambiente.*

Es preciso también conocer la vida familiar y social del menor, su ambiente familiar y escolar, su ambiente de trabajo, el ambiente de la calle, sus amistades y relaciones. Con no escasa frecuencia

---

(94) C. R. ROGERS: *The Clinical Treatment of the Problem Child*. Boston, 1939; BARNES y TEETERS: *New Horizons in Criminology*, págs. 930 y siguientes; T'ALF: *Criminology*, págs. 640 y sigts.

el examen biológico y psicológico no aporta luz alguna sobre las causas de su delito. Cuando los inculpados que comparecen ante el Tribunal son normales física y mentalmente, es preciso buscar los motivos de su conducta delincuente en influjos de origen social y de carácter ambiental. También hay niños cuya anormalidad física o psíquica no podría conducirles a la vida delincuente sin las maléficas influencias del ambiente en que viven. Es, pues, de extraordinario interés investigar las condiciones en que el niño desarrolla su vida para conocer las causas de su conducta criminal y aplicarle el tratamiento reformador más indicado.

La investigación de los factores sociales se practica actualmente en la mayoría de los países. En *Inglaterra* se recogen datos sobre la conducta anterior y sobre el carácter del menor, sobre su familia, y las autoridades escolares los suministra sobre su nivel intelectual, su conducta y su estado de salud; encargados de la recolección de estos informes suelen ser los delegados de libertad vigilada o «probation officers». En *Alemania*, la Ley de Tribunales juveniles (§ 28) dispone que en cuanto se incoe el procedimiento deberán ser investigadas, tan pronto como sea posible, las condiciones de vida y de familia del menor, la historia de su vida, su conducta y todas las demás circunstancias que puedan servir para el juicio de sus peculiaridades anímicas, espirituales y corporales. En *Bélgica*, por lo común los delegados de protección de la infancia son los encargados de obtener informes sobre la vida familiar y social del menor. En *Holanda* se recogen, dentro de lo posible, informes sobre su educación, carácter, su vida moral y su conducta. En *Italia*, la ley de Tribunales de menores dispone que se realizarán investigaciones para determinar los antecedentes personales y familiares del inculpado desde el punto de vista personal y de su ambiente. En *Francia*, la ordenanza de 1945 preceptúa se practique una información social sobre la situación moral y material del niño, sus antecedentes, su existencia y actitud en la escuela y sobre las condiciones en que ha vivido y ha sido educado. En *Suiza* se practican también estas investigaciones, en unos cantones por los abogados de menores, en otros por los órganos de la protección de menores. Los mismos informes se recogen en *Suecia*, *Dinamarca* y *Noruega* por los Consejos de tutela o de protección de la infancia. En *Estados Unidos*, cuando la policía recibe directamente la denuncia de un caso realiza una información sobre las condiciones del medio en que vive el menor, pero esta investigación tiene como fin principal comprobar la veracidad de la denuncia. Si es cierta, los «probation officers» u otros funcionarios del Tribunal realizan una información de carácter social. También los Tribunales de familia («Family Courts») realizan estas investigaciones. En *España*, el Reglamento de la Ley de Tribunales Tutelares autoriza al presidente del Tribunal para investigar los antecedentes del menor, la situación moral, social y económica de su

familia, las condiciones en que el menor ha sido educado y el medio en que desarrolle su vida de relación.

F) *Apelación contra las resoluciones de los Tribunales de menores.*

En numerosos países la legislación establece la apelación contra las resoluciones de los Tribunales de menores. En *Francia*, las decisiones de los jueces y de los Tribunales para niños son apelables por el Ministerio fiscal y por el menor con arreglo al Derecho común. En *Bélgica* son apelables por el menor, sus padres, tutores o guardadores del niño en los casos referentes a la separación de éste; también lo son por el Ministerio fiscal. En *Holanda*, el menor puede apelar del fallo del juez de niños, pero si es menor de dieciséis años, este derecho queda reservado a su consejo. En *Inglaterra* siempre es posible, con excepción de los casos de colocación en régimen de prueba o de libertad condicional. En *Suiza* existe una segunda instancia para todos los casos o para los de mayor gravedad; el recurso tiene lugar ante la sección penal del Tribunal cantonal o ante una sala penal para menores de este mismo Tribunal. En *España* son apelables los acuerdos en que se decreta el internamiento del menor, se le confíe a una persona, familia, sociedad tutelar o se le coloque en situación de libertad vigilada. La apelación tiene lugar ante el Tribunal de Apelación especial de menores constituido por un presidente y dos vocales.

La existencia de un recurso de apelación es aconsejable como garantía de los derechos de los padres y del niño y como medio de subsanar posibles infracciones de la ley.

G) *Inscripción de las medidas adoptadas y condenas impuestas en los registros penales.*

Las medidas de tipo educativo acordadas por los Tribunales de menores para los niños no se inscriben en los registros penales. Por el contrario, las tomadas para los adolescentes son inscritas en dichos registros. En *Alemania*, conforme al párrafo 69 de la ley de Tribunales juveniles, las condenas a la pena de prisión para jóvenes se inscriben en el registro penal; la inscripción, dispone su párrafo 71, puede ser cancelada por el juez juvenil en caso de conducta irreprochable del condenado, a petición de éste, su representante legal o del encargado de su educación. En *Suiza*, el artículo 361 del Código penal ordena la inscripción en el Registro penal de las medidas tomadas y de las penas pronunciadas respecto de los adolescentes (de catorce a dieciocho años) que han cometido un crimen o un delito. La autoridad competente, dispone su artículo 99, podrá a petición del interesado cancelar en el registro penal, después de su ejecución, las medidas tomadas si ha transcurrido un plazo de diez años, por lo menos, si la conducta del peti-

cionario justifica dicha cancelación y si ha reparado en lo posible el daño causado. En *Francia*, según lo dispuesto en el artículo 35 de la ordenanza de 1945, relativa a la infancia delincuente, y al artículo 594, párrafo quinto, del Código de Instrucción criminal, modificado por la ordenanza de 13 de agosto de 1945, la mención de las decisiones tomadas en virtud del artículo 66 del Código penal para los menores de trece a dieciocho años no se hará más que en los boletines del Registro penal («Casier judiciaire»), comunicados a los magistrados (esta inscripción figura en el Boletín número 1). El artículo 36 de la Ordenanza relativa a la infancia delincuente permite la cancelación de la media inscrita en el Boletín número 1 después de transcurridos cinco años si el menor da seguridades de enmienda y tiene lugar a petición del menor, del Ministerio público o de oficio.

#### H) *Resultados de estos Tribunales.*

Ei viejo proverbio «no es oro todo lo que reluce», dicen Barnes y Teeters, puede aplicarse al Tribunal juvenil. En los últimos años, en particular en Estados Unidos, se han formulado con frecuencia juicios desfavorables de estas jurisdicciones. Los ataques contra ellos comenzaron a raíz de la investigación realizada por Sheldon Glueck y Eleanor T. Glueck (95) sobre 1.000 delinquentes menores comparecidos ante el Tribunal juvenil de Boston que acusaba una enorme cifra de reincidentes—el 82,2 por 100—a los cinco años de ser tratados por dicho Tribunal. Estos datos originaron una viva polémica en la que por algunos se llegó a declarar el fracaso de estos Tribunales (96).

Barnes y Teeters resumen así las críticas desfavorables contra estos Tribunales: aplicación de los mismos principios que en los Tribunales comunes, apatía por parte de los jueces y escepticismo por parte del público, carencia en muchos casos de oficiales de prueba, insuficiente retribución de los mismos o escaso número de ellos; tendencia a considerar el Tribunal juvenil como un subterfugio para eludir la plenitud del rigor penal, escasa aplicación de los métodos científicos en el diagnóstico y tratamiento de los menores, influencia de la política en el nombramiento de sus miembros, etc.» (97). También Taft les reprocha que no representan un completo tratamiento científico, que sus raíces son más sentimentales que científicas, que están obligados a utilizar la colaboración de la policía y de otros organismos en los que predomina la vieja penología: pero este autor no es completamente pesimista, la idea y los métodos del Tribunal juvenil, añade, no han sido plenamente

(95) *One Thousand Juvenile Delinquents*. Cambridge, Mass., 1934.

(96) TH. D. ELIOT: *Supposed Premises Underlying the Glueck Controversy*, en «*Journal of Criminal Law*», 1935, págs. 22 y sigts.; HAYNES: *Criminology*. Nueva York y Londres, 1935, págs. 204 y sigts.

(97) *New Horizons in Criminology*, págs. 927 y sigts.

ensayados en ninguna parte, algunas de las causas del fracaso pueden ser removidas, otras son debidas a ignorancia, otras resultan del control imperfecto de las condiciones de vida del menor (98).

Muy acertado parece el juicio de Sutherland si se les considera, opina éste, como sustitutos de los Tribunales criminales; constituyen un éxito indudable si se les juzga en relación a lo que podían haber hecho, significan un fracaso. Pero los que hablan del fracaso de estos Tribunales, prosigue, probablemente no prefieren el viejo procedimiento de los Tribunales criminales; el Tribunal juvenil ha fracasado en cuanto podía haberse implantado un sustitutivo mejor de los Tribunales criminales (99).

De las manifestaciones de estos autores se infiere claramente que el pretendido fracaso no se refiere a la idea básica del Tribunal de menores, sino a la organización y funcionamiento de estos Tribunales, en particular en Estados Unidos.

I) *Si debe ser mantenido el Tribunal de carácter judicial o sustituido por organismos de carácter administrativo.*

Otra acometida contra el Tribunal de menores tuvo lugar en Europa en el Congreso de Higiene Mental reunido en Londres en agosto de 1948. El Dr. Heuyer (Francia), en una de sus sesiones, después de manifestar que los delincuentes menores son víctimas de su herencia, del medio familiar o del pauperismo, y que no deben ser sometidos a un tratamiento represivo, sino educativo, alegaba contra las jurisdicciones infantiles que el encargado en ellas de disponer las medidas de educación es un magistrado, desprovisto de preparación médico-pedagógica, que pone en movimiento todo el aparato judicial, nocivo en grado sumo para el menor. Para evitar estos males proponía la supresión de los Tribunales de menores y su sustitución por comisiones de expertos en materias educativas adecuadas a la infancia inadaptada y delincuente análogas a las que funcionan en los países escandinavos.

Esta cuestión se llevó al programa del XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario (La Haya, 1950), en el que quedó así redactada: «¿La protección de la infancia moral y materialmente abandonada debe ser encomendada a un Tribunal o a un procedimiento de carácter no judicial? ¿Deben conservarse los Tribunales encargados de juzgar a los niños y a los adolescentes?» (100). El problema aquí planteado era en esencia si el tratamiento de los menores delincuentes debería ser sustraído totalmente a las normas del Derecho penal común e inspirarse de modo exclusivo en el sentido tutelar y educativo característico del tratamiento de los

(98) *Criminology*, págs. 572 y sigts.

(99) *Principles of Criminology*, pág. 317.

(100) Sobre esta cuestión véase la ponencia del relator general *Travaux préparatoires*, IV<sup>o</sup>. *Rapport général présenté par FRANÇOIS CLERC*, Professeur de droit pénal à l'Université de Neuchâtel (Suisse).

menores no delincuentes necesitados de asistencia (en peligro moral, moralmente abandonados, etc.), o si, por el contrario, convendría conservar en parte el tono penal y las normas de procedimiento de carácter judicial. El acuerdo tomado estimó que por el momento no existía razón alguna para preferir el sistema judicial al administrativo y que la elección entre ambos dependía de la legislación interna de cada país de acuerdo con sus tradiciones. El voto adoptado señalaba, entre otros, como principios que deberían ser observados: la constitución de los Tribunales por personas expertas en materias jurídicas, sociales, médicas y pedagógicas; que el Derecho penal de los menores no debe ser idéntico al de los adultos, sino un Derecho especial adecuado a los jóvenes delincuentes y a la necesidad de no comprometer su adaptación a la vida social; que el Derecho especial de los menores debe garantizar a los padres su derecho sobre el niño y proteger a éste contra todo ataque a su libertad individual.

El carácter judicial debe ser conservado en los Tribunales de menores. Por una parte estos Tribunales deben estar capacitados para imponer medidas represivas o para colaborar con otros Tribunales para su imposición. Por otra, es preciso la presencia en el Tribunal de un magistrado o, al menos, la de un experto jurista con la misión de velar por los derechos del menor y de sus padres. La adopción de medidas de colocación del menor fuera de su familia, en especial su internamiento en instituciones de tipo correctivo o curativo, pueden ser objeto de abusos, motivados quizá por un exceso de celo de las autoridades o funcionarios del Tribunal y causar perjuicio notorio a los intereses del menor y a los de sus padres; contra semejantes arbitrariedades el procedimiento judicial y la intervención de un magistrado o de un experto jurista constituyen una eficaz garantía. Los derechos de los padres, sobre todo en los casos de suspensión de sus derechos a la guarda y educación del menor, deben asimismo ser garantizados, y como esta medida sólo puede ser adoptada por causas legales, su apreciación habrá de ser confiada a un magistrado o a un versado jurista.

La opinión favorable al carácter judicial de los Tribunales de menores gana terreno. En «El ciclo de estudios sociales europeos de París» (diciembre de 1949), en el estudio de los problemas referentes a la delincuencia juvenil se adoptó como conclusión que «el procedimiento garantizará los derechos del menor, de su familia y del perjudicado» (101), y en el referido XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario se acordó un voto que señala como uno de los principios que deben ser observados en la actuación de estos Tribunales «garantizar a los padres el examen imparcial de sus derechos relativos a la educación del menor contra todo ataque arbitrario a su libertad individual» (102).

(101) Vid. *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1950, págs. 639 y siguientes.

(102) En este Congreso la mayoría de las comunicaciones fueron favorables

El Tribunal de menores debe conservar un sentido judicial. Debe actuar sobre la base del carácter legal de la delincuencia de los menores y mantener en la ley la definición del delito, lo que permite distinguir entre los delincuentes, a quienes se aplican las normas más severas, y los demás menores no criminales (abandonados moralmente, vagos, etc.) si están sometidos a su competencia; debe poseer normas de procedimiento semejantes a las del procedimiento común para los casos criminales y proteger los derechos de los niños y de sus padres.

Por el contrario, tratándose de menores no delincuentes su tratamiento debe estar desprovisto de carácter judicial.

J) *El elemento represivo y la idea de justicia en la actuación de estos Tribunales.*

El tratamiento del menor debe aspirar principalmente a su educación y reforma como medio de readaptación a la vida social, y para este fin ha de prescindir de las normas del Derecho penal común, y muy especialmente sustituir la apreciación de la infracción cometida por la estimación de la personalidad física, psíquica y moral del menor; pero el elemento judicial no puede ser descuidado, ni el represivo abandonado por completo.

Para ciertos menores, para los adolescentes y en especial para los que son criminales peligrosos, el sentido represivo no puede ser descartado de modo irreflexivo en su tratamiento, en él debe estar presente la idea de justicia. Mientras que en Norteamérica, como consecuencia de la concepción determinista de la criminalidad, considerada de modo exclusivo como resultado del influjo de factores personales y sociales, toda actuación sobre el menor delincuente tiene un sentido de tratamiento basado en el conocimiento de sus condiciones biológicas y psíquicas peculiares, en Europa, en particular en la Europa continental, no se excluye por entero la noción de justicia. Los menores, dice el profesor Clerc en su ponencia al citado Congreso, poseen un acentuado sentido de la justicia y se falsearía su sentido de la responsabilidad quitando a la sanción adoptada contra ellos el carácter de reprobación de una

---

al Tribunal de carácter judicial, además de la del relator general, profesor CLERC, las del profesor BÁRBARA WOOTTON (Inglaterra), HUYNEN (Bélgica), CHAZAL (Francia), NOVAKOWSKI (Austria), HUDIG (Holanda) profesor VIDONI (Italia).

En el mismo sentido, F. T. GILLES: *The juvenile courts, their work and problems*, Londres, 1946; este autor, Secretario General de los «Juvenile Courts» de Londres, defiende por razones de protección de la libertad individual las ventajas del carácter judicial de estos Tribunales, frente a los que preconizan medidas administrativas; pide que se conserve a estos Tribunales, en cuanto jurisdicción criminal, su carácter de Tribunal, con reglas de procedimiento obligatorias en lo relativo al interrogatorio del acusado, de los testigos, etc. Para los casos no criminales, para los de mero cuidado y protección, no es menester un procedimiento penal, pues estos casos entran en las atribuciones civiles de aquellos Tribunales.

conducta de cuya maldad tienen conciencia ; se va por mal camino difundiendo la idea de que el joven no es responsable de sus actos y que el delito que ha cometido es el resultado de una mala educación o de la herencia ; la intervención del juez, la imposición de una sanción debe aparecer al inculpado como justo castigo de su conducta, aun cuando la sanción escogida por el juez aspire, en su espíritu y causa de la personalidad del delincuente, no a castigar, sino a reeducar, y añade certeramente es un error afirmar que contra los menores delincuentes sólo pueden ser adoptadas medidas de naturaleza curativa o educativa (103). En el mismo Congreso se hicieron otras manifestaciones análogas. En lo referente a la imposición de penas como certeramente manifestaba el profesor Vidoni se presentarán casos en los que el elemento represivo no puede ser eliminado a la ligera (104) ; y la doctora Hudig, juez de niños de Rotterdam, opinaba que los niños tienen un sentido de justicia concebido de modo infantil, por lo que al tratar con niños debe tomarse en cuenta el sentido de justicia del grupo al que el niño pertenece (105). Pero estas ideas también cuentan con adeptos fuera de Europa. Incluso en Estados Unidos se pide que el espíritu de justicia forme parte del tratamiento del menor delincuente. Para éstos, alega D. Bogen, el tratamiento individualizado que estudia la persona y el ambiente para corregir los factores de su conducta no puede ser desatendido, pero el aspecto de la justicia tampoco ha de ser olvidado. Como expresión de esta idea, dice, los menores autores de graves delitos o de delitos menos graves cuando persisten en su conducta, deben ser reclusos hasta que no sean peligrosos (106). El mismo profesor Taft, propugnador de la sustitución de la pena-castigo por la noción de tratamiento, al exponer las causas que han dificultado el éxito de los Tribunales juveniles manifiesta en tono de censura cómo muchachos que necesitaban una fuerte sacudida para comprender la gravedad de su conducta habían sido sometidos al régimen de prueba, ridiculizando así alegremente la suavidad del Tribunal juvenil (107).

Como se ha manifestado en páginas anteriores, gran número de legislaciones de países europeos han consagrado grandes esfuerzos al tratamiento de los menores delincuentes : Inglaterra, Alemania, Holanda y otros, incluso en los países escandinavos, que no poseen Tribunales de tipo judicial, sino Comisiones de carácter administrativo, ciertos menores, en casos de grave delincuencia, pueden quedar sometidos a las normas del Derecho penal común.

(103) Ponencia citada, págs. 8 y 9.

(104) *Travaux Préparatoires*, IV<sup>2</sup>. Rapport présenté par GUISEPPE VIDONI, página 5.

(105) *Preparatory Papers*, IV<sup>2</sup>. Repport presented by Dr. JAHANNA C. HUDIG, página 5.

(106) *Justice «versus» Individual Treatment in the Juvenile Court*, en «Journal of Criminal Law and Criminology», 1944, págs. 249 y sigts.

(107) *Criminology*, pág. 573.



La sumisión de ciertos adolescentes a medidas represivas no sólo satisface el sentimiento de justicia, sino también las exigencias de defensa social contra los peligrosos, pues sólo el trato represivo permite en casos de suma gravedad la imposición de medidas de protección social de duración adecuada, mientras que en los países donde el tratamiento de los menores delincuentes está inspirado de modo único en un sentido tutelar y educativo, allí donde, como en España, los menores han quedado fuera del Derecho penal, al alcanzar éstos su mayoría de edad civil, aun en los casos de criminales contumaces y endurecidos, cesan todas las medidas a que estuvieren sometidos y sin traba ni restricción alguna vuelven a la vida de libertad. La única solución para eludir los gravísimos peligros que este régimen origina es, como ya he propuesto en otra ocasión (108), someter a los delincuentes peligrosos menores de catorce a dieciocho años a medidas de tipo represivo; para éstos no es bastante la adopción de medidas educativas, la aspiración reformadora ha de ir unida a la finalidad de protección de la colectividad. No creo aconsejable acudir a las normas del Derecho penal común; más adecuada parece la creación de un Derecho penal especial, que sería aplicado a estos adolescentes por los Tribunales ordinarios con la intervención del Tribunal de menores, como se practica en Holanda; pero tal régimen penal especial habría de disponer de sanciones con carácter reprobatorio y de eficacia suficiente para preservar la seguridad colectiva.

#### K) *Perspectivas para el futuro.*

En particular, en los Estados Unidos se han elaborado planes para la organización en el porvenir de los Tribunales juveniles. Uno de ellos consiste en su fusión con los Tribunales de familia («Family Court») o Tribunales de relaciones domésticas («Domestic Relations Court»). Estos Tribunales conocen de los casos de abandono y malos tratos a la mujer o a los hijos, investigación de la paternidad, divorcio, alimentos, guarda, tutela, adopción. Fundiéndolos con los Tribunales juveniles, se alega, su procedimiento se simplificaría en gran manera. Considerando la familia como una unidad, arguyen otros, los asuntos referentes a ella no pueden ser resueltos más que apreciándoles en conjunto, de este modo se evitará el doble trabajo de que estos asuntos sean examinados por Tribunales diversos. El sistema actual de ventilar ante un Tribunal los asuntos de divorcio y ante otro los relativos a la no prestación

---

(108) En mi publicación aparecida en 1934, *Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934, defendí el sentido tutelar y reformador como único inspirado del tratamiento de los jóvenes delincuentes; posteriormente he abandonado esta idea admitiendo la imposición de medidas represivas para los adolescentes peligrosos. He expuesto este punto de vista en mi trabajo *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, en «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia». Madrid, 1944, número de mayo.

de alimentos, y ante otros los relativos a los menores, contribuye a anular el poder de cada Tribunal y hace perder a la ley gran parte de su eficiencia. Algunos Tribunales juveniles (Denver, Newark, Jersey City), inspirándose en estas ideas, han comenzado a ensanchar su jurisdicción, extendiendo su competencia a cuestiones de adopción, abandono de familia, tutela e investigación de la paternidad. También en algunos de los grandes Tribunales se han creado secciones que comprenden un Tribunal juvenil y un Tribunal de relaciones domésticas; ambos Tribunales funcionan en el «Municipal Court» de Filadelfia, y en otros estados; en Nueva York, el Tribunal de relaciones domésticas, creado por ley de 26 de abril de 1933, comprende un «Children Court» y un «Family Court» (109). La «National Probation Association» y el «American Institute of Criminal Law» han recomendado la fusión de estos Tribunales.

Otra sugestión tiende a que estos Tribunales quedaran confinados al desempeño de funciones judiciales y que el resto del tratamiento fuera encargado a otros organismos, en particular a las autoridades escolares. El Tribunal sólo debe tratar los casos extremos, cuando el poder coactivo sea necesario para la protección del menor y de la sociedad. Se argumenta que los Tribunales hacen un inmenso trabajo extrajudicial, especialmente en la reforma y educación de los menores; que en el régimen de prueba se emplea la educación como método principal de trabajo y las instituciones en que son internados los menores son instituciones educativas; que un gran número de jóvenes delincuentes son tratados por los «probation officers» sin intervención oficial del Tribunal, el 90 por 100 de los casos que llegan a la policía son resueltos por la misma policía sin intervención del Tribunal juvenil, y de los que llegan a éste, una gran parte son resueltos por los «probation officers» sin comparecencia ante el juez; así se pregunta, ¿no debería quedar el Tribunal juvenil limitado a desempeñar funciones judiciales? La escuela parece a muchos el organismo más conveniente, pues está libre del estigma que va unido a la comparecencia ante el Tribunal. Las informaciones sobre el menor pueden ser más fácilmente y con mayor rapidez obtenidas por un «school oficial». También la escuela puede descubrir el comienzo de la delincuencia antes que el Tribunal.

Los adversarios de la intervención de los organismos escolares objetan que gran número de problemas legales no pueden ser resueltos por la escuela, que carece de poder para confiar muchachos a instituciones cuando a ello se opongan sus padres o guardadores, que el hecho de llevar un menor ante el Tribunal

(109) RECKLESS y SMITH: *Juvenile delinquency*, pág. 231; LOU: *Juvenile Courts in the United States*, págs. 203 y sigts.; FREDA RING LYMAN: *Analisis and Tabular Summary of States Law Relating to Jurisdiction in Children's Cases and Cases of Domestic Relations in the United States*. Children's Bureau Chart, 17, 1930.

indica que la escuela ha fracasado y que necesita una acción más enérgica; que la escuela no puede tratar a menores que ya han salido de ella; que conceder a estos Tribunales solamente funciones judiciales y represivas constituiría un retroceso en el progreso de la justicia americana; finalmente, que otorgar a la escuela funciones correctivas, más bien que constructivas, originaría una reacción desfavorable a su trabajo (110).

#### VIII. EL TRATAMIENTO DE LOS DELINCUENTES JÓVENES.

Los estudios realizados sobre la biología y la psicología de los adolescentes y jóvenes demuestran que hasta más allá de los veintiún años se producen cambios en la estructura del cuerpo humano, que un muchacho de dieciséis a dieciocho años puede haber alcanzado el desarrollo físico de un adulto sin que su sistema nervioso haya logrado aquella integridad que es base de la madurez espiritual necesaria para exigir una responsabilidad criminal plena, que hasta los dieciocho y aun los veintiún años la actuación educativa sobre los jóvenes delincuentes consigue éxitos indudables. Prueban estos hechos que el joven delincuente, hasta los veinte o veintiún años, no puede ser tratado de igual manera que el adulto, sino sometido a un régimen en el que predomine la tendencia reformadora, pero como muchos de estos jóvenes (semiadultos; «Halberwachsenen» los llaman los alemanes) son criminales peligrosos, en su trato ha de tener también amplia cabida la finalidad de protección social contra sus temibles actividades (111).

Por tanto, así como el régimen de los niños y de los adolescentes ha de estar, para todos aquéllos y la mayoría de éstos, inspirado plenamente en tendencias reformadoras, el de los delincuentes jóvenes, de dieciocho a veintiún años, de los que la mayor parte son verdaderos culpables, ha de poseer un tono represivo en armonía con la idea de justicia, que ha de estar presente en su trato penal, y con las exigencias de defensa de la colectividad contra sus hechos delictivos. Ha de ser un régimen severo con finalidad educativa.

---

(110) SUTHERLAND: *Principles of Criminology*, págs. 318 y sigs.; TAFT: *Criminology*, págs. 574 y sigs.

(111) Estas ideas han hallado gran acogida, en particular en Alemania, como lo atestiguan las numerosas publicaciones sobre esta materia (STRANCK: *Die Künftige Sonderbehandlung der Halberwachsenen*, Erlangen, 1936; SCHAFFSTEIN: *Das Problem der Halberwachsenen im künftige Strafrecht*, en «Deutsche Justiz», 1937, pág. 347; SEVERIN, *Die Sonderbehandlung der Halberwachsenen im Strafrecht*, Hamurgo, 1939; A. GREGOR: *Zur Frage der strafrechtlichen Behandlung von Halberwachsenen*, en «Monatsschrift für Kriminalbiologie», 1942, págs. 156 y sigs.

A) *Instituciones Borstal.*

La idea de someter los delincuentes jóvenes a este tratamiento, arrancándolos de la penalidad aplicada a los adultos y sustrayéndolos a los peligros de las penas ordinarias de prisión, fué realizada por vez primera en *Inglaterra* con la ley «Prevention of crime Act» 1908, que creó las famosas instituciones Borstal, hoy reguladas por el «Criminal Justice Act» 1948, que cambió su antiguo nombre «Borstal Detention» por el actual «Borstal Training». El «Borstal Training», que es un régimen severo, forma parte del sistema penal. Pueden ser internados en estas instituciones los jóvenes de dieciséis a veintiún años declarados culpables de un delito punible con prisión si el Tribunal (no el Tribunal juvenil, sino un Tribunal común), teniendo en cuenta los antecedentes del reo y las circunstancias del hecho, considera conveniente su internamiento. Su duración es de un minimum de nueve meses y un máximo de tres años. Al ser liberados bajo palabra quedan sometidos a la vigilancia de una persona o de una entidad. Su organización y funcionamiento tiende a fines educativos, de instrucción y educación profesional, y aspira, asimismo, al desarrollo físico de los internados. Estos reciben una sólida educación profesional en trabajos de diversa índole, concediéndose gran importancia a los agrícolas, que se practican en las granjas existentes en estas instituciones. Cada institución está destinada a un tipo especial de internados, unas a los muchachos más susceptibles de reforma, otras a delincuentes endurecidos, otras para casos intermedios; existen también instituciones para retrasados mentales. Actualmente en *Inglaterra* y *Gales* existen 17 establecimientos para muchachos y cuatro para muchachas; algunos son establecimientos abiertos, sin muro exterior, otros son cercados, y en ellos la disciplina es más severa (112).

B) *La prisión-escuela.*

Análogo al sistema Borstal y muy influido por éste es el régimen de la «prisión-escuela». En *Suecia* fué creada por ley de 15 de junio de 1935, entrada en vigor el 1.º de enero de 1938; está destinada a los jóvenes de dieciocho a veintiún años condenados por infracciones castigadas con pena de prisión o de reclusión siempre que ésta no sea superior a cuatro años. Conforme a lo

---

(112) *The Principles of the Borstal System*, publicación del «Home Office», Londres, 1932; *Prisons and Borstals*, publicación del «Home Office», Londres, 1945, págs. 108 y sigs; WATSON: *The Child and the Magistrate*, pág. 157 y siguientes; LIONEL W. FOX: *Summary of Principal Changes in the Prison and Borstals Systems of England and Wales since 1935*, en «Select Papers on Penal and Penitentiary affairs», Berna, 1949, páginas 328 y siguientes; GERDA DE BOCK: *La readaptation de jeunes délinquants en Angleterre*, en «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», 1949, octubre, págs. 29 y siguientes.

dispuesto en la ley se aplicará cuando el género de infracción y las condiciones personales del delincuente permitan esperar que aprovechará la educación y la instrucción que en ella reciba. A su ingreso los internados son colocados para su observación en un servicio especial de recepción encargado de investigar su desarrollo intelectual, estado mental, el de sus conocimientos y la naturaleza de sus aptitudes. Su organización y régimen son de orientación marcadamente educativa. El trabajo debe iniciar a los detenidos teórica y prácticamente en una profesión que les permita cuando llegue el momento de su liberación subvenir a sus necesidades. La duración del internamiento es indeterminada, pero no puede exceder de cuatro años. El liberado es colocado bajo vigilancia y sometido a las reglas establecidas por una comisión especial (113).

En *Dinamarca*, conforme a lo dispuesto en el Código penal, se recluyen en prisión-escuela los menores de quince a veintiún años que hubieren incurrido en pena de prisión por un delito susceptible de ser considerado como resultado de disposiciones criminales o de inclinación a vagabundear o de influjo de malas compañías. El internamiento tiene un sentido correccional y no puede exceder de tres años; si se estima que la pena ha conseguido el fin propuesto, puede acordarse la liberación transcurridos uno o dos años. En estos establecimientos no pueden ser internados los jóvenes afectos de enfermedad o anormalidad mental, para los que el Código penal prescribe medidas especiales (114).

En *Finlandia*, con arreglo a una ley de 31 de mayo de 1940, entrada en vigor el 1.º de enero de 1943, las penas privativas de libertad impuestas a los menores de quince a veintiún años pueden ser ejecutadas en una prisión especial para jóvenes delincuentes. Un Tribunal constituido por el Director de la Administración penitenciaria, por un jurista que reúna condiciones para ser juez, un psiquiatra y por otro miembro determinan, previo examen del culpable, si su pena ha de ser ejecutada en la prisión-escuela o en una prisión común. Su régimen tiene por base el trabajo y la instrucción y aspira en primer término a la readaptación social del penado (115).

En *Portugal*, la prisión-escuela fué creada por el Decreto-ley de 28 de mayo de 1936; está destinada al internamiento de los menores de edad superior a dieciséis años condenados a reclusión o a prisión superior a tres meses; también se internan en ellas,

---

(113) H. GÖRANSSON: *Le régime suédois de la prison-école*, en «Recueil de Documents en matière penal et pénitentiaire», 1942, págs. 167 y sigts.; G. THURÉN: *La réforme suédoise de l'exécution des peines*, en «Recueil», 1948, páginas 125 y siguientes.

(114) *Le régime pénitentiaire en Danemark 1933-1937*. Exposé de la Direction de l'Administration pénitentiaire, Copenhague, en «Recueil», 1941 págs. 275 y siguientes.

(115) M. A. ARVELO: *Finlande. Nouvelles dispositions législatives pénales en 1939-1942*, en «Recueil», 1943, págs. 237 y siguientes.

pero separadamente, los menores considerados como delincuentes habituales o por tendencia, los peligrosos para el orden social; los mendigos y vagabundos, bebedores habituales, etc. El régimen es, sobre todo, educativo; existe una sección para los refractarios a la disciplina y una sección especial para anormales. Los reclusos pueden permanecer en la prisión-escuela hasta la edad de veinticinco años. La reclusión en estos establecimientos, por regla general, va precedida o acompañada de un examen de su personalidad con el fin de someterle al régimen más apropiado a sus condiciones personales y a aislar a los psicópatas y anormales que requieran un tratamiento especial (116).

En *Bélgica*, la prisión-escuela tiene una larga vida; fué creada por Real decreto de 28 de junio de 1921. Actualmente existen dos prisiones-escuelas en Hoogstraten y en Marneffe, a ellas son destinados condenados de dieciséis a veinticinco años, en aquél los de lengua flamenca, en éste los de lengua francesa.

C) *Realizaciones norteamericanas. La «Youth Correction Authority». Los Tribunales para jóvenes.*

En los Estados Unidos han aparecido en los últimos años organismos para el tratamiento de los delincuentes jóvenes de carácter peculiar muy diferentes de las instituciones europeas. Recientemente por obra del «American Law Institute» se ha propuesto la creación de un órgano que debe funcionar en cada estado, la «Autoridad para la corrección juvenil» («Youth Correction Authority»), encargado de suministrar y dirigir la aplicación de un tratamiento correccional y preventivo a las personas que le sean encomendadas. A esta autoridad quedarían sometidos los jóvenes de dieciséis a veintiún años declarados culpables de delito por condena pronunciada por un Tribunal penal. No se trata de un Tribunal, sino de un organismo encargado del tratamiento correccional de los jóvenes de la expresada edad. El Tribunal declara la culpabilidad del delincuente, la «Youth Authority» escoge la medida penal adecuada, determina el tratamiento y dirige su ejecución. Estaría formada por tres miembros escogidos entre funcionarios públicos destacados en el ramo de la educación, del Derecho, de la psiquiatría, especializados en el régimen de prueba y en la administración penitenciaria. Este organismo ha comenzado a actuar en California con franco éxito. Aquí funcionan campos de trabajo forestales, donde son enviados por los Tribunales juveniles y por los Tribunales ordinarios muchachos con abundantes precedentes penales o delincuentes primarios condenados a prisión por la gravedad de su delito; permanecen en dichos campos un año, aproximadamente, pero este plazo depende de

(116) Portugal. *La nouvelle organisation des prisons*, en «Recueils», 1940, página 136.

la gravedad del delito y de la conducta del joven. La «Youth Authority» los selecciona mediante un diagnóstico clínico y los envía directamente a los campos. También son enviados a estos muchachos provenientes de las escuelas correccionales y de los reformatorios tres o cuatro meses antes de ser liberados bajo palabra (117).

Algunos penalistas consideran la «Youth Authority» como un alejamiento de los viejos moldes, como el paso más revolucionario de la penología americana desde la creación del Reformatorio de Elmira, y cifran en ella grandes esperanzas (118).

*Tribunales para jóvenes.*—Hace ya tiempo que en Estados Unidos se manifiesta la tendencia de extender a los jóvenes, desde diecisiete a dieciocho años hasta veintiuno, la competencia de los Tribunales juveniles, o crear para aquéllos Tribunales especiales.

Ya en 1914, en el Tribunal Municipal de Chicago se creó una sección denominada «Boy's Court», con jurisdicción para conocer los delitos de mediana gravedad («misdemeanors») cometidos por jóvenes de diecisiete a veintiún años, pero esto no era más que un Tribunal penal común, con alguna modificación en su procedimiento especializado para delincuentes de esta edad. Posteriormente, con el fin de evitar al menor el estigma de ser juzgado por un Tribunal común, fueron creados otros Tribunales especiales para jóvenes, inspirados principalmente en la idea de educación y prevención. Uno de ellos es el Tribunal para adolescentes («Adolescent Court»), establecido en Brooklyn en 1935 con arreglo a la ley de Menores descarriados («Wayward Minors Act»), para juzgar a los menores de dieciséis a veintiún años no sólo delincuentes, sino díscolos, desobedientes y en peligro moral; éstos, a su elección, pueden ser juzgados por el Gran Jurado o por este Tribunal. Otro Tribunal para adolescentes ha sido creado en 1935 dentro del área de Nueva York, en el condado de Queens, que también aspira principalmente a finalidades reformadoras. Ambos tribunales utilizan servicios psiquiátricos y demás medios especiales de tratamiento. Ultimamente el «General Sessions Court» ha comenzado a aplicar el régimen de «menor descarriado» a los muchachos de aquellas edades que comparecen ante él. Estos no son Tribunales para niños ni Tribunales comunes, son jurisdicciones especiales intermedias entre aquéllos (119).

---

(117) K. HOLTON: *Use of Correctional Camps and Colonies for Adolescent and Adult Offenders*, en "Selec Papers on Penal and Penitentiare Affairs", 1950, páginas 65 y siguientes.

(118) BARNES y TEETERS: *New Horizons in Criminology*, págs. 942 y siguientes.

(119) BARNES y TEETERS: *New Horizons in Criminology*, págs. 938 y siguientes.

# Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas

## CUARTA PONENCIA PARA EL I CONGRESO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO PENAL Y PENITENCIARIO

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Fiscal de la Audiencia de Toledo

SUMARIO: I. Declaración previa de principios finalísticos.—II. Jurisdicción de las instituciones penitenciarias y posibilidad de un Derecho penitenciario.—III. Códigos penitenciarios e intervención judicial.—IV. Unidad de pena y pluralidad individualizada de tratamiento; problemática de clasificación.

### I.—DECLARACIÓN PREVIA DE PRINCIPIOS FINALÍSTICOS

Toda labor de signo culturalista, aun la más abocada a inmediateces prácticas, debe ir precedida de postulados teórico-ideales en que se afirme, ya que sin ellos corre no leve riesgo de ser un cuerpo sin alma. Bien sé que en los tiempos que corren, tan afectos confesadamente o no al utilitarismo, es postura frecuentemente aplaudida la de prescindir o querer prescindir—que no es lo mismo—de consideraciones teóricas. Me parece, empero, que para mentes latinas educadas en el cultivo del ideal es siempre inexcusada una referencia a los primeros principios, la «teoría» que, como dijo el genial Leonardo de Vinci, es «el capitán a quien la práctica debe seguir cual ejército de soldados». No quiere esto significar, en modo alguno, que el Congreso divague o se pierda en las frondas a menudo inextricables, bien que dudosamente vírgenes, de la filosofía penal. Precisamente en las ciencias penitenciarias es donde, si de algo se ha abusado, ha sido de palabrería y retórica, hasta el punto de que, hace más de medio siglo, nuestro gran criminólogo y penitenciarista Rafael Salinas confesó, no sin amarga ironía, que en la materia «nos queda todo por hacer y nada por decir» (1). Justo

---

(1) R. SALILLAS: *La vida penal en España*. Madrid. «Rev. de Leg. y Jurisprudencia», 1888, pág. 41.



es reconocer, sin embargo, que desde entonces acá (1888-1952), aunque se haya dicho también mucho, es siquiera algo lo que se ha hecho.

En este asunto de principios penitenciarios, como en tantos otros, el extremismo oscilante entre el escepticismo y la utopía, es el más peligroso de los piélagos que el científico desinteresado y objetivo debe tratar de evitar con máxima cautela, por resultar ambos extremos igualmente perniciosos para todo efectivo progreso. En uno y otro supuesto, el del escepticismo y el de la utopía, la causa primordial, aparte de lo temperamental, casi siempre decisivo, suele ser un falso planteamiento de las tesis fundamentales, el exceso de ambición o la falta de proporciones. El escéptico en materias penales o penitenciarias habla del fracaso de las teorías y prácticas por no haber logrado desarraigar el crimen ni impedido su aumento. Es que ignora la verdad fundamental de que tales ciencias normativas no se propusieron nunca, o no debieron proponerse, semejante finalidad que desborda notablemente sus posibilidades. Tampoco el Derecho internacional es apto para terminar con las guerras y la Medicina con las enfermedades y menos todavía con la muerte. Hay que medir y conocer primero las propias fuerzas antes de emprender cualquier empresa, y quien así lo hace sincera y exactamente, se evita no pocas desilusiones y embarazos.

El delito es una realidad humana de carácter permanente y fatal que nació con el alborar del hombre y que con toda seguridad no ha de perecer más que con él. Puede disminuir o aumentar cíclica o episódicamente y, sobre todo, transformarse en la evolución ingeniosamente esbozada por Nicéforo que la Historia y las estadísticas nos enseñan; pero su desaparición, como pensaron algunos teorizantes del anarquismo y del socialismo, es una absoluta utopía, y de utopías fracasadas están nutridos todos los escepticismos.

Se dirá, no sin razón, que las normas penales y penitenciarias.. ya que no persigan el fin último de acabar con la delincuencia, tienen su razón de ser conforme a las posibilidades relativas de momento. Es una razón pragmática muy digna de tenerse en cuenta, ciertamente, aunque en realidad, afecte más a un sector de las ciencias penales: el de la Política criminal; pero, si bien se considera, ese «telos» utilitario no puede ser erigido en la cúspide de la punición, y no lo es, desde luego, en los regímenes penales prevalentes en el mundo. Son incontables las ocasiones en que una pena se impone a sabiendas de que el delito no se ha de repetir y con plenísima conciencia de su pragmática ineficacia. En toda la criminalidad de tipo pasional, por no referirme más que a ella, la trascendencia de la punición es nula a los efectos de su desaparición o disminución, ya que en su genética operan factores temperamentales y ocasionales que pueden muy bien no volver a repetirse con absoluta independencia del tratamiento penal.

Si lo antedicho es verdad, ¿cuál ha de ser la *ratio essendi* de lo punitivo? La verdad es que para su existencia, pese a lo dicho, no hay una razón, sino múltiples. Que el delito exista no quiere decir que deba prevalecer, y toda sociedad organizada tiene el inexcusable y primordial deber de luchar contra él y de defenderse, como objeto en sí mismo, prescindiendo de consideraciones de utilidad y por claro imperativo de justicia. He aquí un primer principio, teórico, pero realísimo, aunque con realidad espiritual y existencial, que muchos penalistas y penitenciaristas han perdido de vista abrumados con las pretensiones inconsideradas de cientifismo, propias de la dictadura de tecnocracia en que ha venido debatiéndose el mundo occidental de hace casi un siglo. Me libraré muy bien de menospreciar la técnica y más aún la ciencia, incurriendo en el vicio opuesto, tan común a ciertos sectores de nuestra época, de divinizar lo irracional e instintivo. No se trata aquí de valorar posturas filosóficas abstractas, sino de proveer a la fundamentación posible y deseable de una institución concreta como es la penitenciaria. El cientifismo técnico que mira a sus realizaciones efectivas es de indubitado interés, ¿quién lo duda!; pero estimo que no debe absorber y desplazar ese antes mentado elemento espiritual que es la Justicia, cuyo cauce valorativo no es la ciencia técnica, sino la filosófico-jurídica. Y si la pugna surge, que normalmente no debe surgir, pero que a veces así ocurre, por caminar cada disciplina por sus rutas privadas, es el valor jurídico, a mi modo de ver, el que debe prevalecer a todo evento. Es, bien entendido, una prevalencia de rango y jerarquía la que aquí propugno, no precisamente la del imperativo categórico kantiano del *fiat justitia et pereat mundus*, reñido por su apriorismo y absolutismo con las concepciones relativistas de la mentalidad moderna. La idea espiritual de Justicia, nutricia del Derecho de otros siglos, sufrió eclipse parcial teórico en el XIX por el influjo de la ideología positivista; pero ha vuelto a ser restaurada con todos los honores en el iusfilosofismo novecentista de los signos más diversos, lo mismo en el paneticismo de Del Vecchio que en el existencialista y egológico que son gloria del moderno pensar jurídico hispano-americano. Y nada digamos del tomismo, por ser en él la idea espiritual de Justicia el signo distintivo de su pretensión de perennidad. Si el Derecho penal y sus disciplinas anejas no quieren permanecer definitivamente rezagados en el complejo de la enciclopedia jurídica, forzoso es, pues, que retornen de añejos prejuicios y que se alinien con gesto juvenil y decidido en la dirección espiritualista que a ella queda asignada. En realidad, así va sucediendo en los círculos científicamente dirigentes de nuestra especialidad en Europa. Baste citar, sin ánimo exhaustivo ni mucho menos, algunos de los nombres más significativos de ella, prescindiendo de los maestros que siempre estuvieron adscritos a las escuelas clásicas y que están en la mente de todos. Bettiol considera «la idea de retribución como la central de todo

el Derecho penal" (2). Maggiore la define como "la retribución del mal del delito" (3). Petrocelli acude directamente a la noción del sentimiento de Justicia, «que sólo la pena puede satisfacer cuando es violado» (4)... Entre los máximos maestros alemanes de la trasguerra, los ya «desnacificados», por supuesto, es constatable "idéntica y aun más acusada dirección de regreso a los cánones espiritualistas, pese a que el expiaciónismo ha sido tachado injustamente, por cierto, de característico de la ideología nazi. A pesar, pues, de tan duro sambenito, vemos que von Weber, profesor de la Universidad de Bonn, sostiene que «la idea de Justicia es el límite de la pena, tanto hacia arriba como hacia abajo, para el legislador como para el destinatario», y que dicha idea suprema «sólo puede ser medida por la función retributiva» (5). Maurach afirma no menos categóricamente que «la pena es necesariamente retribución» (6). En cuanto a Hans Wenzel, la gran figura de la dogmática alemana y formulador del finalismo, justifica también la sanción penal, del lado del sujeto que la sufre, como «justa retribución», y por parte del Estado, por la efectividad del orden jurídico violado (7).

Citas de este género pudieran multiplicarse en la ciencia penal europea del día, y si apporto algunas, no es por vano alarde pedantesco, sino para justificar ante los colegas americanos más jóvenes y como tales enamorados de lo novedoso, que estas ideas que antes de la II Guerra mundial y en la primera postguerra pudieron parecer anticuadas, son hoy sostenidas por primerísimas figuras de la ciencia, y no ya en España, que pudiera parecer sospecta de tradicionalismo, sino en la Italia y Alemania de última hora.

En una sección dedicada a instituciones penitenciarias no pienso sean inoportunas tales consideraciones inusfilosóficas que, por otra parte, no contradicen, en modo alguno, otras finalidades interesantísimas de la pena y su régimen, por carecer, repito otra vez, de la pretensión de absolutismo a lo Kant que los clásicos prestaron a su idea de la Justicia. La moderna a que queda hecho mérito queda notablemente relativizada y humanizada, viviente en todo caso en una perspectiva de temporalidad y especialidad cual corresponde a su naturaleza de valor predominantemente cultural. No hay que olvidar, de otra parte, la dinámica variedad del fenómeno pena, que se mueve sobre todo en tres momentos jurí-

(2) BETTJOL: *Diritto penale*. Palermo, Priulla, 1945; págs. 62 y 471.

(3) MAGGIORE: *Principi di Diritto penale*. Bologna, Zanichelli, 1949; I. 558.

(4) PETROCELLI: *La funzione della pena*, in «Rivista di D. penitenziario», noviembre-diciembre, 1936.

(5) VON WEBER: *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Bonn, Dümmlers, 1948; págs. 21-22.

(6) MAURACH: *Grundriss des Strafrechts. Allgem. Teil*. Wolfenbüttler V., Hannover, 1948; pág. 21.

(7) H. WENZEL: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundsügen*. Berlin, De Gruyter, 1947; pág. 110.

dicos capitales: *a*), el abstracto y como yacente en la norma legislativa; *b*), el «pendente», que gravita en la fase procesal-judicial, y *c*), el ejecutivo, de estricta aplicación penitenciaria. Y parece evidente que los dos últimos momentos dependen, jerárquica y aun logísticamente del primero, en el que por su misma abstracción, la idea de justicia retributiva es de rigor.

Adentrándonos más en lo estrictamente penitenciario, hay que reconocer que la idea de justicia retributiva, con seguir siendo básica, no basta a agotar sus fines. Otros objetivos acompañan a la pena y su ejecución, completando armónicamente el todo, muy especialmente, el de la defensa social, realizable por la doble vía preventivo-especial de la inocuización de los condenados incorregibles y la de la corrección social o resocialización de los que aparezcan susceptibles de ella. En esta materia, como en la iusfilosófica de la Justicia, parece que sea menester introducir también una cierta medida de relativismo y templanza, evitando los postulados de sabor absoluto que pecan, por lo tanto, del mismo vicio achacado a las viejas escuelas. Las generosas escuelas del correccionalismo a ultranza que, desde Roeder en Alemania a Dorado Montero en España, trataron de suplantar al clasicismo, incurrieron en el defecto capital de éste al preconizar otro ídolo tan absoluto y despótico como el de la Justicia que pretendían desplazar, el de la corrección de «todos» los delinquentes. Achaque de iconoclastas es éste, en el que no conviene reincidir, por cuanto que es un hecho incontrovertible que gran número de condenados son netamente refractarios a la corrección y resocialización. Esto es inútil hacerlo ver a un público de especialistas tan excelentemente preparado en ciencia y experiencia como el que nutre este Congreso; pero conviene decirlo fuera, donde por exigencias de propaganda humanitarista o política tanto se prodiga el tópico de la corrección como meta absoluta. La verdad es que no todos los penados son corregibles, amarga realidad con la que hay que contar y que a nada conduce enmascarar o paliar. Unos no lo son por imposibilidad personal que desafía todo sistema de adaptación y reforma, fenómeno harto conocido por todos los penitenciaristas y que hasta los más optimistas y generosos de entre ellos, Concepción Arenal (8), se han visto obligados a confesar. Pero no es esta excepción, por decirlo así teratológica y relativamente rara la que más importa para combatir el dogmatismo del correccionalismo absoluto: La que de veras hace quebrar su doctrina como principio de carácter general no es la de la inaptitud personal por características individuales, sino el hecho mucho más común de que haya gran número de condenados que no precisan corrección moral o resocialización por la potísima razón de no haber sido antes amorales o asociales. El pasional que mata o hiere en un mo-

---

(8) CONCEPCIÓN ARENAL: *Estudios penitenciarios*, en «Obras Completas». Madrid, Suárez; T. V, págs. 210 y 222.

mento de arrebato de celos, el ocasional que robó en un episodio de verdadera necesidad económica y que luego mejora de fortuna, el político que luchó conscientemente contra un régimen que estimaba injusto, son otros tantos casos de reos para quienes toda la sistemática correccionalista resulta exhausta de sentido. Su aparato técnico, aun el más depurado, ha de resbalar sobre sus personalidades como rutina burocrática intrascendente, y la pena quedaría, en efecto, sin finalidad alguna a no asignársela la de justicia retributiva, con lo cual ésta aparece siempre como *última ratio*, excusando el absurdo del afinalismo.

La corrección resocializante es inexcusable, sí, pero a condición de ser posible operando sobre sujetos idóneos a tales fines. Para ellos y solamente para ellos es la función, por decirlo así «activa» de las instituciones penitenciarias. Frente a los demás ha de conformarse forzosamente con la pasiva, pero siempre importante y aun trascendental, de defensa de la sociedad y cumplimiento de un precepto de justicia.

¿Quiere decir lo apuntado que, aun en su función resocializadora y correctiva, la institución penitenciaria haya de olvidar tales fines espirituales últimos? Una lógica correccionalista implacable, a lo Dorado Montero, así lo implicaría, y con ello, por descontado, la muerte del Derecho penal, que pasaría a ser el soñado «protector de los criminales» con que lo bautizara el ilustre profesor salmantino. En efecto; el criminal «corregido», al que por un hipotético y cuasi-mágico procedimiento pudiera acreditarse su reforma y sinceridad, debiera ser liberado y reintegrado sin más a la vida social, aunque su crimen hubiera sido atroz y apenas pisado las estancias carcelarias. Unos «Rayos X», «Moral-Detector» o «Lobotomía» que sin género de dudas diagnosticase o asegurase la sociabilidad y no peligrosidad del delincuente, como la «sanidad» de un enfermo excusaría toda pena o medida ulterior en tesis de puro correccionalismo. No así, sin embargo, en la de justicia retributiva, pues no por eso el delito habrá dejado de consumarse y por ende el orden jurídico de ser violado y la vindicta pública sin la debida satisfacción. Sé que por muchos todos estos valores han de ser motejados de arcaicos, cuando no de algo más nefando; pero me atrevo a exponerlos a la consideración del Congreso, porque, sobre su valor ideal indudable, ofrecen el de su realidad vital y positiva que no podemos soslayar a no caer de lleno en las delicias de la vaguedad y el utopismo más desenfrenados. El orden jurídico penal en que vivimos en el mundo, sin que en eso medien secesiones de occidentalismo y orientalismo, es el apuntado, sin que lo haya destruído el cambio de terminología, que en Rusia primero y en Cuba y algunos Estados mexicanos después, llevó a constituir los nombres de «Derecho penal» por «Defensa social» y de «pena» por «sanción» o «medida». La semántica jurídica es en el fondo la misma, aunque la gramatical varíe, y ello no puede por menos de ser así, ya que el rigor pleno de tales prin-

cipios, estimados como absolutos, entrañarían tamaña revolución, que nadie ha osado emprender en la práctica y fuera de los cómodos terrenos de la retórica.

Al sentir general sublevaría, en efecto, que el criminal, inmediatamente «corregido», saliese a los pocos días de mágica terapia a codearse en la calle con los familiares de su víctima. Puede llamarse a ese sentido general unánime «sadismo», como gustan hacerlo algunos psicoanalistas (por *flatus voces* más o menos exóticas no vale la pena discutir), pero ellos y todos convienen en su realidad insórnable. Ese sentimiento, llámese «vindicta», «sentido moral», «voz de Dios» o «sadismo», si se quiere, existe en todas partes, y sobre realidades culturales y humanas está edificado y debe estarlo el Derecho, que es norma de esta especie culturalista y no física, como las que rigen la Naturaleza. Precisamente en este confusionismo de lo cultural y lo natural pienso que se halle quizá la clave de tantas incomprendiones, tan frecuentes de siempre, entre juristas y científicos puros. El haber asimilado el delincuente al enfermo y la criminalidad a la dolencia física ha sido y es, en no pocas esferas, fuente de inagotables y vanas querellas. Util parece reaccionar, pues, contra ese lugar común tan grato a las mentalidades positivistas, aunque tenga seculares y gloriosos precedentes aristotélicos, senequistas y tomistas, por no ser cierto, en primer lugar, y por derivar de él, además, posibles perniciosas consecuencias. Sólo en un sentido muy remoto y metafórico es dable usar el parangón clásico entre lo penal y lo médico, terrenos en los que, como es notorio, rigen normas absolutamente diversas, cual son las legales, de un lado y las naturales, del otro. En la etiología de la enfermedad hay causas puramente físicas, en tanto que en la del delito predominan siempre las netamente legales, y por ende, culturales y artificiosas. Asimismo, en lo teleológico las diferencias no pueden ser más marcadas, la curación de un organismo fisiológico en lo médico y la punición y eventualmente la readaptación social en lo penal y penitenciario.

El truismo de que la pena sirve antes que nada para penar, esto es, para sancionar conductas o actos previamente valorados como penalmente antijurídicos por una norma, es el único y supremo «telos» asignable a todas múltiples formas de la sanción, desde la de muerte a la más insignificante multa. Conviene igualmente a toda especie de sujetos sobre que actúa, corregibles o no, natos, pasionales, ocasionales y demás gama de delincuentes que pueda ofrecer la casuística criminológica. Es la aludida una realidad que, evidentemente, no pueden alegar las demás finalidades metajurídicas asignadas a la punición, solamente aceptables parcialmente para ciertas penas y, sobre todo, para determinadas especies de individuos. Así nadie puede sostener en serio que la pena de muerte sirva a la corrección, aunque en la legislación soviética llevase el nombre eufemístico y trágico-cómico de «media extraordinaria» y no de pena. En lo meramente penitenciario, enten-

dido no en amplio sentido penológico, sino más bien carcelario; en referencia a las sanciones privativas de libertad, lo que acaba de afirmarse tiene también vigencia, aunque forzosamente más reducida. Tampoco en este terreno es posible asignar a las finalidades metajurídicas un carácter de generalización que inmediatamente es desmentido por las realidades más obvias. No cabe la corrección ni la resocialización en penas cortas, en la que no hay tiempo ni ocasión para ello, ni tampoco en las largas, asignadas a sujetos que por sus características personales o por la naturaleza misma de las infracciones carezcan de materia prima en que ejercer semejantes fines. Ya se ha hecho mención más arriba a los delinquentes ocasionales, pasionales o de convicción, en que la superfluidad del fin correctivo es manifiesta; lo es igualmente, quizá aún con mayor evidencia, en infracciones de tipo formalístico, como la tenencia de armas, la conducción de vehículos sin licencia, las múltiples violaciones de preceptos de tasas o económicos, que ni remotamente tienen nada que ver con la moralidad o sociabilidad del infractor. Y no digamos nada del delincuente político o del de imprudencia, cuyas cualidades éticas y sociales pueden ser y son a menudo tan prominentes como las de sus mismos jueces, y sobre quienes los más sabios preceptos de los correccionalistas han de resbalar sin modificar un ápice lo que fundamentalmente no precisa modificación.

\* \* \*

Creo que con lo dicho quedan sentados en materia de principios finalísticos dos postulados básicos, que me permito someter a la consideración de los señores congresistas a manera de votos:

a) *Que las instituciones penitenciarias deben servir como finalidad primordial general la jurídica de sancionar una conducta punible prevista por la ley penal.*

b) *Que no puede hablarse de una finalidad única metajurídica, sino de diversas, según la naturaleza de la pena, de la infracción y, sobre todo, de la personalidad del condenado, adecuándose a tales elementos la moralidad del tratamiento.*

## II.—JURIDICIDAD DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS Y POSIBILIDAD DE UN DERECHO PENITENCIARIO

Asentado el principio básico ideal de la pena como fin restaurador del Derecho, aunque unido a otros más relativos y parciales, se dota por ello a la institución penitenciaria, como ejecutora de tal propósito trascendental, de un contenido de juridicidad del que, en otro supuesto, se vería irremediabilmente privada. En efecto, si el fin de lo penitenciario es de mero utilitarismo, fuere éste el de atormentar en un brutal sentido expiacionista o el de corregir y

resocializar, en otro pedagógico-humanitario, es claro su divorcio de lo jurídico, no diferenciándose en nada la institución penitenciaria de otras de matiz administrativo, hospitalario o benéfico, sin ligamen alguno con la Justicia. En una palabra: el penitenciarista, desentendiéndose de la sentencia pronunciada por el Juez y del delito perpetrado por el sujeto, se encargaría de éste con igual desinterés por el pasado que el médico que cuida a un tuberculoso o a un reumático, sin importarle que antes fuere bueno o no, moral o inmoral, inocente o culpable. Esta postura, por extraña que parezca, ha sido sustentada por muchos ilustres penitenciaristas teóricos y prácticos; el propio coronel Montesinos, tan genial en muchos aspectos, tenía por axiomático en su presidio valenciano que en él sólo entraban delincuentes y que el delito quedaba a la puerta. Si con estos o análogos apotegmas quiere significarse, como parece lógico, que la atención del penitenciarista debe orientarse a la individualidad de cada reo, nada hay que objetar en contra y sí aplaudir sin reservas la preocupación individualizadora, inexcusable desde Saleilles, no ya sólo en lo penitenciario, sino en todo lo penal. Empero, si se pretende una ideología de secesión absoluta con lo jurídico y aun con lo judicial, degradando el penitenciarismo a una terapia exclusivamente empírica, sin contacto con lo jurídico, la pretensión no es ya tan unánimemente plausible, y, en mi sentir, requiere hasta un voto de censura por lo que tiene de separatista en la deseable armonía de la enciclopedia penal. Lo penitenciario no excluye lo jurídico, a que sirve primordialmente, y es Jiménez de Asúa, nada menos, quien, de vuelta de ilusiones antropomorfizantes, acaba de afirmar rotundamente que «al delincuente le hace el delito» (9).

Lo dicho plantea inmediatamente una de las cuestiones más palpitantes y batallonas de la disciplina científica penitenciaria: el del carácter de su juridicidad y si es o no lícito hablar de «Derecho penitenciario». Como es bien sabido, fué un gran penitenciarista italiano moderno, Juan Novelli, quien más continuamente ha insistido y laborado con vario éxito en dicho campo, abogando en pro de su realidad jurídica, no por todos sus colegas compartida (10). En otro tiempo Director general de los Institutos de prevención y pena de Roma, sostiene dicho autor la autonomía del Derecho penitenciario en su función ejecutiva frente al penal, así como en la conveniencia de su peculiar sistematización orgánica. Dos insignes maestros hispano-americanos, por lo menos, Altmann Smyth y Lahura, han abundado en la misma opinión, calificando el primero de ellos a la nueva disciplina como la «ter-

(9) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires, Losada, 1951; T. III, pág. 105.

(10) NOVELLI: *L'autonomia del diritto penitenziario*, en «Riv. di Diritto penitenziario», 1933; ulteriormente en el artículo del mismo nombre del *Dizionario di Criminologia*, de FLORIAN-NICEFORO-PENDE, Milán, Vallardi, 1943; II, página 664.



cera dimensión que le faltaba al Derecho penal» (11). Un Congreso penal y no precisamente penitenciario, el de Palermo de 1932, se pronunció por la autonomía, si bien estimando prematura la creación de un «código penitenciario» por su estado de inmadurez y continua elaboración.

A mi modo de ver, la afirmación del carácter de juridicidad y, por ende, de la realidad del Derecho penitenciario es altamente recomendable. Y lo es no solamente por exigencias de método logístico, sino, lo que vale más, por servir mejor ese carácter a la naturaleza primordialmente normativa de la disciplina. Ello resulta una exigencia del principio de la legalidad en la ejecución, que es dogma tan estricto del moderno Derecho como el mismo de la legalidad en la incriminación. Al *nullum crimen sine lege*, inexcusable en toda civilización digna de tal nombre, ha de acompañarle como parejo e inevitable apotegma el del *nulla pena sine lege*, que hace mérito tanto a la pena en abstracto como a su ejecución concreta: El Derecho no puede desentenderse del reo inmediatamente de pronunciada una sentencia condenatoria y entregarlo desasistido de su supremo amparo al arbitrio ajurídico de una administración que obre sobre él caprichosamente o, al menos, sin las garantías jurídico-judiciales, que son la razón de ser del propio Derecho. Por la sentencia condenatoria, que establece una pena, la interrelación jurídica entre la sociedad y el delincuente persiste, aunque se transforme, continuando una especie de simbiosis en que los deberes y derechos se suceden y condicionan. Pues el reo, en la actualidad vigente en todos los países civilizados, tiene no tan sólo obligaciones como antaño, sino derechos, cada vez más precisos y amplios, que a su vez implican obligaciones por parte del Estado de asistencia, manutención, instrucción, salario, etc., que en su conjunto integran la sistemática penitenciaria con su variada diversidad de facetas y fines. Que esto o parte de esto, mejor dicho, sea Derecho y no ciencia técnica o arte se demuestra hasta la saciedad por su prevalente carácter normativo, reposando sobre preceptos no de «ser», sino de «deber ser», es decir, ajustados a la caracterización de lo jurídico en la metodología más exigente. Sólo una ciega petulancia de fanático positivismo puede vanagloriarse de pedir a los preceptos penitenciarios la ineluctabilidad de normas naturales de causalidad y de ser. Cuando se prestablece, por ejemplo, que el penado de buena conducta que haya sufrido cierto lapso de tiempo en celda deba pasar al estadio progresivo ulterior; y también cuando se dispone que el que ha sido sancionado con determinados castigos no puede beneficiarse de la libertad condicional, la juridicidad y no naturalismo de tales normas parece fuera de toda duda, pues hay en el fondo un juicio valorativo y no de mera constatación causal.

---

(11) ALTMANN SMYTH: *Derecho penitenciario*, en «Criminalia», México, enero 1947.

La afirmación de lo penitenciario como Derecho no sólo dignifica, pues, nuestra disciplina cumple postulados de exacta metodología, sino que sirve, por añadidura, para dignificar también al condenado, sujeto de Derecho él mismo y portador de valores jurídicos, no mero objeto pasivo de experimentación en *anima vilis*, como acontecería en una técnica penitenciaria plenamente independiente y ajurídica.

Lo dicho no implica en modo alguno que todo en lo penitenciario sea Derecho; hay no poca parte de él, y no la menos esencial por cierto, reservada a la técnica y a la práctica, pero eso acaece no sólo en lo penitenciario, sino en lo penal, en lo mercantil y hasta en lo civil, donde la partición de fincas o la rendición de cuentas son operaciones de agrimensura o de contabilidad, sin que ella dañe a la juridicidad más exquisita de la institución. En consecuencia, estimo que debe valorarse básicamente un Derecho penitenciario, al que coadyuven en calidad de ciencias auxiliares las diversas disciplinas penitenciarias, desde la arquitectura carcelaria hasta la contabilidad de prisiones. Cada una con sus métodos propios, sin olvidar el arte penitenciario, capitalísimo quizá en la materia, que, como todo arte, no siempre se enseña, adquiriéndose más bien por la genial intuición o la devota práctica, todas ellas subordinadas al postulado primordial del Derecho penitenciario, que forma su razón de ser, su marco y su límite.

La realidad del Derecho penitenciario y su sustantividad no arguyen por sí en favor de su total independenciamiento, al menos entendida ésta en sentido de una secesión del penal. El problema, no resuelto satisfactoriamente por Novelli, pienso que ha de solucionarse mejor en un ambiente de armonía y cooperación que en el de recelos y antinomias. Vidal en Francia, von Hippel en Alemania y Jiménez de Asúa en España han formulado a este respecto una clara delimitación metodológica, que encuadra lo penitenciario, como lo procesal y lo penal propiamente dicho, en una concepción superior y coordinada de Derecho represivo en sentido amplio. Este comprendería: a), el Derecho penal material; b), el Derecho procesal penal; c), el Derecho ejecutivo penal o penitenciario (12).

El término de Derecho ejecutivo, por sí solo, es ambiguo en demasía por llevar al confusionismo con lo procesal, donde la ejecución es una parte integrante del proceso. Es por lo que el penitenciarista Ferruccio Falchi, aceptando la nomenclatura genérica de «Derecho penal ejecutivo» en su tratado famoso, distingue dos partes adjetivas: el Derecho judicial ejecutivo y el propiamente penitenciario (13). Conforme a esta manera de enfocar la cuestión

(12) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado* cit. T. I, pág. 49; el autor sostiene, sin embargo, que es todavía prematuro que la perceptiva penitenciaria pueda asumir el prestigioso título de Derecho (ibid. pág. 51).

(13) FALCHI: *Diritto penale esecutivo*. Padua, Zannoni, 1934.

se agudiza sutilmente la propincuidad de lo procesal y lo penitenciario, ambos adjetivados a la sustantividad material primigenia de lo penal.

La jerarquización apuntada no equivale forzosamente a mengua de sustantividad, ni siquiera a ausencia de un cierto grado de independencia de lo penitenciario, la necesaria a sus propios fines y a los generales del Derecho. Otro género de autonomía sería desorbitado y contrario a la unidad armoniosa del Derecho, tan evidente y cara en nuestro tiempo aun a los ideólogos no carneluttianos. El propio Derecho penal, de sustantividad perfecta indubitada, se halla en no pocas ocasiones intervencido con el civil, el mercantil o el administrativo, estando todos bajo las supremas bóvedas de lo constitucional, y hoy, en parte, de lo internacional.

Con estas salvedades de interrelación pudieran estructurarse los siguientes votos:

a) *Que el Derecho penitenciario, por ser tal Derecho, está condicionado por normas de juridicidad.*

b) *Qué sirviendo a los fines del Derecho penitenciario, coexisten, con sus medios propios de trabajo, diversas ciencias y artes penitenciarias auxiliares.*

### III.—CÓDIGOS PENITENCIARIOS E INTERVENCIÓN JUDICIAL

La juridicidad inherente a la declaración del Derecho penitenciario tiene inmediatas repercusiones en lo normativo y aun en lo orgánico. Afecta en primer término al carácter y categoría de las normas, y en segundo, a la participación o inhibición judicial en la materia, problemas de sumo interés que me permito señalar como asunto de esta sección.

La legalidad estricta de la ejecución, en su aspecto procesal judicial como en el ulterior penitenciario, requiere, como es natural, un cuerpo de normas legales que lo estructuren de una manera coherente y de cierta permanencia. Esta necesidad conduce a plantear la cuestión de si es o no oportuna la labor codificadora en materia penitenciaria. No es ésta cuestión de principios que afecte a su sustantividad jurídica, pues, como ya se ha dicho, sustantivo es el Derecho administrativo, y, sin embargo, no ha sido codificado en casi ninguna parte; es más bien asunto de estricta política legislativa y, en definitiva, de conveniencia. Un Código de ejecución penal u ordenamiento penitenciario básico es ciertamente posible en el estado actual de la doctrina, como lo prueban los proyectos científicos del propio Novelli, de Rappaport y de Magnol, entre otros. Países hay incluso en los que con nombre de Código o sin él se ha reunido en orgánica cohesión un *corpus* legislativo penitenciario, sistema ampliamente acogido en la comuni-

dad hispano-luso-americana, donde pueden ser citados como los más completos: en Portugal, el Decreto-ley de 28 de mayo de 1936 sobre «Reforma prisional», con ocho títulos y 469 artículos, más extensos, pues, que muchos Códigos penales; en Argentina, la Ley de 1933, reglamentada por el Decreto de 14 de noviembre de 1947; en Brasil, el Proyecto de Código penitenciario de 1933, con 25 títulos y 854 artículos, etc. En España no tenemos Código penitenciario propiamente dicho ni proyecto de él, pero sí un «Reglamento del servicio de prisiones», datando de 14 de noviembre de 1930, cuya extensión era ciertamente de un Código, con sus 485 artículos, últimamente sustituidos, con ligeras modificaciones, por el de 5 de marzo de 1948. No merece el nombre de Código y sí de Reglamento, que justamente lleva, por cuanto que carece de sustantividad y autojerarquía institucional, dado que las normas directivas persisten en el Código penal, desde el precepto imperativo del régimen progresivo (art. 84) hasta la básica regulación de la redención de penas por el trabajo (art. 100), pasando por la suspensión de condena (art. 92) y la libertad condicional (artículos 98-99).

De los dos sistemas, el de codificación y el de reglamento, tengo por preferible el segundo, aunque no haya inconveniente mayor en que se le anejen instituciones que como las que acabo de aludir, son más propias de la regulación penitenciaria, por lo que tienen de ejecutivas, que de la penal sustantiva. Los principios, sin embargo, parece ser que deban permanecer en ésta, primero por su jerarquía superior, que va lógicamente de lo sustantivo a lo adjetivo, y en seguida, porque, como dice justamente Cuello Calón, «las materias relativas a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad están en formación, y la codificación de estas disposiciones forzosamente limitaría su desarrollo, pues un Código no puede ser revisado todos los días» (14). En efecto, hay mucho de empirismo, de tanteo y de improvisación en lo penitenciario, y aun es seguro que debe haberlo; operando inmediatamente sobre materia tan frágil y exquisitamente diversa como es el hombre, la rigidez y permanencia de los preceptos de un Código no harían más que obstaculizar probablemente las mejores iniciativas y experiencias.

Es verdad que el puro Reglamento, el de tipo laxo sobre todo, puede incitar a otro riesgo todavía mayor que el apuntado, el de la arbitrariedad administrativa, con la consabida merma de juridicidad; pero para evitarlo o paliarlo está la debida conexión, a mi modo de ver imprescindible, con el propio Código penal, y, sobre todo, la intervención y control por parte de las autoridades judiciales. Con lo cual tocamos ya el segundo aspecto del problema planteado.

---

(14) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1951; T. I. página 724.

La ejecución de penas, hasta según propia semántica gramatical, parece ser que debiera ser función propia del Poder ejecutivo de la Nación. Así ha sido, en efecto, en otros tiempos, y no sólo en los del antiguo régimen anterior a la separación de Poderes, sino dentro de los constitucionales, hasta el creciente auge del concepto de juridicidad de la pena, cuyo resultado primero es el de adscribir su función ejecutiva al Ministerio de Justicia. Hoy es este Departamento ministerial el que suele centrar en la mayoría de los países los servicios penitenciarios, y así entiendo que debe de ser, por cuanto por éstos son una secuela inmediata de la labor jurisdiccional. En España, donde tales instituciones dependieron hasta 1849 del Ministerio de la Guerra, pasaron en dicha fecha al de Gobernación (Interior), transfiriéndose ya definitivamente al de Justicia en el año 1887. Es regla muy común también que, como en España sucede, dentro de este Ministerio se centralicen los servicios penitenciarios en un Departamento, Sección o Dirección General de Prisiones.

Mas con ser laudable, por la que significa teórica y prácticamente, la adscripción de lo penitenciario al Ministerio de Justicia, ello, de por sí, no implica ni presupone siembre una autonomía de lo administrativo, y mucho menos una coordinación con lo judicial, dado que dicho Ministerio, como los demás, es un órgano de la Administración y no jurisdiccional. Aun dentro de él cabe, por lo tanto, una función penitenciaria puramente administrativa y gubernamental más o menos autónoma, y, desde luego, una efectiva separación de lo judicial. No son pocos los penitenciaristas, sobre todo los inmediatamente vinculados al servicio de prisiones, que defienden esta desvinculación con gran ahinco, cifrando la clave de supuestos éxitos en la independencia total de los órganos jurisdiccionales, que se estima cumplieron y agotaron su misión al quedar firme la sentencia. Estimo éste como otro secesionismo nefasto por diversas razones de pura doctrina y aun de inmediato pragmatismo. En primer lugar, la ilusión de absoluta autonomía no es otra cosa que eso, una pura ilusión, y de las más vanas, por cierto. Creer que va a tolerarse la soberanía plena de un director en su prisión como la de un operador en su quirófano, máxima aspiración de la mentalidad penitenciaria positivista, es desconocer una vez más las características complejísimas de lo penal y las realidades del mundo actual, en el que el intervencionismo y la burocracia alcanzan los entresijos más arcanos de lo público y aun de lo privado. Y a la hora inevitable de depender de algo o de alguien, me atrevo a demandar a los señores congresistas si no es preferible que sea de un Poder tan efectivamente independiente como el judicial que no de los arriesgados y burocráticos tentáculos de la Administración.

Mas no es sólo la antedicha consideración la que hace inclinar el ánimo hacia la coordinación de lo penitenciario con lo judicial. Hay otras posiblemente más poderosas, como es la lógica de quien

hace una cosa es natural que cuide de su ulterior permanencia. Y si el Juez es quien «crea» la pena al aplicar la que estima justamente valorada a un reo, justo es que procure, hasta donde sea posible, su exacto y debido cumplimiento. Por otra parte, como ya se dijo, el condenado no tiene ya hoy solamente deberes con respecto a su condena; goza asimismo de derechos estrictos, algunas dimanantes de su propio estado prisional, y sólo el Tribunal es el llamado a hacer cumplir unos y otros.

Por estas y otras consideraciones que seguramente están en el ánimo de todos, la intervención judicial en la ejecución es ya casi un postulado general del Derecho penitenciario, precisamente por ser Derecho, habiendo conseguido sendos votos favorables en dos Congresos internacionales, penitenciario el uno, el de Berlín de 1935, y penal el otro, el de París de 1937. En lo científico parece, pues, zanjada la cuestión en un sentido intervencionista, en la doctrina europea al menos (15).

En la legislación mundial va abriéndose paulatinamente camino la idea intervencionista, pero bien que la participación judicial en lo penitenciario sea ya relativamente frecuente, lo suele ser tan sólo de un modo nominal; así sucede, por ejemplo, en España mediante las visitas periódicas de los Tribunales a las prisiones, el control de las liquidaciones de condena y la participación de magistrados y fiscales en las Comisiones de libertad condicional y vigilada. Para que la coordinación judicial y ejecutiva sea efectiva y produzca todos los debidos rendimientos es menester un organismo de conexión de carácter permanente, que hasta el presente en pocos países existe. Lo ideó Italia en el «Juez de vigilancia» o *Giudice di sorveglianza* del artículo 144 del Código penal de 1930, y en la comunidad ibérica lo hallamos en los *Tribunales de Ejecución de penas* establecidos en Portugal por la ley de 16 de mayo de 1944, al parecer de óptimos resultados. Solamente por este camino pueden los sistemas modernos desenvolver todas sus posibilidades, ya que de ellas, la de acortamiento, y sobre todo la de alargamiento de condenas (siquiera por vía de medida de seguridad), rebasan con mucho lo puramente técnico interno para entrar de lleno en lo jurisdiccional. Es lo que el gran penalista lusitano, profesor Beleza dos Santos, denomina acertadamente «jurisdiccional las penas» (16), método que, en mi sentir, es el único por el cual la determinación *a posteriori* de las penas resulta tolerable. Realizarlo por la vía administrativa equivale a arriesgar toda la tónica jurídico-liberal del Derecho penal, que es la de nuestro ámbito cultural occidental, puesto que reduciría a la nada el dogma incommovible del *nulla pena sine lege*. No queda, al parecer, otra disyuntiva que la de mantener

(15) BOUZAT: «Revue internat. de Droit pénal», 1938; véase también la monografía de SŁIWOWSKI: *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté*. Paris, 1939.

(16) BELEZA DOS SANTOS: *Nova Organização prisional portuguesa*, en «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», 1946; XXII, pág. 34, nota.

la rigidez legalista tradicional, salvando tan esencial principio e imposibilitando, en consecuencia, lo más progresivo que la moderna técnica penal y penitenciaria ofrece, o admitir la intervención judicial efectiva, especializada y no meramente nominal y de trámite.

La intervención judicial, por descontado, no ha de equivaler a una intromisión, que sería realmente intolerable, sobre el régimen técnico y exclusivamente científico o administrativo de los establecimientos. Esto, que nadie propugna, llevaría a continuos choques y conflictos de autoridades, traducidos siempre en esterilidad de procedimientos, incertidumbres y, a la postre, anarquía. Al Juez, en éste como en otros muchos terrenos, le estaría reservada la función, máxima, sí, pero predeterminada, de hacer cumplir las leyes y de velar por el destino de la pena que pronunció, decidiendo, en suma, sobre su permanencia, acortamiento o prórroga, asuntos todos genuinamente jurisdiccionales. En lo demás, que, como se ve, no es poco, tratamiento, clasificación, régimen y cambio de períodos, premios, castigos, disciplina y, en fin, en la dinámica toda de la prisión, es obvia la independencia administrativa mediante sus organismos adecuados. Independencia que, a su vez, debe alcanzar a cada establecimiento que, dentro de un mínimo aunque rígido cauce legal, sobre el que el Juez vela, deberá permitir a su director y asesores técnicos, sacerdotes, médicos, pedagogos y prácticos, la máxima libertad de acción e iniciativas. No hay que olvidar que desde que la ciencia penitenciaria existe, no han sido precisamente los científicos los que han cosechado los triunfos más rotundos, sino los hombres prácticos de gran iniciativa y abnegación, como lo prueban no sólo los nombres mundialmente famosos de los Machonochie o los Montesinos, sino los de tantos oscuros que en la ingrata labor cotidiana tras los muros presidiales pasan lo mejor de su vida encarnizados en la titánica lucha de mejorar a los hombres que la sociedad rechazó. La relativa autonomía carcelaria es, pues, plausible en principio, permitiendo a la Dirección una cierta amplitud de movimientos que permita a la vez encauzar las energías y desarrollar iniciativas personales que pueden resultar altamente valiosas; ello es tanto más conveniente en un clima cultural y temperamental que, como el hispánico, es tan refractario a la deshumanizada uniformidad y produce sus mejores frutos en los terrenos de la improvisación y la genialidad individuales.

Nuestro tiempo, pese a lo dicho, no es el feliz y descuidado de hace un siglo, cuando la iniciativa personal no conocía prácticamente límites fuera de los de su propio poderío, por lo que no conviene acentuar la nota de este género si no queremos caer en censurable anacronismo. Es nuestra época, antes que nada, reglamentaria y ordenancista, de integración e intervencionismo que apenas si deja margen para la improvisación y el genialismo. Y como esto es así, guste o no guste, preferible parece encauzar este movimiento de dependencia en las márgenes de la juridicidad con la garantía de permanencia e imparcialidad que ello supone.

En su consecuencia, propongo al Congreso :

a) *Que se estructure jurídicamente lo penitenciario en Códigos o reglamentos de amplia contextura, permitiendo las reformas necesarias y la mayor iniciativa posible a los establecimientos.*

b) *Que se desvincule lo penitenciario, en cuanto régimen de ejecución de penas, de lo puramente administrativo, coordinándose con lo judicial.*

c) *Que se propugne la intervención judicial en la ejecución de penas y medidas de seguridad, especialmente en su acortamiento y prolongación, de modo preferente mediante un organismo jurisdiccional «ad hoc».*

#### IV.—UNIDAD DE PENA Y PLURALIDAD INDIVIDUALIZADA DE TRATAMIENTO: PROBLEMÁTICA DE CLASIFICACIÓN

Ya hace tres cuartos de siglo que en el Congreso penitenciario de Estocolmo, de 1878, se suscitó la desde entonces siempre actual querrela en torno a la multiplicidad o unicidad de penas privativas de libertad. Es cuestión que casi fatalmente suele renovarse en cada certamen, donde paulatinamente va ganando adeptos la tesis monista. Para no ser prolijo y repetir viejos datos de todos conocidos, me limitaré a decir que la misma acaba de triunfar también en el seno de la Comisión de trabajo para la reforma de ejecución penal alemana, en su sesión de Heidelberg de 31 de agosto de 1951.

Más importante todavía es que el unitarismo penal haya ganado terreno en las legislaciones positivas, en las que, al menos, la disminución de nombres de penas es un postulado casi obligado de cada reforma. La unificación total ha sido lograda plenamente en Holanda y Gran Bretaña, en esta última mediante la *Criminal Justice Act* de 1948, que ha consagrado la pena privativa de libertad única. No voy a insistir sobre la conveniencia o inconveniencia de ambos sistemas, el múltiple o dual y el monista, pues la verdad es que ambos ofrecen razones suficientes que alegar y que son sobradamente conocidas. Lo que sí quisiera sentar es un principio en el que me parece que todos estaremos de acuerdo: el de que la pluralidad meramente nominativa, todavía persistente en España, Argentina y la gran mayoría del mundo hispánico, no tiene razón alguna de ser. Una de dos, o se caracterizan eficazmente las diferencias o se prescinde de la vana riqueza léxica entre reclusiones, presidios, prisiones, arrestos y demás, que sólo a confusionismos conduce.

Otro motivo no ya teórico, sino positivo en favor de la uniformidad, es el de que en no pocos países lo impone lógicamente un precepto constitucional. En 1938, la Constitución de la República oriental del Uruguay dispone en su artículo 25 que las penas privativas de libertad deben tender a la readaptación del condenado, mediante el trabajo, y a la profilaxis del delito; en 1945, la de Guate-



mala, en su artículo 45, proclama como finalidad de la pena la reforma de los condenados, y en fin, en 1949, la de la República Argentina, instaurando en lo penitenciario el sistema que los ilustres congresistas doctores Pettinato y Aftalión denominan justicialista, inserta en su artículo 29 el fin de promover la reeducación del delincuente. Fuera de la América hispana, donde este humanitarismo penitenciario se constitucionaliza (datando ya de la Constitución argentina de 1853), vemos triunfar parecido criterio en otras partes del mundo, siquiera en su aspecto negativo de proscribir las penas expiacionistas o infamantes; así, en la Constitución de las Filipinas de 1946, sección 16; en la de Italia republicana de 1947, artículo 27, pese a la campaña adversa de Bettiol; en la alemana de Hesse-Nasau de 1947, artículo 6.º, párrafo 4.º, y hasta en la Delegación Universal de Derechos del Hombre de la O. N. U. de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 5.º prohíbe, a la vez que la tortura, las penalidades inhumanas o degradantes.

Prescindiendo de si resulta oportuno o no la inserción de postulados penitenciarios en las Constituciones, asunto que, como es lógico, afecta al Derecho constitucional y no al penitenciario, no cabe duda que su contenido programático educacional y correctivo, tal como aparece en los precitados textos sudamericanos, implica realmente la pena privativa de libertad única, dada que una es la finalidad prevista. Insistir sobre la pertinencia de este finalismo unitario sería tornar a las cuestiones de teoría ya zanjadas al comienzo de la Ponencia. Ahora interesa sólo el aspecto inmediato y, por decirlo así, regulativo del asunto. A finalidad única debe corresponder lógicamente pena única, pero, ¿qué ha de suceder en los otros mayoritarios sistemas hispano-luso-americanos en que el objetivo penal no es único o, al menos, no está tan precisamente pre-delimitado en lo positivo? En ellos caben teóricamente finalidades penales varias, unas, de justicia o juridicidad absoluta; otras, de retribución, de defensa social, de expiación y, por descontado, las correccionales reeducativas. Una lógica implacable y, por idéntica razón que en el grupo adverso de la finalidad única, parece que debiera propugnar aquí la multiplicidad de penas. Es el caso, sin embargo, que aun en el desventajoso supuesto aludido, resulta preferible la pena única de privación de libertad, o al menos, su radical simplificación nominativa, pues ello no excluye en manera alguna la siempre imprescindible diversidad de regímenes penitenciarios. El más severo de segregación absoluta como el más benigno, apenas merecedor del nombre de pena, como los de custodia abierta, caben perfectamente en una sola denominación, que, como en Holanda e Inglaterra acaece, se diferenciará prácticamente en la disposición judicial de duración y en la penitenciaria de reglamentación interna.

Se objetará quizá que, con la sistemática antedicha, el problema de unicidad o diversidad de pena privativa de libertad queda reducido en el fondo a mera nomenclatura, pero no es así, al menos,

no debe de serlo. La diversidad, siquiera en su aspecto mínimo de penas paralelas, presupone ya en la impuesta al delito un prejuizar no sólo respecto a su gravedad, sino también en referencia a un régimen ulterior. Y esto último es lo que, a mi modo de ver, resulta científicamente incorrecto. La gravedad de un delito, en lo cuantitativo de duración aproximada de una pena puede y hasta debe ser función de la ley sustantiva, que cumple de este modo las exigencias jurídicas antes propugnadas y el objetivo mínimo de prevención general. Ahora bien, estimar que a la misma norma material corresponda la predicción de un régimen adecuado en vistas a la prevención especial o a la corrección, es ya técnicamente insostenible, por cuanto que en la materia entran factores personalísimos imposibles de valorar *ante facto*. En el momento ejecutivo no es ya lo jurídico lo que decide o debe decidir, interviniendo, en cambio, la multiplicidad de inponderables metajurídicos de naturaleza causal-explicativa, biológicosociales y peculiarmente individuales que escapan a la abstracción normativa. Nada o bien poco interesa en esta fase ejecutiva la «gravedad» del delito ni siquiera su pretendida «naturaleza jurídica», pues para la adecuación última de la pena al hombre, a tal hombre determinado «de carne y hueso» que diría Unamuno, sólo es la personalidad de este ser vivo y social la que debe importar sobre todas las abstracciones. Los criminales más graves y objetivamente despreciables, el parricida, el asesino o el ladrón homicida, pudieron obrar en un momento dado por estímulos no necesariamente innobles y no presuponer, por lo tanto, una ausencia de moralidad o sociabilidad en el sujeto. Piénsese, por ejemplo, en el hijo parricida que lo fué por defender la honra de la madre, en el asesinato de un marido celoso y hasta en el atraco del fanático político que lo perpetra, no por lucro personal egoísta, sino para acrecer los caudales de su partido o empobrecer al enemigo. A todos ellos habrá de imponérseles, sin duda, pena gravísima por razones de juridicidad, pero es absurdo someterles *a priori* a una clase de régimen que seguramente no conviene a su idiosincrasia psicológica, ética o social. Y a *contra sensu*, la infracción penalmente más insignificante, unos malos tratos o una minúscula ratería, es posible que se realice por personalidades de insociabilidad manifiesta, cuyo tratamiento requiere un régimen de máxima complicación.

Consciente de la improcedencia de la predeterminación cualitativa legal, el Código penal suizo de 1937, posiblemente el más progresivo y científico que existe, ha mantenido la dualidad nominal del paralelismo de penas, pero encomendando su función al juzgador. Es éste ya un gran progreso en la tarea de individualización, pero todavía parece factible otro paso definitivo, encomendando la discriminación última al organismo ejecutivo, es decir, al penitenciario, más en contacto con la realidad biopsíquica y social del reo que el Tribunal sentenciador, que únicamente le conoció a través de la frialdad de los folios sumariales.

Con la pena única privativa de libertad pronunciada por el juzgador en su *quantum*, reducible o extensible ulteriormente también con su intervención, se dejaría a los organismos penitenciarios y sus auxiliares científicos la deseable agilidad de movimientos para procurar con la mayor eficiencia sus propósitos ejecutivos, eligiendo cualitativamente el medio más adecuado.

El asunto, como se comprenderá, guarda íntima relación con el de la clasificación penitenciaria de reclusos, por cuanto que ambos tienen una función claramente individualizadora. Siendo como es esta materia quizá la fundamental y, desde luego, la central de la ciencia penitenciaria, sería impropio insistir aquí sobre su examen, so pena de convertir una leve Ponencia en un Tratado. Conviene advertir, sin embargo, que al hablarse de clasificación de penados se barajan demasiado a menudo dos conceptos que, en el fondo, son bien diversos. Hay, en efecto, en todos los establecimientos prisionales, aun en los más rudimentarios, una elemental clasificación dirigida a los inmediatos efectos de disciplina y, por así decirlo, de régimen interno en un lugar dado. Pero existe o debe existir otra clasificación de harto mayor envergadura, de régimen general, que debe ser realizada en establecimientos de observación antes del ulterior destino del reo. La primera es una tarea, aunque importante, de mera rutina profesional, determinada por consideraciones de posibilidades locales de momento. La segunda, en cambio, es trascendental y de una delicadeza y dificultad máximas, puesto que gran parte de la ejecución y de los resultados de la pena reposan sobre su valor. A ella es, desde luego, a la que voy a referirme en este lugar siquiera somerísimamente.

En el tema de clasificación tengo por riesgo mayor el de excesiva sistematización. Un penalista hispano-americano insigne, el argentino Sebastián Soler, ha dicho, con razón, que la reforma penal es, sobre todo, acción psíquica, personalísima, pues, y en ningún modo de sistema. Tal asistematización y la individualización consiguiente ha de ser, en consecuencia, el sólo «sistema» a respetar.

Donald R. Taft, en su reciente magistral *Criminología* (17), tras de rechazar por vacías de sentido las previas discriminaciones legales y judiciales, propone la intervención de un Comité de especialistas, formado por autoridades judiciales, penitenciarias, médicas y pedagógicas, que dictamine un pronóstico lo más sencillo posible y susceptible de rectificaciones por ulteriores experiencias. El tratamiento de presos, dice el gran criminólogo norteamericano, no es asunto de masa para pasar a serlo de individuos, en que cada caso es por sí mismo un problema. De acuerdo con la progresiva ciencia penitenciaria de su país, cita a título de ejemplo el *Case work* propuesto desde 1931 por la *Prison Association*; pero la mínima y quizá más eficaz clasificación posible es la sencillísima tri-

---

(17) D. R. TAFT: *Criminology*. Nueva York, Mac Millan, 1943; cap. 27.

partita de «ocasionales» o accidentales primarios (la *better class* de prisioneros) «reincidentes» y «anormales».

Es de notar cómo en la mejor doctrina norteamericana se posterga el elemento de naturaleza y gravedad objetiva del delito perpetrado, que era, sin embargo, tan capital y sigue siéndolo en las clasificaciones tradicionales. El otro gran maestro de las ciencias penales norteamericanas, Sutherland, dice expresamente a este respecto que con no ser del todo desdeñable la clasificación por delitos, la que mejor cumple los fines de individualización y tratamiento es la de tipos de personas, añadiendo con razón que cada delincuente de la misma infracción puede haber obrado por imperativos subjetivos completamente distintos, que son los que cuentan a los efectos penitenciarios (18).

Son innumerables las clasificaciones de reos ideadas por los autores, algunas hispánicas de subidísimo valor. Baste citar, entre otras, las de Ruiz-Funes en base a la por él denominada «antropología penitenciaria» (19), la de Eusebio Gómez, de marcado sabor positivista (20), y las de Drapkin y Francisco Bruno, presentadas al I Congreso latino-americano de Criminología de Santiago de Chile en 1941. Difícil es la elección en tan varia y copiosa materia, comprendiéndose así que en éste y otros certámenes en que se ha planteado no haya recaído decisión concreta. Por lo mismo me parece preferible sacrificar la ambición científica de demasiados velos doctrinales para, como decía Taft, caminar por la vía de la moderada simplificación. Esta es tanto más de desear cuanto que, por razones económicas y otras, las naciones no pueden disponer de establecimientos que respondan exactamente a la inmensa gama de personalidades que antropólogos, psicólogos y sociólogos definen y separan en la fácil quietud de sus cátedras y laboratorios.

En el mentado sentido de sencillez y modestia, y dada por descontada la mínima discriminación ya en todas partes existente por sexos y edades, me parece una excelente base de trabajo la tripartición de Taft, susceptible, sin embargo, de cierto mejoramiento, especialmente en lo que toca a la clase de «reincidentes», pues el hecho de la reincidencia no siempre denota una personalidad bien definida de hábito.

La primera separación que hay que hacer es de carácter antropológico, psiquiátrico más bien, entre delincuentes anormales y normales, entendiéndose por ello no ya el estado mental patológico en relación con la culpabilidad, asunto ya zanjado generalmente en el trámite procesal oportuno, sino en vista al comportamiento del sujeto en su vida de convivencia y relación: Todos los síntomas de anormalidad, aun la temperamental y de disposición psicopática,

(18) SUTHERLAND: *Principles of Criminology*. Chicago, Lippencott, 1939; capítulo 21.

(19) RUIZ-FUNES: en «La Ley», Buenos Aires, 5-XII-1944.

(20) EUSEBIO GÓMEZ: en «Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina legal». Buenos Aires, 1925; XII.

aunque no se traduzca en psicopatías, deben dar lugar a un apartamiento cuidadoso de los condenados de conducta social normal, discriminación en cuyo detalle no podemos entrar aquí por ser materia eminentemente psiquiátrica y no penitenciaria *stricto sensu*. Cabe, sí decir, que los modernos regímenes de convivencia prisional en la educación, trabajo y recreos, exigen con mucha más precisión que los viejos de aislamiento celular o silencio una probada mínima normalidad de su población; la indiscriminada mezcolanza es uno de los más seguros factores criminógenos en las cárceles actuales, puestos en evidencia en el Congreso de La Haya de 1950. Lo excepcional de la vida carcelaria, tan inhumana siempre por mucho que quiera humanizarse, la constante tensión de la inevitablemente rígida disciplina, la convivencia forzada y la monotonía del cotidiano existir, determinan, en la gran mayoría de reclusos, una especie de debilidad psíquica propicia a todos los contagios, fenómeno magistralmente estudiado por el ilustre penalista cubano doctor José Agustín Martínez en el propio citado Congreso de La Haya (21). Para evitar en lo posible contagios tan fáciles como frecuentes hay que sentar como primer principio de clasificación la segregación de anormales, incluyendo en éstos singularmente a los sexuales, alcohólicos y maniacos, que irán a nutrir establecimientos separados regidos por sistemas psiquiátricos especiales.

Ya dentro del cuadro de la normalidad biopsíquica, otra mínima clasificación bipartita se impone. En ella, ya en vista al tratamiento y concretamente de la corrección o readaptación moral y social, es un dato muy digno de tenerse en cuenta el delito perpetrado por el sujeto. Pero, entiéndase bien, no el delito es abstracto calificado por su consumación y adscripción a un determinado artículo o capítulo del Código penal, sino por su valoración criminológica, como resultante que es de factores y disposiciones personales endógenas y exógenas. Y no se diga que esta apreciación *ex delicto* es fruto de una deformación profesional de penalista y magistrado. Me ha sido sugerida precisamente por un penitenciarista de tanta experiencia y penetración como es nuestro compañero de Congreso señor Tomé, quien repudia con razón las clasificaciones demasiado complicadas propicias a crear confusiones y dificultades prácticas.

Según que en la genética del delito hayan predominado los factores endógenos, de dentro a afuera, o los exógenos, de fuera a dentro, nos hallaremos con dos grandes y netos grupos de delinquentes por «perversión personal» y de los que son tan sólo por «perversión social». En el primero entran los criminales que, si no acepta la tesis lombrosiana de la natividad, han delinquido por disposiciones congénitas biológicas y éticas que se detallan, entre otras, en la notable nueva concepción de la antropología criminal del doctor Mendes Correa (22). Son aquellas personas que, a pesar

---

(21) J. A. MARTÍNEZ: *La cárcel como factor criminógeno*, en las Actas del Congreso, ampliado luego en «Criminalia», México, agosto 1951; pág. 8.

de la educación y el ambiente, incurrieron en el delito por deformación moral personal no patológica, que se sobrepuso a las buenas condiciones de medio ambiente, operando por bajos imperativos de crueldad, codicia u otros estímulos antisociales no determinados precisamente por la sociedad. Como se comprende en seguida, estos delincuentes de «perversión personal», con dinámica criminal de «dentro a fuera», son los más difíciles de tratar y sobre todo de corregir o readaptar. Son, en suma, los incorregibles, al menos como primer diagnóstico, aunque tal calificativo hiera la generosa susceptibilidad de muchos penitenciarios que algo precipitadamente han borrado la palabra «imposible» de su diccionario profesional. Recuérdese, empero, respecto a los mismos o sus congéneres, las palabras de amargo escepticismo, quizá las únicas que pronunciara la gran optimista y humanitaria Concepción Arenal al decir que «dudamos de quien fué sordo a la voz de su padre o con el llanto de su madre no se ablandó, se conmueva mucho con la palabra y enseñanzas de personas que le son extrañas» (23). Traducido todo esto al léxico técnico actual, equivale a afirmar la incorregibilidad o difícil readaptación de los delincuentes determinados por factores endógenos, para los que no hay otra solución penitenciaria que la de separación por el peligro latente de contagio moral que sobre los otros suponen. Los amorales de origen y en general todos los pervertidos del sentido moral, son extraordinariamente aptos para influir eficazmente en las gentes de débil complejión ética (24), que son precisamente los delincuentes recuperables de la categoría siguiente. La separación para con ellos es, en consecuencia, el primer imperativo. Lo cual no quiere decir, por supuesto, que la incorregibilidad presunta presuponga la renuncia a toda tentativa correccional, pues como dijo también Concepción Arenal, con frase gráfica y exacta, «la prisión que no moraliza corrompe». Significa tan sólo que en este grupo de internados, las finalidades defensoras de eliminación y de intimidación deben ser las primordiales, conforme a los postulados que el neopositivismo propugna para los criminales constitucionales, y con menor razón, a mi juicio, para los ocasionales y pasionales (25).

En el segundo gran grupo de «pervertidos sociales», determinados al delito por factores exógenos, de mala o nula educación. ausencia de apoyos familiares, carencia de instrucción o de trabajo, es donde más esplendoroso y amplio cauce se ofrece al correccionalismo educacional y de resocialización, que muchos espíritus, más generosos que críticos, pretenden erigir noblemente en uni-

(22) MENDES CORREA: *A nova Antropologia criminal*. Porto, 1931, y en «Giustizia penale», 1936; I.

(23) CONCEPCIÓN ARENAL: Ob. cit., T. I. pág. 221.

(24) VIGOUROUX-JUQUETIER: *El contagio mental*. Trad. doctor Juarros. Madrid, Jorro, 1914; pág. 264.

(25) Así lo hace ALTAVILLA en el artículo *Ciasificazione dei delinquenti*, en el «Dizionario di Criminologia», cit., T. I, pág. 166.

versal panacea. Y es que los tales conciben el delito y el delincuente sobre el *cliché* dickensiano del niño maltratado por la vida, sin amparo ni instrucción, a quien basta enseñar un oficio y unos rudimentos de catecismo para transformarlo en honesto ciudadano. Versión ésta que, si conviene perfectamente a muchos delincuentes exógenos, resulta inexacta frente a otros de características más complejas, y sobre todo de morfología delictual endógena, cual el matón cínico que ejercía el crimen para satisfacer sus ansias de crueldad, el financiero desaprensivo y codicioso, el pasional y tantos más, en los que factores prisionales de instrucción y trabajo apenas si han de influir en sus psiquis profundamente deformadas.

En consecuencia, parece cierto que es el grupo de los delincuentes por imperativos exógenos el sólo propicio para recibir con provecho las normas reeducativas que la ciencia penitenciaria conoce, y concretamente, las del sistema progresivo con su secuela final de la liberación condicionada, en cuyos detalles no es posible entrar aquí. Aplicadas dichas normas y sistemas indiscriminadamente a todos los reos que franquean el rastrillo de las prisiones, como prácticamente así se hace en la inmensa mayoría de los casos con automatismo censurable, es claro que los resultados no han de ser los apetecibles y que la reincidencia progresa de modo tan alarmante. Pero por eso no debe hablarse de fracaso de un sistema, sino meramente, para ser justos, de ausencia de técnica clasificadora, pues los procedimientos del mismo no son para todos los penados sino solamente para ciertas especies de ellos; el automatismo reinante hace que en vez de ser el sistema progresivo un procedimiento penitenciario científico, degenera en expediente de rutina o en medio para descongestionar las cárceles que ahorre dinero al Erario.

Aparte de los dos grandes grupos de delincuentes normales por «perversión personal», generalmente no recuperables socialmente hablando, y por «perversión social», que comúnmente suelen serlo, cabe y debe ser caracterizado, con la debida separación, un tercer sector, en el que no existe en sus sujetos perversión alguna, por la sencilla razón de que su delito no entraña un contenido moral reprochable para el sentido ético medio de la colectividad. Es el grupo que correspondería, en grandes rasgos, a la criminalidad no natural de la vieja caracterización garofaliana, y que es extraordinariamente extenso hoy por el desarrollo de la delincuencia artificiosa y formalista creada por doquier por el dirigismo económico y el morboso lujo de disposiciones punitivas que hace a algunos juristas, como M. E. Mayer y Antón Oneca, temer lo que llaman «inflación penal». Justificada de sobra esta y otras censuras, el ideal sería relegar toda esta pseudo-delincuencia al campo extrapenitenciario mediante multas, cierres de establecimientos y demás procedimientos sancionadores, intimidativos o preventivos, pues los prisionales, como en la mayoría de los casos

han de ser a base de penas cortas, no hacen más que agravar el problema, tantas veces denunciado, de lo que ya es un tópico por todos reconocido, el de las penas cortas de privación de libertad. Es lo que la «Comisión de trabajo por la reforma del Derecho penal ejecutivo» en Alemania ha recomendado en su reunión ya citada en 1951 en Heidelberg, por la voz autorizada de Eberhard Schmidt, W. Mittelmayer, Walter Herrmann y otros insignes penalistas y penitenciarios (26). Pero puesto que de momento tales sanciones carcelarias existen y probablemente han de subsistir en no poco tiempo, convendría al menos minimizar sus riesgos, logrando sobre toda la clasificación, aparte de los condenados por delitos sin contenido moral perverso, en grupo, y a ser posible, en establecimiento propio. Convendría a éste un régimen sensiblemente intimidativo, pero al mismo tiempo, de custodia honesta, idéntico o muy semejante al de los delincuentes políticos que, al menos los puros, no presuponen tampoco un fondo inmoral o perverso. En él pudiera incluirse también, sin duda alguna, a los condenados por delitos de imprudencia, sin conexión con lo ético y cuya segregación de los reos perversos es tan necesaria para evitar fáciles y reprobables ocasiones de contagio.

Resumiendo lo dicho y a los solos fines de la apetecible unicidad de pena y diversidad de tratamientos, propongo las conclusiones siguientes:

a) *Que se simplifique la diversidad nominal de penas privativas de libertad hasta llegar a la única con variedad de tratamiento penitenciario.*

b) *Que tal individualización no se haga apriorísticamente sobre el papel de la ley ni aun de la sentencia, sino por el examen individual del penado mediante comisiones mixtas de expertos.*

c) *Que se separe en grupos, y a ser posible, en establecimientos distintos a los condenados, no sólo por razón de sexo y edad, sino por la mínima clasificación siguiente:*

a') Delincuentes de constitución anormal, viciosa o psicopática, aun sin llegar a la categoría de inimputables. Tratamiento psiquiátrico preferente.

b') Delincuentes por perversión personal de factores endógenos, independientes de la educación y el medio. Tratamiento de eliminación e intimidación que excluye, en principio, salvo excepciones la libertad condicional.

c') Delincuentes por perversión social, de factores exógenos determinados por la ineducación o el medio. Tratamiento ampliamente correctivo, educativo, de resocialización y régimen progresivo en su integridad.

(26) Véase detallada noticia en *Juristenzeitung*. Tubinga, 1951; XXII.

Para el estudio resumido de la realidad penitenciaria española actual nada hay más completo que la reseña hecha por CASTEJÓN en la obra colectiva *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*. París, Sirey, 1950; págs. 121-133. Ella excusa al Ponente de entrar en consideraciones expositivas y de *lege data*.



d') Delinquentes por infracción de normas políticas o de contextura formal, sin conexión con perversión ética. Tratamiento meramente intimidativo y de custodia honesta, a ser posible en campos de trabajo sin aparato carcelario.

## A N E J O

Con posterioridad a la redacción de la ponencia general del tema IV se han recibido interesantes comunicaciones individuales de diversos puntos de la comunidad iberoamericana, que por dificultades de comunicación no han podido ser recogidas en el texto, ni, por lo tanto, en sus conclusiones. Sin embargo, dado el valor singular de algunos de dichos trabajos, parece inexcusable una referencia a ellos, siquiera a título de gratitud y aprecio, lo que justifica este breve inciso adicional.

De la República Argentina han llegado hasta el momento tres magistrales estudios: «Bases para un sistema penitenciario judicialista», del Director General de Institutos Penales de la nación, señor don Roberto Pettinato; «Finalidades principales de la pena privativa de libertad», del profesor don Enrique Aftalión, y «Principales características de algunos sistemas penitenciarios americanos», del juez del Crimen de Buenos Aires, doctor Ricardo Levene (hijo). El doctor Julio Chiossone, de Venezuela, aportó asimismo con valiosas sugerencias personales nutrida información, plena de interés, sobre su país. En fin, de la propia España llegó un luminoso informe-propuesta del Patronato Nacional de San Pablo, suscrito por su Presidente, señor Conde de Marsal, ilustrándonos con los datos de la admirable labor realizada por tan benemérito Instituto. Ulteriormente aún, se recibió otra valiosa comunicación informativa sobre el régimen cubano, firmada por el insigne penalista de dicho país Dr. J. A. Martínez.

Prescindiendo del alto valor informativo de las comunicaciones, y en estricta referencia a las ideas que sugieren, es altamente satisfactorio constatar, como común denominador a todas ellas, el singular sentido de humanitarismo que las informa, unánimes en reconocer los supremos derechos de la personalidad humana, inherentes al reo como a todo hombre por el solo hecho de serlo. Si esto no había sido recogido en la ponencia general ni insertado en las propuestas, no fué ciertamente por discrepancia, sino más bien por considerar tan elevado principio humanitario como definitivamente adquirido en nuestro mundo hispánico, dada su estructura ideológica cristiana, y por ello profundamente humana. Sin embargo, seguramente están en razón los comunicantes al insistir sobre el tema del humanitarismo, ya que lo que abunda no daña, y lo sobreentendido se entiende mejor repitiéndolo. Me permito, no obstante, la salvedad de que los principios de humanidad no están reñidos en modo alguno con los de la justicia, ni siquiera

con los de la retributiva. Diganlo si no instituciones humanitarias bien anteriores a la sistemática correccionalista, como lo prueban en España las asociaciones benéfico-carcelarias de Sevilla y Salamanca en el siglo xvi, desde entonces propagadas por otras ciudades de la Península, así como las obras de nuestros penitenciaristas clásicos, los Cerdán de Tallada, Sandoval y Cristóbal de Chaves, precursores insignes de los Beccaria y Howard. Conviene, en todo caso, deslindar bien los campos de lo jurídicotécnico y lo benéfico, sin ambiciones de monopolio de humanitarismo por parte de ninguna escuela penal o penitenciaria determinada. Justicialismo, en el sentido de respetar los fueros de la personalidad humana en el preso, es postulado absoluto del penitenciarismo hispánico, como lo es la abolición de las penas innecesariamente crueles y vejatorias para la dignidad. Tales principios no deben degenerar, sin embargo, en sensiblerías desplazadas que perjudiquen las inevitables esencias de lo penal enervando la acción represiva, necesarias siempre, y más aún en una época como la nuestra, en que se advierte un claro recrudecimiento de ciertos aspectos de la criminalidad y un aumento notable de la reincidencia, fenómenos que desaconsejan alegres excesos de romanticismo, más acordes con el sentimiento que con la pura razón. El humanitarismo, y aun su extremada y más bella secuela, que es la caridad, han de actuar, sin duda, pero quizá más eficazmente al margen de lo puramente penitenciario y jurídico, al modo más bien asistencial, como lo practica entre nosotros el Patronato de San Pablo, que asiste a los reclusos, y sobre todo a sus familiares, realizando a la vez una altísima obra de misericordia y de dimensión social en la forma tan original y eficiente que han de comprobar seguramente los señores congresistas sobre el terreno en esta su sede central de Madrid.

Ya en el tema de las propuestas particulares, me es grato aceptar en plena coincidencia la del director Pettinato sobre la conveniencia de un régimen de prelibertad que atenúe los siempre temibles choques del internamiento y la plena libertad. Ese tránsito puede y debe ser suavizado por un sistema de disciplina atenuada, al modo como al parecer se practica con lisonjero éxito en la Argentina, o también al español de la libertad vigilada, igualmente de felices resultados prácticos.

Otra muy loable sugestión por parte argentina y por la española del Patronato de San Pablo, aunque difieran en sus propuestas concretas, es la de reafirmar en lo posible el vínculo familiar, tan arriesgado y a veces destruído por la pena privativa de la libertad. Los doctos comunicantes argentinos enfocan en este sentido el tema, tan delicado y diversamente juzgado, de las relaciones conyugales y concretamente sexuales de los reclusos casados, recomendando las visitas de los respectivos cónyuges a los establecimientos penitenciarios, como según ellos se practica en plan experimental en su nación. Sin desconocer la gravedad del problema

y el interés de la radical solución argentina, no se decide de momento su recomendación en la ponencia general, por chocar demasiado flagrantemente con las realidades penitenciarias de la inmensa mayoría de los países de la comunidad hispanolusoamericana. Quizá fuere una solución intermedia, menos aventurada y hasta más discreta, la de conceder a los penados casados la posibilidad de visitas periódicas a sus domicilios, con las debidas garantías de seguridad y siempre a título de premio a una conducta irreprochable, no como derecho subjetivo.

En un sentido también de mantenimiento del vínculo no ya sólo conyugal, sino familiar, se manifiesta la comunicación del Patronato de San Pablo, llamando justamente la atención de los Poderes públicos hacia la situación de los familiares de los reos, que en la inmensa mayoría de los casos quedan abandonados al ingresar aquéllos en la prisión, viniendo así a sufrir en sus personas culpas que otros cometieron. Y esta realidad, que en tantas ocasiones lleva en sí la destrucción de la familia, es, en el fondo, una especie de supervivencia, siquiera fáctica, de las arcaicas penas extrapersonales y de responsabilidad sin culpa, recayendo las peores consecuencias sobre seres absolutamente inocentes. Es deber inexcusable del Estado el de proveer a las primordiales necesidades de aquellos que por prisión de sus familiares quedan desamparados de su apoyo, sufriendo unos y otros un efectivo y odioso *plus* de pena innominada respecto a la impuesta al delincuente rico o al sin familia. Razón, como se ve, no sólo de caridad, sino de estricta justicia, y, en todo caso, de política social progresiva y humana.

Muy interesante es la propuesta del doctor Levene sobre la creación de un Centro o Instituto hispanolusoamericano de carácter penitenciario que centralizase la información e intercambio científico, pero siendo, al parecer, criterio del Congreso el establecimiento de un Instituto de esas mismas características respecto a las ciencias penales en general, una sección del mismo puede ocuparse efectivamente de las tareas tan oportunamente sugeridas por el ilustre magistrado bonaerense.

# Valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal

## QUINTA PONENCIA PARA EL PRIMER CONGRESO HISPANO-LUSO-AMERICANO PENAL Y PENITENCIARIO

ANTONIO PIGA (\*)

Catedrático de la Universidad de Madrid

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. Antinomia entre el pensamiento jurídico y el pensamiento médico. Imperiosa necesidad de coincidir en un punto de armonía útil al hombre en su doble aspecto jurídico y biológico. El espíritu hispano de coordinación médico-jurídica. Significación del tema.—II. La Psicología médica como base de la Psiquiatría forense. Cuestiones básicas para el diagnóstico psicomédico en lo criminal.—III. La Psiquiatría católica. Su trascendencia penal y penitenciaria.—IV. Orientación técnica general para la determinación de la deficiencia psíquica en su relación con un hecho delictivo. Los métodos científicos de investigación de la «verdad».

### I.—CONSIDERACIONES PREVIAS

Pláceme comenzar el insignificante trabajo que ofrezco al Congreso Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario recordando la bella parábola de Th. Robinson: «En la cima de una colina elevada que dominase la campiña circundante, existiría—podríamos imaginar que existía—una vasta cárcel. Hallaríase dispuesta de tal suerte que cada celda tendría una ventana. A través de ella el encarcelado vería el mundo exterior y sobre lo que viese podría formar opiniones y juicios. A cada ventana corresponderían distintos panoramas. Unos, orientados al cielo; otros, a la tierra. Estos, con vidrios de colores claros; aquéllos, de tintes oscuros. Ninguno permitiría ver el exterior a plena luz, en todas las diferencias de posición...».

El sabio profesor de la Universidad de Cardiff no dijo, en verdad, nada nuevo ni extraordinario. Mil veces se ha repetido que para llegar al templo de la Verdad era preciso caminar a través de intermedias esfinges que en interminable fila esperaban el turno de ser interrogadas. Sin embargo, no tenemos por qué hacer algo

---

(\*) En prensa este número. falleció el ilustre autor de la presente Ponencia, cuya necrología se hará en el fascículo siguiente.

en nuestra tarea, y con tenacidad y paciencia nos cumple el llegar hasta donde los designios de la Providencia nos lo permita.

Es lógico considerar los problemas polidimensionalmente. Contentarse con verlos en superficie o por una sola de sus facetas es renunciar a comprenderlos. Sin embargo, sería absurdo aspirar al conocimiento de una complicada máquina sin tener previo dominio de cómo son cada una de sus partes, de cómo se articulan sus íntimos y complejos mecanismos. Las audaces tentativas de quienes, desde el primer momento, créense en posesión de difíciles soluciones de arduos enigmas, nos producen una sonrisa de tristeza. Más que Pegasos voladores son Icaros condenados a desengaños y fracasos.

Pocas veces he sentido, en mi ya larga vida, perplejidad tan honda como la que siento en el instante de comenzar la ponencia «Valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal», tema cuyo enunciado se presta a variadas interpretaciones que, suponemos, quedarán aclaradas tras breves consideraciones generales, indispensables para basar mi tesis y las pertinentes conclusiones.

Las consideraciones previas que importa desarrollar reducen a los siguientes supuestos:

1.º Antinomia entre el pensamiento jurídico y el pensamiento médico. Su trascendencia en la estimación del hecho delictivo y correlación de dicho extremo con el valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal.

2.º Imperiosa necesidad de coincidir en un punto de armonía relativo al hombre como persona, en su doble aspecto jurídico y biológico.

3.º Significación del espíritu hispánico de coordinación biológico-jurídica.

1.º *Antinomia entre el pensamiento médico y el pensamiento jurídico* (1).

El mejor modo de analizar, con criterio científico, la antinomia a que nos referimos, es el de recordar, a grandes rasgos, cuál ha sido y cómo ha evolucionado el pensamiento médico hasta llegar a nuestros días, y hacer cosa parecida respecto del pensa-

---

(1) Por lo que se refiere a la Medicina mental, es innegable que en nada podía servir al Derecho en pasadas centurias. Sumida en supersticiones y formidables errores, malamente podía servir de ayuda ni deshacer torpezas procesales. WALTER NROMBERG, en su admirable libro *The Mind of Man* (traducción española de J. Hubert, Buenos Aires, 1940), ha descrito la evolución de las ideas sobre la insania y su tratamiento, desde el supernaturalismo y la magia hasta las más modernas técnicas psicoterápicas. Demuestra cómo, con R. Sert y Goliath Ewywer, la hechicería recibe un golpe mortal. Después, Pinel, Reil, Rush, Hill, Dix, Mesmer, Puysegur, Baid, Charcot, Du Bois, E. Coué, Mitchell, Kraepelin, Clifford, W. Beers, etc. hasta el momento actual, glorioso para el proceso psiquiátrico de todos los países cultos y que en España tiene cultivadores tan notables como Vallejo Nájera, López Ibor, Alberta, Lafora, Sarro, Guija, Solé, Segarra, Valenciano, Rey-Ardic, Pelaz y otros muchos.

miento jurídico. En el primero de estos propósitos elijo una perfecta y documentada guía, la de nuestro Laín Entralgo. Por la amplia calzada romana construida por el historiador, caminaremos holgadamente con el bagaje de nuestra modesta cultura. Respecto del pensamiento jurídico, por ser materia situada fuera del campo propio, nos limitaremos a pocos comentarios.

Renunciamos a buscar en la historia de la Medicina legal lo que, en verdad, no podríamos encontrar. La Medicina legal jamás tuvo contenido propio. Se hizo de retazos y ha comenzado a adquirir el inmenso desarrollo y la trascendental importancia que hoy posee cuando la Medicina, de un lado, y el Derecho, de otro, buscan ansiosos un término de armisticio que finalice la pugna secular, estéril y nefasta ante el supremo interés de la justicia humana.

En la cultura asirio-babilónica, el pensamiento médico—relativo a las dolencias humanas—se fundamentaba en que el pecado se trocaba en enfermedad. En cuanto a la libertad de hacer u omitir un acto pecaminoso, como el hombre existía «para los dioses» (Laín Entralgo), era natural la creencia de que al contrariar la voluntad de aquéllos se incurría en el *shêrtu*, en la impureza, y, por ende, en el castigo divino (2).

De modo que si hoy dominasen tan arcaicas ideas, el delincuente sería un pecador y, por serlo, tendría la pena impuesta por *Marduk*, *Ea*, *Nin-Azu*, etc. Acaso se procuraría descubrir en la intimidad de la conciencia del hombre lo que hubiera oculto en «los más sutiles repliegues» de la persona acusada del apartamiento de las divinidades enojadas y de la posesión del enfermo, pecador—o delincuente—por los espíritus malignos.

Queda somero un juicio de notoria simplicidad: la concepción *personalista* del enfermar humano se hubiese traducido en un Código Penal ante eventuales delitos, con sanciones de tipo expiatorio, con exorcismos y sacrificios.

No podía quedar sin sanción legal «humana» la que castigaba el embrujamiento—*Código de Hamurabi*—(2050 años antes de Jesucristo). En algunas leyes, al que embrujaba se le sometía a pena de muerte. Además, la «prueba del agua» decidía en ciertos casos quién tenía razón, si el acusado o el acusador. *Ea*, el dios que todo lo sabe, debía enloquecer—sic—al transgresor de las leyes, y *Shama*, el gran juez, le castigaba con pesadillas. Con estos dioses vengativos y crueles, formaban en espantable cohorte serpientes, escorpiones, sapos y tarántulas (3).

(2) Ha dicho el profesor LÓPEZ IBOR que «si la enfermedad se insertase racionalmente en nuestra vida, sería una secreción del pecado. Pecado y enfermedad se subsumirían bajo el mismo epigrafe categórico. No hay nada de eso, ni aun en el plano puramente natural». Conf. en la Acad. Deontológica Matritense, «Enfermedad y Pecado», febrero 1952.

(3) P. LAÍN ENTRALGO: *Introducción histórica al estudio de la Patología Psicosomática*. Edit. Paz Montalvo. Madrid, 1950.

En los poemas homéricos, los dioses siguen haciendo víctimas a todos los desventurados seres humanos, transgresores de las leyes morales.

En el canto V de la *Odisea* se habla de un *daimôn* hostil (Lain Entralgo). En otro episodio, cuando Telémaco llega a Lacedemonia, Helena, para disipar la consternación que reina en el palacio de Menelao, mezcla en el vino un polvo que regocija el espíritu. La hija de Júpiter había conseguido de Polydamna una mágica droga que adormecía el dolor, calmaba la cólera y hacía olvidar todos los males. Nadie llora, nadie vierte una lágrima en toda la jornada, por terribles que fueran sus penas. La droga procedía de Egipto, donde todos los hombres eran excelentes médicos (4).

El pensamiento médico en los poemas homéricos no trasciende a ningún Derecho positivo, vive estas maravillosas fantasías. Los dioses que intervienen a favor o en contra de los héroes aquivos y troyanos, tienen todos los vicios humanos. Son, por lo general, unos verdaderos psicópatas alimentados con ambrosía, lo que todavía les hace más peligrosos. Todo es falso, pero en creer la fábula radica precisamente la condición prima para sentirnos embriagados de belleza. De todas suertes, en algunos momentos, la realidad vuelve por sus fueros. Agamenón, cuando ve a Menelao con los fornidos muslos teñidos por purpúrea sangre, no llama a Jove en su auxilio, sino que dice a Taltibio que busque diligente al sabio Macaon, el hijo ilustre del célebre Esculapio:

«.....di que venga  
a Menelao a ver, a quien ha herido  
con aguda saeta, algún troyano.»

Por esto, los alegoristas han fracasado, desde Heráclito Pónico hasta ahora (5), pues, si no es necesario demostrar el hecho, demostradísimo, de que el pensamiento médico en los poemas homéricos, es mágico, más que humano. Sin diosas ni dioses, sin ninfas y sin augures, no habría poema y la *Iliada* y la *Odisea* serían originadoras de fatigoso tedio para cualquier lector. Hay que admitir que Cálcas acertaba al asegurar que la peste entre las huestes de Agamenón era un castigo de Apolo, por el rapto de Criseida. Para creer otra cosa debían pasar siglos y descubriese los microbios y los virus.

En el pensamiento galénico *la intimidación, la libertad y la responsabilidad humana* son temas de la *physiología* o «ciencia de la naturaleza» y la iracundia, por ejemplo, una afección mor-

(4) *Oeuvres d'Homere*, T. III, 1779.

(5) GÓMEZ HERMOSILLA: *La Iliada*. Edit. Garnier, París. TRIFODORO: *La toma de Ilión*, puesta en verso castellano por Miguel Jiménez de Aquino. Biblioteca Greco-latina, Madrid, 1923. JUAN PÉREZ DE MOYA: *Philosophia secreta*. Madrid, MCMXXIV.

bosa. Se peca por causa de la complexión del cuerpo, y es natural que no seamos responsables de lo que no depende de nuestra voluntad. Si el pecado—*hamártêma*—está en mí, en mi propia naturaleza, ¿qué culpa me cabe en pecar? Después de lo dicho no se comprende bien cómo durante centurias fué esta ciencia natural el faro que alumbró la Cristiandad. Parece ser que Galeno fué venerado por muchos cristianos y que alguno de ellos fué excomulgado por dicho motivo. Acaso, pensamos, veían en el Pergameno un detractor del mundo fantástico creado por los mitos paganos. Sea como sea, para mí lo interesante es que el pecador era, galénicamente hablando, un enfermo y, por lo tanto, que si la palabra pecador la traducimos por delincuente, todo delincuente tenía que ser un enfermo.

Si quisiéramos tener una prueba plena de la influencia que el galenismo había de tener en épocas bien distantes de los siglos II y III de la Era Cristiana, nos bastaría con releer lo que nuestro Huarte de San Juan dijo en su *Examen de Ingenios*. He aquí sus palabras: «De él nacen el temperamento, la idoneidad particular de cada hombre, como también los actos de su moral; así que no hay virtud ni vicio que no tenga su temperamento en los miembros del cuerpo, que le ayude o desayude en sus obras; a o cual llaman impropriamente los filósofos morales vicio o virtud, viendo que ordinariamente los hombres no tienen otras costumbres sino aquellas que apunta su temperamento» (6). Galenismo puro. Demostración palpable de la continuidad del pensamiento de Galeno a lo largo de los siglos, y de creencias firmes en la influencia, casi decisiva, de lo físico en lo psíquico. Ahora volvamos atrás y digamos nuestra opinión sobre la influencia del Cristianismo en el pensamiento médico. No necesito recordar todo el giro ideológico que la palabra de Jesús produce en la Humanidad. Desde mi punto de vista me basta con lo que a continuación expongo.

Se ha dicho que la «novedad» del Cristianismo (7) trajo—y era natural—trascendentales consecuencias. Hasta entonces creíase que el hombre enfermaba porque había pecado, o pecaba porque estaba enfermo. Si la palabra pecado la trocamos, repito, por la palabra delito, tendremos ante nosotros toda la luz precisa para comprender las más contradictorias opiniones. Muchas de éstas perduran en nuestros días.

En el pensamiento cristiano el pecado es una cosa y la enfermedad otra distinta. Y la *intimididad*, la *libertad moral* y la *responsabilidad* humanas, consecuencias psicológicas o personales.

(6) JUAN HUARTE DE SAN JUAN: *Examen de ingenios para las ciencias, etc.* Baeza, 1575, en 8.º Hay otras muchas ediciones. Vid. la notable obra de M. DE IRIARTE, S. J.: *El Doctor Huarte de San Juan y su examen de ingenios*. MCMXXXIX.

(7) K. PRÜMM, S. J.: *Christentum als Neuheisterlebnis*. Freiburg im Breisgau, 1939.



Se consideraba la enfermedad con su sede en el cerebro, o en la medula o en la sangre. Comienza una Era que durará siglos y de la que todavía persisten reminiscencias del pasado. Así los «ensalmos», que según Laín Entralgo tendrían más que probable parentesco con el culto a Dionysos, han seguido en otros siglos (8).

Cumple señalar, muy por encima, la *mántica* (el adivino, sacerdote o no, tuvo gran predicamento y aún persiste entre gentes crédulas e ignorantes) y la *Katharsis* religiosa-medicinal.

Un puente de siglos nos permite situarnos ante la «Medicina occidental» y considerar el pensamiento médico moderno y contemporáneo. Permítasenos la audacia de sostener que ni uno ni otro, ni el ayer cercano ni el presente son tan originales como algunos han pretendido.

Desde Salerno hasta hoy—seguimos el itinerario histórico de Laín Entralgo—la Medicina ha existido con grave aporía. Pero todos los médicos han visto al hombre cristianamente como «persona», como individuo «racional libre y capaz de ensimismarse por estar dotado de intimidad».

Ni Paracelso ni Helmont consiguieron desviarle de una vertiente física corporal, aunque admitiendo el alma. Las facultades *ánimicas* o potencias del ser humano, estaban accionadas por agentes—*espíritus* (9)—naturales para las potencias vegetativas, y animales para la sensibilidad y el movimiento. En la realidad física se ha integrado lo psíquico y lo somático. En cambio, se opone dicha realidad a lo espiritual.

Las contradicciones han sido y son muy frecuentes, ocasionando sendas confusiones. En algunos casos se perfila la diferencia, según veremos más adelante.

Se ha sostenido que, por la obra de Freud, la Patología de Occidente comenzó a ser antropológica, considerando al enfermo como «persona». En esto difiero. En mi opinión, no hay tan sorprendente novedad. ¿No hemos dicho que todos los médicos—incluso los no cristianos—habían considerado al hombre en su condición de «persona»? Acaso la diferencia estribó en que la persona freudiana no tenía alma. El investigador fué biólogo-naturalista, pero no «personalista», en sentido de creyente en la concepción cristiana de la existencia. Fué genial, no cabe discutirlo, pero con su singular léxico escamoteó de la persona hu-

(8) En una obrita mía, *Los dioses del vino*, Madrid, 1941, me he ocupado extensamente de las fiestas en honor de Dionysos. La reforma de Melampo tuvo un propósito limitativo del culto orgiástico al dios Baco.

También quiero recordar el famoso caso de Juan Catalán, soldado de Hernán Cortés, quien sin otra medicina que un poco de aceite y algunas bendiciones, curaba en tan breve tiempo las heridas «que no parecía obra natural». *Historia de la conquista de Méjico*, escrita por don ANTONIO SOLÍS, tomo III, página 270. Barcelona, año 1765.

(9) *Los espíritus*, en su acepción fisiológica, serían cuerpos sutiles y móviles, según SYDENHAM.

mana la importancia decisiva del alma racional. Creo sinceramente que al amparo de la Psicología freudiana, se han perpetrado verdaderas enormidades legales y jurídicas, si bien debemos reconocer la sensatez de la Magistratura española, poco propicia a dejarse sugestionar por extrañas ideologías. En otro lugar de esta ponencia ampliamos algunos extremos del asunto.

Veamos ahora lo relativo a la flamante Medicina psicosomática y su influencia en la esfera del diagnóstico psicomédico en lo criminal.

La Medicina psicosomática es de antes, en la práctica: de ahora, en la Patología. Está, estaba y en parte sigue, abrumada de «objetividad». El hombre enfermo se integraba por tejidos y componentes bioquímicos. El microscopio y el tubo de ensayo, el electrocardiógrafo y el tubo Roentgen, lo han sido *todo* en el enfermo deshumanizado en su carácter de «persona».

Contra este abuso se ha reaccionado desde hace pocos años. Fl. Dumbar, Alexander, Weizsaecker, etc. La enfermedad tiene un sentido porque, decimos, se da «en un hombre». No se trata alguna enfermedad, sino un hombre enfermo. Esto no era nada nuevo.

No ha mucho tiempo que escribió Tournier: «Toda desobediencia física, psíquica o daño al plan de Dios es una falta en el vivir y acarrea sus consecuencias. Entre los problemas de la vida y la salud existirían evidentes relaciones.

Ahora bien, personalmente, me produce sorpresa el que tales ideas se nos presenten como algo extraño, desconocido, a quienes, aunque viejos, somos hombres de hoy. ¿Acaso se ha ignorado la influencia psicogénita del dolor, del remordimiento, de los desbordamientos afectivos, de cuanto hay de espiritual en el hombre? En verdad, todo esto se valoraría o no científicamente y en términos vulgares en vez de los psicosomáticos. Estamos hartos de saber que buceando en el fondo del alma humana—o si se quiere del *sujeto*—se encuentra más de una vez la explicación de hechos patológicos y algunos de ellos con evidentes manifestaciones orgánicas. No es de ahora cuando se ha dicho que alguien se ha muerto de pena, que el dolor le condujo al sepulcro. Un poeta del siglo pasado cantaba:

«Que no se mueren de amor  
las mujeres hoy en día.»

lo que demostraba la creencia, por lo menos poética, de que alguna vez habían sucumbido al saetazo de Cupido (10).

Hay cuestiones científicas que yacen en el panteón del olvido, o muertas o embalsamadas con el incienso del elogio. No faltan casos de vida eclipsada. A estos últimos es factible devolverles

(10) DR. PAUL TOURNIER: *Médecine de la Personne*. Neuchatel, París, 1943.

el pábulo vital indispensable a sus fáustico revivir, a su aparente rejuvenecimiento.

Con los problemas muertos y embalsamados no es posible entablar nuevo diálogo si no es por medio de fórmulas enrevesadas de aspecto mágico. Las esfinges viven con eterna mudez, pero hay el recurso de dar a su imperturbable serenidad, a su mutismo, una significación simbólica. Los *símbolos* han encubierto, a veces, un simple sentido antirreligioso de sus creadores.

Hemos pasado—y seguimos pasando—por momentos críticos del saber médico, no tanto como arte de combatir enfermedades, cuanto en lo que *representa* el padecer humano. La nefasta influencia del cartesianismo propició la tendencia—tan antigua—de localizar el alma, y la psicología de Wundt ha pretendido borrar cualitativamente la psiquis humana y la psiquis animal. En ésta faltan «o son rudimentarias» las funciones aperceptivas. Esto sería todo. Podríamos llegar, se ha dicho, a la unidad de la Física y de la Psicología, logrando metafísicamente una concepción unitaria del mundo. «La realidad debe ser lo que la conciencia *es* y está en un complejo que llamamos *voluntad*». Se comprende que con estas ideas el pensamiento médico se ha hecho en gran parte materialista, o por lo menos, realista. Lo real sería solamente lo actual—*como haciéndose, como actividad*—. Lo esencial de la voluntad sería la acción. ¿De qué pueden servir estas retrizes psicológicas en Psiquiatría forense? La contestación no es difícil: de nada.

Se ha pretendido convertir el encéfalo en una gran central que funcionase a la manera de un cerebro electrónico. Se ha logrado algo en el sentido de afinar los conocimientos de componentes fisiológicos ligados al funcionalismo psíquico, desentrañando determinados hechos que conexian la fenomenología de aquél. Mas la *verdad* psico-fisiológica sigue siendo enigmática en sus raíces ontológicas. Se ignora el *porqué* del más insignificante de los hechos biológicos e igualmente el *porqué* un trastorno diencefálico origina una mutación caraterológica en una persona. No obstante, es innegable la utilidad que el Derecho penal puede tener del saber médico, inspirado en el más noble deseo de comprender la vida y el hombre.

Entremos ahora en la vertiente jurídica del problema y pongámonos el quehacer de comprender el porqué de la diferencia entre los postulados planteados por la mayoría de los penalistas y los que el médico puede entender con arreglo a su peculiar formación científica.

Por ejemplo, la definición de Pessina «el delito es al negación del Derecho», deja al médico un tanto sorprendido en cuanto a su intuición del delincuente. No puede exigirsenos, por falta de adecuada preparación, que advirtamos el valor de la genial doctrina de las «Normas». El delito, como «ente jurídico», no es adecuado manjar para el apetito mental del antropólogo, crimi-

nalista o del psicólogo forense. Como miembros de la sociedad acatamos sumisos *la necesidad política* de prohibir ciertos actos de turbación del orden externo, pero sólo comenzamos a comprender y a sentirnos posibles colaboradores del Derecho penal cuando más a ras de tierra se nos afirma que el delito, *como hecho*, tiene origen en las pasiones humanas. Es entonces, sólo entonces, cuando vemos al *hombre delincuente*. Del reino de abstracciones, cuya validez no discutimos, donde se dibujan los celajes de cielos pintados con los más delicados colores por artistas dotados de portentosas dotes imaginativas, bajamos a la planicie terrestre donde habita el ser humano dotado de un organismo y voluntad racional. Este sí, desde la fecundación hasta la muerte, es objeto real de nuestro saber. Es sobre el hombre, y nada más que sobre el hombre, donde radica la enorme potencialidad de una eventual colaboración de la Medicina en el Derecho, de una Medicina legal en el Derecho y no en contra del Derecho, ni a su lado, como si sólo fuera una humilde servidora del mismo.

Nadie pretende inmiscuirse en terreno vedado. A nosotros, médicos, no nos preocupa si la Jurisprudencia no es ciencia (11), ni cómo el delito ha de ser perseguido, ni si es exacto o no considerarlo como una «disonancia armónica». Estos y mil problemas más son tarea peculiar del penalista. Es allí, donde el hombre—la persona—se nos presenta como sujeto activo del delito, en donde nace nuestro más fervoroso deseo de respetuosa colaboración con el penalista. Es cuando este último, para atribuir a cada delincuencia su justa medida (Carrara), cree que los afectos deben considerarse psicológicamente, cuando nos sentimos impulsados a reclamar nuestro puesto como psicopatólogos o criminólogos. Y no decimos como meros psicólogos, porque el padecer humano es demasiado frecuente y de notoria importancia en materia penal. Además, no admitimos que el psicopatólogo ignore la Psicología, mientras que es admisible que el psicólogo no sepa Patología mental. Nada se opone, sin embargo, a una quintaesenciada especialización que pudiera ser útil a los fines de un insuperable perfeccionamiento penalístico (12).

Cuando Séneca discurre acerca de lo que hoy denominamos *Psicología criminal*, cae de lleno, por necesidad, en la teoría de los temperamentos. De filósofo y moralista conviértese en fisiólogo y en patólogo. Advierte que al hacer presa la ira en un hom-

(11) J. H. von KIRCHMAN: *La Jurisprudencia no es ciencia*. Trad. de ANTONIO TRUYOL Y SERRA. Madrid, 1949.

(12) Sobre estas cuestiones y para quien sin pretensiones sentimos el natural deseo de una discreta información cultural, pueden ser de inmensa utilidad obras de tanto mérito como las siguientes: CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1944. JUAN DEL ROSAL: *Acerca del pensamiento penal español*, 1942, y *Nuevo sentido del Derecho Penal*, 1942. F. CASTEJÓN: *Hacia un Código Penal subjetivo*. Estudios jurídicos, 1944. G. BETTIOL: *Azione e colpevolezza nelle teoria dei «tipo di autore»*, y otras muchas que constan en la abundante bibliografía de las obras señaladas.

bre de temperamento colérico, le arrastrará al delito, le convertirá en delincuente pasional (13). Nos describe un cuadro morfológico, psicossomático, del iracundo, que en gran parte sigue siendo válido en nuestros días. Siempre ha habido psicópatas, aunque no se les llamase así. Comete—es natural—sendos errores y no alcanza los resultados de las finas investigaciones contemporáneas sobre los estados emocionales. (14). De todas suertes, sitúa en plano asequible al saber del médico, del psicólogo, lo que ha menester el Magistrado para arreglar las penas. Su visión de los móviles del delito en interdependencia con necesidades biológicas, son, hasta cierto punto, dignas de recuerdo por un psicopatólogo moderno (15).

Pudiera creerse que pretendemos reducir el Derecho penal a mera psicopatología matizada de nociones de sociología criminal.

Nada más contrario a nuestro pensamiento. Aparte de nuestra falta de autoridad para trascendentales afirmaciones dogmáticas, consideramos totalmente fuera de nuestro campo el determinar los elementos atributivos del delito—antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad—y nada podemos ni debemos decir en contra o en favor de la dirección técnico-jurídica en materia penal. Leemos con respetuosa atención lo que sobre este particular dicen sabios maestros. Y acaso estamos convencidos, como simples espectadores, de que es esencial el sentido de la positividad del Derecho y el criterio, igualmente positivo, de su interpretación y elaboración (16).

Todo lo expuesto sería mera expresión de una ingenuidad matizada por rasgos de petulancia, si no hubiésemos previsto fáciles censuras. Estaría en su punto que nos recordasen que llegábamos tarde, muy tarde, para descubrir que, en último extremo, el Derecho se ha hecho por el hombre y para el hombre, y que dentro del propio campo del Derecho ha existido en el siglo actual una formidable lucha entre ideas contrapuestas. Quien esté al tanto de intimidades de lo que ha sido, por lo general, la Medicina legal, podría dudar de nuestra preparación cultural sobre cuestiones que afectan a la conexión de dicha disciplina con el Derecho, pues es cierto que de descenso en descenso hemos estado a punto de convertir aquélla, la Medicina legal, en un mero quehacer criminalístico, técnico, sin trascendencia científica; en algo parecido a una simple investigación policial, y todavía menos cuando faltaban los medios materiales para que la técnica me-

(13) JOSÉ MARÍA STAMPA BRAU: *Las ideas penales y criminológicas de A. Séneca*, prólogo del Prof. JUAN DEL ROSAL. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid.

(14) Prof. RINALDO PELLEGRINI: *La práctica médico-legale per i Giuristi*. Padova, 1948; pág. 44 y siguientes.

(15) MIRA: *Psicología jurídica* (varias ediciones).

(16) BIAGIO PETROCELLI: *La dirección jurídica italiana en la ciencia del Derecho penal*. Traducción y prólogo por JUAN DEL ROSAL, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid.

reciese ese nombre y nuestros informes quedaban reducidos a meras suposiciones de buen sentido y escaso beneficio judicial.

Creo, sin embargo, que la presunción no estaría plenamente justificada por el motivo de que hemos procurado seguir, más o menos cerca, el magno desarrollo de las doctrinas penales a las cuales, en sus aplicaciones, teníamos la obligación de servir. Por lo tanto, no ignoramos que al lado de un *Derecho penal* de hecho, en el que la acción está en primer plano de meditación (17), se ha pretendido situar un *Derecho penal de autor*, un *Derecho penal de peligrosidad*, un *Derecho penal preventivo* y un *Derecho penal expiatorio-defensista*. Según estas normas tan distintas en sí, el papel del médico, como psicólogo, psiquiatra o criminólogo, tenía que ser completamente diferente.

En el Derecho penal de voluntad, interesa no sólo la voluntad expresada, sino la intención no manifestada. La cuestión roza médicamente con el psicoanálisis y los medios científicos de descubrimiento de la verdad, de los que hablaremos al final de nuestro trabajo. Recordemos, por fin, que en el «hombre voluntad y en el hombre miembro» no se olvida la innegable realidad del individuo. Por eso, han sostenido razonablemente Pedro Pastor y L. Rodríguez (18) que «el Derecho tiene su única razón de existir en el hombre y para el hombre». Por eso cualquier aspecto, por metajurídico que parezca a la Escuela de Viena, pero que nos sitúe y que nos dé a conocer al hombre real de carne y hueso, con un fin supremo a realizar, con sus inquietudes y aspiraciones del momento presente, será acogido en nuestra construcción jurídica.

A nada conduciría que fatigara la atención de cuantos me escuchan repitiendo cosas de todos conocidas. Si la ciencia del Derecho es o no un conocimiento sistemático, si puede hablarse de una biología o etnografía jurídica, si se trata de un positivismo lógico, convirtiéndose la ciencia del Derecho en la ciencia del lenguaje técnico; si puede concebirse como dogmática, en contraposición a historia, casuística o empirismo, etc.; es materia asaz sabida y debatida hasta por los que no son maestros en la misma, y aquí hablaron antes quienes lo son. Pero en cambio,

(17) Véase JUAN DEL ROSAL: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*. En esta y otras obras del autor, encuéntrase magníficamente desarrollada la evolución del pensamiento de los penalistas y la lucha entre los sostenedores del Derecho penal de hecho y los presupuestos fundamentales del Derecho penal del autor. En ella vemos cómo se ha fraguado una crisis que hubiera puesto en trance de muerte la Medicina legal o convertido el Derecho penal en algo ligado a un mero conocer de la tipología de los delincuentes, derivando todo el núcleo del saber penal a la persona del delincuente en su tipicidad delincencial. ANTOLISEI: *La volontà nel reato*. «Riv. Penale», 1932. MAGGIORE: *La volontà nella teoria del reato omisivo*. Scritti in onore di P. ROSSI. Cit. por JUAN DEL ROSAL.

(18) *Teoría del deber jurídico y del Derecho subjetivo. El hombre miembro y el hombre voluntad*, por los Dres. PEDRO ALONSO Y LINO RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, presentación por JOSÉ CASTÁN COBEÑAS. «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», marzo de 1948.

hemos oído desde nuestro campo, que el Derecho está en crisis, con la aclaración de que no es el Derecho como tal, sino simplemente la ciencia del Derecho la que se halla en período crítico, de exigencia de cambio (19). A este llamamiento es al que nosotros acudimos, acaso con egoísmo, porque nuestros intereses son comunes, porque nuestra finalidad es idéntica, porque la Medicina—la Medicina legal—está vinculada al Derecho y sin él es una ficción carente de *utilitas communis*.

En cuestiones penales, la frecuente invocación a la *natura*, pudiera compaginarse con un criterio biológico, y no quedar en una visión exclusivamente jurídica. Todos sabemos que, para los juristas, la invocación se ha referido siempre a la *natura rei* (Biondo Biondi).

De todos modos, no nos atrevemos a dar en la cuestión que nos ocupa el más liviano consejo. Nos basta con aseverar que en la Antropología radica un inagotable manantial, con reservas indefinidas, para subvenir a las necesidades del gasto energético-mental, creador de nuevas orientaciones jurídicas, aunque exentas de normas materialistas, que nadie pretende imponer.

En mi opinión, el punto neurálgico de las dificultades jurídico-médicas o médico-jurídicas, está en el modo de considerar las cuestiones criminológicas, o mejor dicho, en el modo cómo el biólogo, el psiquiatra o el antropólogo, en un lado, y la mayoría de los penalistas por otro, ven, con los ojos de la inteligencia, con el esquema mental de sus respectivas formaciones culturales, los ingentes problemas de la Criminología.

Criminólogos, penalistas, sociólogos, médicos, penitenciaristas, han construído un gigantesco dédalo. Es fácil entrar, ir de acá para allá, pero muy difícil encontrar la salida. Y urge encontrarla.

Comiézase por no tener un claro concepto de qué es lo que se quiere decir con la palabra *Criminología*. Esto puede depender de que en ocasiones el criminólogo es un simple *amateur* sin experiencia y sin base positiva de conocimientos. Y es evidente que sin el contraste de la doctrina con los hechos reales, no hay posibilidad de alcanzar estimables resultados.

La Antropología criminal no es la Criminología, para unos, mientras que sí lo es para otros. Menos aún podemos hacer sinónimas la Biología criminal con la Criminología, ni ésta con la Criminalística. La diferencia con la Sociología criminal es más evidente y, por lo tanto, menos discutida. También ha pedido su puesto la Antropología penitenciaria y también, en mi opinión, ha contribuído a la dificultad de salir del escollo. Porque si es cierto que por sí misma la Antropología criminal estudia la per-

---

(19) Universidad de Valladolid. BIONDO BIONDI: *La ciencia jurídica como arte de lo justo*. Traducción y prólogo de J. ARISS BONET. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1951.

sonalidad del agente o sujeto pasivo, el hecho incriminado, el ambiente, las causas de la delincuencia, las medidas preventivas y curativas necesarias—profilaxis del delito, terapia del delito—, el delincuente en expiación de pena y en la vida postpenitenciaria (Pellegrini), ¿qué queda para las otras disciplinas sobre temas criminológicos? Y caso de admitir que la Criminología analiza el delito prescindiendo de la personalidad del delincuente, ¿cómo comprender un acto sin agente? A los médicos, por lo menos, nos sería imposible semejante comprensión, situada de pleno en el campo de las abstracciones.

Por otra parte, la Antropología criminal, que postula una noción clara del delito, se desentiende de los *delitos legales* con cierto aire de superioridad científica, a mi juicio totalmente injustificada, por lo poco conseguido hasta ahora. Sólo considera los delitos naturales, debiéndose entender como tales los que atañen a la violación de la probidad y la piedad, la solidaridad humana de naciones y clases sociales y la protección de los débiles. Lo difícil, claro está, depende de aquilatar qué es la probidad, la solidaridad humana o la protección de los débiles. El mundo actual nos ofrece tristísimos ejemplos. Quienes apartados de la perennidad de sentimientos religiosos quieren, en nombre de las ideas inestables, hallar la felicidad de los pueblos, sólo logran; mal que pese a su deseo, sembrar en el fértil terreno del egoísmo humano la semilla de previstas conflagraciones que pueden aniquilar milenarias civilizaciones.

Ya hemos dicho algo, aunque no en detalle, sobre las divergencias jurídicas y antropológico-criminológicas. Además, interesa recordar que las numerosísimas clasificaciones de los delincuentes.—Ferri, Lombroso, Ottolenghi, Severi, Patrizi, Lacassagne, Altavilla, Gemelli, Di Tullio y otros—demuestran que no existe una verdadera clasificación exenta de crítica. Tal vez ocurre, según ha dicho Pellegrini, si no recuerdo mal, que en ciencia, cuando se sabe poco de una materia, se empieza por clasificar. En esto la Antropología criminal no se ha quedado rezagada.

Se ha llegado a una coincidencia en la apreciación de las causas de la delincuencia de notoria vulgaridad: a la perogrullada de que hay causas biológicas, causas sociales, y que unas veces prevalecen las primeras y otras las segundas. Este saber criminológico no resuelve en la práctica penal nada trascendental, porque no es categórico, ya que miles y millones de personas sometidas o colocadas en el mismo ambiente social o con las mismas características psicossomáticas, se comportan de distinto modo en su conducta y unas delinquen y otras no. No es fácil que convenzamos a los jueces hablándoles de una *constitución delincencial*, ni que la delincuencia es un hecho exclusivamente morboso o prevalentemente social, fruto del atavismo o del psicoinfantilismo, etc. Primero, porque tales teorías están muchas de ellas en pleno descrédito, y porque en nuestro campo médico—en la más amplia acepción de la pa-



labra—ignoramos tanto que podría decírse nos no teníamos autoridad alguna para pretender trastornar las bases jurídicas—buenas o malas—imperantes en el Derecho, con meras hipótesis que nosotros mismos combatíamos o desechábamos continuamente. Así, entre otras cosas, tendríamos que reconocer que no se había puesto *nada en claro* respecto de la herencia delincencial.

En cambio, tenemos plena razón a exponer hallazgos científicos de la mayor importancia. No es aún definitivo lo logrado en materia de lo que se denomina *delicuencia experimental*—lesiones de la región anterior del cerebro, polo cerebral anterior, etc.—. Pero se han observado, sin género de duda, mutaciones de conducta en casos de encefalitis letárgica, mecanismos psicógenos propios de algunas enfermedades capaces de conducir en sentido anankástico a hechos delicuenciales, la inmoralidad constitucional de determinados psicópatas, posibilidad de conseguir la enmienda del delincuente por medios terapéuticos—opoterápicos, quirúrgicos, desintoxicantes, físicos—. Para conseguir tan altruistas y nobles fines es indispensable el diagnóstico psicomédico en lo criminal, ni más ni menos que lo es para curar algunas enfermedades. Todo ello sin exageraciones, ni utopías, ni tentativas de frustrar la acción de la Justicia en la forma que ésta estime necesaria con arreglo a los dictados del Derecho penal.

Deben agradecer a la Psiquiatría moderna datos de tan magnífica claridad como los de poder afirmar que «en las psicosis el delito es extraño a la personalidad del enfermo, como lo es la psicosis, pues se trata de algo nuevo que irrumpe en la personalidad» (Alberca Lorente) (20). Aún queda por señalar que, por cuanto respecta a las enfermedades mentales, la imprecisión en el concepto de lo que se pretendía significar con tal palabra, fué suficiente durante siglos para invalidar una influencia racional de la Medicina sobre el Derecho. Este y aquélla fueron de tumbo en tumbo, entre dislates que hoy nos parecen inconcebibles. La suposición de una antinomia entre un pensamiento médico, científico, y una estimación jurídica rechazable por lo falsa, sería injusta. Si la Jurisprudencia erraba, la Medicina estaba lejos de acercarse a la verdad.

En el mundo romano el loco es el *furiosus*. «*Furiosi. id est menti insani*». Hoy, cualquier estudiante sabe que innumerables psicóticos no se hallan atacados de furia y que no se puede definir la locura como lo aceptaban los juristas romanos. Hubo un atisbo de buen sentido, el de los *intervalos lúcidos*, sobre los cuales aun en tiempos modernos no existía un firme acuerdo. Los locos, por equipararse en ocasiones a los menores de edad, y ser «incapaces de un consejo justo», no podían comprar, ni vender, etc.

---

(20) Dr. R. ALBERCA LORENTE: *La peligrosidad en el comienzo de la psicosis*. Murcia, 1948. Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Para los germanos, el loco era un poseído. Como la locura no era una enfermedad, nada tenía que hacer el médico. Tratábase de un *vitium* que privaba de la razón. En el Derecho consuetudinario visigodo, que pervive en la Alta Edad Media—dice el profesor García Gallo—, el loco carece de toda capacidad. Y añade textualmente: «No existe un concepto de locura y, faltas de tecnicismo, las fuentes de la Reconquista emplean palabras diversas que sin duda expresan tipos muy distintos de enagenación mental: *arrepticus* o *arrepticus* (poseídos del demonio), *furiosus* loco, fuera de seso o de memoria, loco desmemoriado, lunático, etc. Hasta qué punto falta toda precisión de conceptos, puede apreciarse en las copias coetáneas o en las traducciones hechas al romance en el siglo XIII del Fuero de Cuenca. El hijo *perversum* o *furibundus* de que habla éste (X, 7), se convierte en una de las traducciones en «fijo loco o travieso»; en otra, en «fijo loco o contrario», y en el Fuero de Iznatoraf, en un «fijo acordado sobervio». El *arrepticus* o poseído (Fuero de Cuenca, XXV, II), en «desmemoriado» o «endemoniado y ante dado» (Fuero de Iznatoraf) (21).

No hay por qué insistir sobre este punto. Queda dicho lo suficiente para tener idea de cómo la evolución, mucho más rápida y certera en el aspecto médico que en el jurídico, tenía que desequilibrar, digámoslo así, la necesaria comprensión entre médicos y juristas, ocasionando divergencias en la interpretación de los hechos relativos a las denominadas enfermedades mentales (22).

El que no se haya ido por el camino recto, sobre todo desde el momento en que el *arrepticus* se trueca en mera nosología, no debe constituir un serio motivo para cambiar de ruta. De esto me ocupo a continuación.

*Imperiosa necesidad de coincidir en un punto de armoniz útil al hombre como persona, en su doble aspecto jurídico y biológico.*

La terrible antinomia del pensamiento jurídico y el pensamiento médico, basado el uno en abstracciones y el otro en realidades objetivas, ha sostenido una secular lucha. En el fondo, los contendientes partían, como hemos visto, de distintas apreciaciones sobre la vida humana. Particularizando, vemos claramente que no es posible compaginar la concepción católica de la existencia hominal con el *personalismo* de Stern, o con la *teoría estructural* de Spranger. Es inútil que nos engañemos con hipócritas concesiones.

Pronto hemos de ver que si no quiere la Humanidad sumier-

(21) ALFONSO GARCÍA GALLO, catedrático de la Universidad de Madrid: *Curso de historia del Derecho español*, Tomo II, vol. I, págs. 95 y 96. Madrid, 1950.

(22) ANTONIO PIGA: *El léxico médico y la Jurisprudencia*. Conferencia dada en la Real Academia de Jurisprudencia el 11 de mayo de 1951. «Revista de Medicina Legal», año VI, mayo-junio, núm. 62-63.

girse en los abismos de situaciones absurdas, conviene meditar con estoica serenidad y buscar salida en el dédalo en que se halla.

Muchas de las dificultades para cohonestar el pensamiento jurídico y el médico han dependido de una positiva recíproca ignorancia.

Ni el médico ha contemplado los problemas jurídicos, fundamentales a fines de la vida social, ni el jurista ha admitido, en múltiples ocasiones, las verdades indiscutibles que la Medicina—en la amplia concepción de la palabra—le ha ofrecido con el más íntimo convencimiento. No es, a mi juicio, que sistemáticamente haya rechazado el Derecho el apoyo de los conocimientos emanados del saber médico. Lo demuestra la misma existencia de la Medicina legal. Es que, en ningún momento histórico, la Medicina se ha sostenido doctrinalmente con la firmeza necesaria para servir de base a una concepción jurídica durable y consistente. Los conocimientos biológicos son, por lo general, provisionales. Hay, sí, ya lo hemos dicho, verdades innegables, pero en conjunto no es así. La fe en la ciencia es movediza, flúida, y en todo momento advierte que un nuevo hecho, un nuevo hallazgo, derruirá el edificio penosamente logrado, dejando al descubierto nuestra eterna imposibilidad de alcanzar terrenalmente una suprema verdad.

Las ideas filosóficas han contribuído a sostener la pugna entre la abstracción básica en el pensamiento jurídico y la objetividad de los hechos *necesarios* en el pensar del biólogo. Recordemos, por ejemplo, que Berkeley propuso la *duda radical* acerca del mundo exterior. El mundo real, decía, es un mundo de espíritus y su característica la capacidad de producir ideas.

### *El espíritu hispánico de coordinación médico-jurídica.*

El espíritu hispánico de coordinación médico-jurídica merecería un extenso trabajo monográfico. Representa un vivo deseo de aproximar lo que jamás debe estar separado. Si el Derecho es vida, mal puede comprenderse apartado de lo vital.

He señalado algunas, no todas, las razones de la antinomia entre el pensamiento médico y el jurídico. No es cuestión de pedir responsabilidades por tan lamentable escisión. Más bien hay que recordar el *Equivádion* de Epicteto y decir con él: «Quédese para los ignorantes echar a otros la culpa de las cosas... El que empieza a instruirse en la Filosofía de todo se echa la culpa a sí mismo. Y el que ya está instruído, no culpa a nadie, ni a sí mismo, ni a los demás».

Me limitaré a señalar con el debido elogio la labor de eminentes juristas españoles que, sin descanso, han trabajado en pro de una recíproca comprensión de psiquiatras y penalistas, de jueces y médicos especializados en materia de Medicina legal.

Considero un deber situar en el plano más destacado las eminentes figuras de los profesores Cuello, Calón y Castejón. A su

lado, hay que situar otros, también, ilustres, de los que citaremos su aportación al problema. Y tengo por seguro que en este Congreso podremos informarnos de tendencias parecidas en otras personalidades del Derecho y de la Medicina luso-americana.

Es vulgar para cuantos me escuchan que el Derecho penal se ha querido considerar como una ciencia positiva construida con el auxilio de un método técnico-jurídico; que se llegó a considerar el Derecho penal como una ciencia de Derecho exclusivamente positivo, en virtud de procedimientos abstractos. En suma, la famosa *Dogmática del Derecho Penal*. Esto permitió a muchos prever peligros próximos y remotos y decir, con inimitable justeza, que el método lógico-formal, con su tendencia analítica, aparejaba, entre otros vicios, el de contemplar la acción delictiva como un compuesto de más o menos elementos, perdiendo el delito su sentido de acto total y orgánico cuando precisamente era esta contemplación la que había ganado el ánimo de los penalistas contemporáneos (23).

El profesor Castejón (24) resumió su pensamiento diciendo que «a través de las variadas concepciones de la Medicina legal, desde aquélla que la limita a pericia médico-judicial, a la que abarca la total ciencia de la Medicina legal y social, se llega a la conclusión de que así como la necesidad de conocimientos psiquiátricos en los juristas es principio incontrovertido en Derecho penal, del mismo modo se va afirmando la idea de que la justicia penal, para ser eficaz, ha de enjuiciar la total personalidad del delincuente, que no puede ser aprehendida y juzgada sin que a la alta misión del magistrado cooperen diversos técnicos en materias relacionadas con el Derecho penal y entre ellos los médicos legistas, no como auxiliares, sino como colaboradores».

La ponencia del profesor Cuello Calón, «La preparación criminológica de los llamados a intervenir en la administración de la justicia penal» (25), tuvo el mismo definido propósito de estrechar la conexión médico-quirúrgica en la aplicación penal. ¡Nobles palabras las suyas! No propugnaba por la desestimación de la objetividad del delito, pues su abandono, decía con plena razón «conduciría a la desaparición del Derecho penal». Pero con su autoridad de maestro, inspirado en las más puras normas de un irreprochable científicismo y amor a la verdad, añadía estas palabras que es preciso reproducir sin la menor alteración: «Las investigaciones incesantemente realizadas por los antropólogos, los biólogos, los psicólogos, los cultivadores de la Sociología sobre los delincuentes y sobre las múltiples formas de aparición de la crimi-

(23) JUAN DEL ROSAL: *Acerca del pensamiento penal español*. Ed. Aldecoa. Madrid, 1942.

(24) FEDERICO CASTEJÓN, catedrático excedente de Derecho penal y Magistrado del Tribunal Supremo: Conferencia pronunciada en el I Congreso Español de Medicina Legal. Madrid, mayo de 1942.

(25) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, tomo I, pág. 34; S. TEJERINA: *Derecho penal español*, 3.<sup>a</sup> edic. Madrid; Reus, 1942, I, 246.

nalidad y sus factores, han puesto de manifiesto que, a diferencia de lo que antes se creía, no es posible concebir el hombre criminal como único tipo.»

Además, la cruzada—de tal puede calificarse—emprendida por el citado penalista español, se ha ampliado con la realizada por sus discípulos y colaboradores... Y, si tanto en la Universidad de Barcelona, como en la de Madrid, ha mantenido encendida la antorcha que ha tendido a plantear los problemas del Derecho penal en la cumbre de las dos vertientes médico y jurídica del saber contemporáneo, el profesor Pérez Victoria, eminente discípulo de Cuello Calón, hoy catedrático de Derecho penal en la capital catalana, ha seguido sus huellas con inusitada brillantez. Y otro de sus discípulos, también catedrático de Derecho penal, el profesor Serrano Rodríguez, ha contribuido al raudo caminar de estas tendencias con notables trabajos, de los cuales nos ocuparemos en otro lugar (*Psiquiatría Católica*).

En verdad, puede hablarse de un pensamiento hispano sobre la materia que nos ocupa: Tendría como característica esencial estar impregnado de realismo, sin reminiscencias de extremismos conceptuales. No ha admitido la predeterminación causal de los actos humanos, ni menos aún «el delito como destino» (J. Lange). No ha sido sectario y en ningún momento usó la violencia como recurso, mal recurso, de su posición doctrinal. Abierto de par en par al progreso de la Psiquiatría, la Antropología, la Biología y la moderna Psicología, ha sabido mantener firmemente posición defensiva de las puras esencias del Derecho y rechazado o no admitido cuanto constituye el impuro légamo de la pseudo ciencia o de irresponsables atrevimientos.

No sería justo silenciar el interesantísimo aporte al problema de J. Masaveu. Pretende, según la precisa idea de J. del Rosal, aunar conjuntamente los esfuerzos científicos de la Criminología en sentido amplio con el Derecho penal (26). Así pensamos nosotros.

Abogamos porque la nobilísima idea de establecer íntimas conexiones intelectuales, propugnada por eximios penalistas, se convierta en una cercana realidad, no para reproducir los campos de Agramante, sino con la definida voluntad de escucharnos recíprocamente. Ello serviría, como ha dicho certeramente Alexander H. Pekelis, profesor de la Nueva Escuela de Investigaciones Sociales de Nueva York (27), para establecer un control de sentido común sobre muchas cuestiones. Pero eso, naturalmente, exige una previa preparación que fácilmente puede caer en el defecto de convertirse en un conocer técnico carente de la utilidad. No es preciso que el

(26) J. MASAVEU: *Hacia una teoría de horizontes para la Medicina legal, la Biología criminal y el Derecho punitivo*. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1943; págs. 498-514. »

(27) ALEXANDER H. PEKELIS: *The Case forma Jurisprudence of Welfare*. «Social Research», 1944.

penalista aprenda el empleo de determinadas pruebas exploratorias de las funciones psíquicas o los procedimientos habituales de Antropometría, sino el alcance que puede darse a esos métodos. Para esto, se dirá, están los peritos, pero yo considero que la realidad demuestra la frecuente insuficiencia de una peritación rutinaria, rara vez decisiva, como elemento informativo dentro del marco del ritual procesal. Así se conseguiría una experiencia judicial íntegral, «como fusión de ciertos aspectos típicos de la mente con el mundo externo de los hechos». Este puede ser el fundamento, si no estoy equivocado, de la Filosofía jurídica integralista de Jerome Hall (28).

## 2.º *Significado del tema.*

Cumple, ante todo, precisar el significado del tema. En verdad, el concepto de «valor» es muy antiguo, pero actualmente se le ha definido de muy diversos modos. Al hablar del «valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal», debemos explicar lo que es el tema. Así podremos desarrollarlo con rigurosidad doctrinal.

Nos hallamos frente al mundo exterior y queramos o no observamos desigualdades físicas y espirituales en las cosas y en los hombres.

Unas y otros «valen» más o menos. Estamos jerarquizados con arreglo a normas de estimación observables en todo momento. Las normas de valor, sin embargo, plantean innumerables problemas que no pretendemos resolver científicamente, porque se ha comprendido que la ciencia no lo resuelve. Y por ello, se ha dicho, impónese acudir a la Filosofía.

Es posible que en nuestros afanes culturales, científicos y filosóficos hayamos desbordado cuestiones de positiva conveniencia a los fines sociales. Interesa mucho ciertamente resolver en Derecho la cualidad objetiva de valor. Con lo que sabíamos, el mundo caminaba, aunque fuese con tanteos. Con lo que queda por saber es difícil adivinar a dónde se llegará. Desde luego la Gnoseología moderna ha alcanzado cimas insospechadas, y desde von Ehrenfels (Praga) y von Meinolg (Graz), hasta hoy, la filosofía de los valores es simplemente un edificio majestuoso. Cabe preguntarnos, no obstante, si la magna tarea ha resuelto ¡ un solo problema social ! u orientado la solución de la difícil vida del hombre contemporáneo. Acaso se esté fraguando una revolución ideológica trascendente en los destinos de la Humanidad, un terrible Apocalipsis. Pero, ¡ cuidado !

Es evidente la labor ingente de la Axiología y su sutil penetración en el pensamiento científico general, y por ende, en la

---

(28) JÉRÔME HALL: *Integrative Jurisprudence*. Interpretations of Modern Legal Philosophies. New York, 1947. Traducción española: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires.

esfera del Derecho penal. Más adelante indicamos brevemente lo que, en resumen, nos parece oportuno recordar.

Deseamos discurrir sobre el valor del diagnóstico psicomédico, sobre su trascendencia penal y jurídica. Sólo señalando los puntos de vista generales, los amplios criterios que hoy existen acerca de lo que representa el quehacer del médico legista como colaborador del Derecho penal, es como podremos, en mi opinión, dar margen a la colaboración de todos con la finalidad de ser útiles a la sociedad y a la justicia.

## II.—LA PSICOLOGÍA MÉDICA COMO BASE DE LA PSIQUIATRÍA JUDICIAL

Hay acuerdo unánime en exigir conocimientos psicológicos al psiquiatra. La exigencia es todavía mayor cuando éste, el psiquiatra, aborda las cuestiones psicodiagnósticas en lo criminal.

No basta con un diagnóstico. Esta opinión está sostenida por ilustres médicos. Así, el profesor Alberca Lorente ha dicho en uno de sus notables trabajos lo siguiente: «Hasta de procesos auténticamente demenciadores cabe decir que no basta con diagnosticarlos para concluir la eximente. Yo mismo me he afanado en recalcar que casos de esquizofrenia que tienen un comienzo solapado con trastornos de gravedad parejas a las que las psicopatías, sólo constituyen atenuantes. Y que lo mismo ocurre respecto a los cuadros residuales de la esquizofrenia, según el criterio de Koopmann y Niedental, que asegura que esquizofrénicos curados pueden considerarse responsables con tal de que haya transcurrido un año al menos desde la salida del manicomio, reincorporándose a la vida social, que la enfermedad no prosiga insidiosamente, que no se concrete efectivamente una alteración del pensamiento durante y después del hecho delictivo y que la realidad del delito no muestre particulares influjos patológicos. Y análogamente Bostroem, respecto de los paralíticos curados...» (29).

Tiene razón el eminente psiquiatra. Además, su actitud, irrepachable científicamente, no niega la libertad de querer en todos los casos y por ende una presunta responsabilidad en el hecho delictivo. Es un ejemplo de la armonía que puede y debe existir entre el Derecho penal y la Medicina, que no tiene la misión de exculpar sistemáticamente a todos los criminales, sino de valorar la libertad moral que en ellos había cuando cometieron el acto criminoso. Más; para ello, esto es, para que el diagnóstico psicomédico sea imparcial, correcto y útil a los fines penales, habrá de basarse en los conocimientos de la Psicología médica, pues en no pocas ocasiones el problema no es psiquiátrico, sino simplemente psicológico.

Por su parte, otro ilustre maestro, el profesor López Ibor,

(29) Profesor R. ALBERCA LORENTE: *La peligrosidad en el comienzo de las psicosis*. Murcia, 1948. Publicaciones de la Universidad de Murcia.

corroborar el criterio de Alberca. «En muchas ocasiones, el perito se ve forzado al análisis de la psicopatología del enfermo y no puede contentarse con establecer un diagnóstico». Y añade: «No se puede soslayar la cuestión dividiéndola en dos partes: una, el establecimiento de un diagnóstico, y otra, la deducción de unas consecuencias con valor jurídico, atribuyendo la primera al psiquiatra y la segunda al juez. El perito debe aportar al conocimiento del delincuente y de las circunstancias del delito todos sus conocimientos y su experiencia psicopatológica» (30).

Podríamos aducir más opiniones análogas a las anteriores. No lo consideramos indispensable porque el aserto es convincente. En el fondo, equivale al valor de individualización del agente criminal. En todo hay grados. El insigne profesor Maestre hablaba de que el médico forense tuviera siempre en cuenta «las circunstancias del caso». El profesor Guija habla de una «Metódica funcional». Un simple diagnóstico no puede resolver—en mi opinión nunca o casi nunca la ha resuelto—una necesidad procesal. Los Magistrados y Jueces no se dejan—y hacen bien—influir por la ampulosidad de conocimientos científicos más o menos reales y exigen pruebas y razones de lo que el psiquiatra forense dice. Proceden con las naturales cautelas y hacen perfectamente, repito. Porque muchos peritos «devorados por la especialidad», como decía con ingenio el inolvidable Sanchiz Banús, son capaces de etiquetar con afiligornado diagnóstico a una persona que, según otros peritos, no presenta no ya una auténtica enfermedad mental, sino ni siquiera los caracteres de una personalidad anómala. Fácilmente se comprende la perplejidad del juzgador en semejantes ocasiones. Esto ha dado lugar a graves censuras, no siempre fundadas, y desprestigiado en parte la trascendencia de la peritación forense, principalmente en materia penal.

Desde esta tribuna, en donde no defendemos la irresponsabilidad de ningún acusado, podemos asegurar que el valor diagnóstico psicomédico en lo criminal es hoy tan grande como la mayor parte de las técnicas criminalísticas sobre las que rara vez se discute y que integran, por su objetividad, la prueba científica de la ley. Para que así se admita es indispensable que el psiquiatra forense o el forense psiquiatra posea una formación completa en materia psicológica y criminológica, además, claro está, de una definida actitud religiosa y de severa deontología profesional. El valor del diagnóstico psicomédico hállase íntimamente conexionado con las ideas filosóficas y aun sociales del perito, pues si hacer un diagnóstico de una psicosis o de una demencia es cosa al alcance de cualquiera, analizar con la exactitud posible el hecho delictivo, determinar si el agente es o no un verdadero enajenado, poner en claro si una alegada anomalía de la persona era o no ma-

---

(30) Profesor J. J. LÓPEZ IBOR: *La responsabilidad penal del enfermo mental*. Discurso de recepción en la Real Academia de Medicina de Madrid.



nifiesta con anterioridad al crimen, poner los hechos en la balanza de un recto juicio sin buscar deliberadamente un efecto de paralaje para que resulte aparente, no real, que uno de los platillos está más bajo que el que a nosotros nos conviene, sólo puede hacerlo quien, además de saber Psiquiatría, es un hombre cabal y responsable ante sí mismo.

La Psicología médica es indispensable a quien actúe como perito en materia penal ante los tribunales de Justicia. Pero dentro de la Psicología habrá de fijar atención preferente a una serie de problemas de los cuales vamos a hacer una somera indicación.

Ya he indicado anteriormente el trascendental interés de los conocimientos psicológicos en los problemas delictivos. Ahora me interesa recalcar que hay casi unanimidad en no admitir la concepción de las medidas psíquicas en el sentido que quiso darlas Fechner (J. Vicente Viqueira). Hay, sin embargo, una serie de medidas posibles. Personalmente creo poco en el valor de las medidas psíquicas. El psicólogo o psiquiatra forense deberá fijar un criterio sobre este asunto.

Más importante que cuanto se refiere a las medidas psíquicas—al fin y al cabo de clara estimación valorativa. Importante en los umbrales de percepción, en la medida de amplitud de atención, en la curva del olvido, etc.—, es la posición del perito acerca del actualismo o del paralelismo epifenomenista y monista. Se ha dicho justamente que en cada serie lo físico y lo psíquico no pueden explicarse por sí. A esto se refiere. L. Busse en ingeniosos y demostrativos ejemplos (31). Lo físico no traduce exactamente lo psíquico. Así lo han probado muchos psicólogos: Elsenhans, Driesch, etc. (32).

#### a) *El problema del libre albedrío.*

Con magnífica claridad ha sostenido el Profesor de la Universidad de Santiago, el Presbítero señor Torres Rodríguez, la innegable verdad de que el Derecho penal, juntamente con el Derecho político, han seguido de cerca los movimientos de la Filosofía en contraposición al Derecho privado. Los problemas fundamentales del Derecho penal hanse internado en dichos movimientos y enfocado con luz filosófica. Por eso serviría de poco el pretender soslayar el problema del libre albedrío, considerándolo metajurídico o falto de interés en pura técnica jurídica, pues sin libre albedrío no tiene sentido una norma obligatoria ni una sanción penal, ni, en definitiva, el mismo Derecho penal.

«Dejad a salvo la voluntariedad del acto—se ha dicho—y no nos preocupemos del libre albedrío.» Lo que en verdad es absurdo, porque sin acto psicológicamente libre no puede haber acto vo-

(31) L. BUSSE: *Geist und Körper*.

(32) DRIESCH: *Leib und Seele*, 2.ª edic., 1920.

luntario. Se bordea con falta de decisión o cuando no con hipócrita actitud una posición clara que admita o no las facultades anímicas, y se olvida que encontrar la «unidad entrañable del sujeto psicológico es la tarea fundamental de la moderna Psicología y del pensamiento filosófico moderno. La realidad psicológica se expresa por el trinomio *conducta, vivencia y acto*. En esta realidad unos vemos el alma, otros no.

Ahora bien, la realidad psicológica cabe contemplarla desde distintas atalayas. Cuando el proceso de la vida fisiológica se identifica con el de la vida psíquica, como Scheler sostenía, y son «rigurosamente idénticos ambos procesos desde el punto de vista ontológico», confirmase la doctrina de que el alma es forma esencial o sustancial del cuerpo. El tomismo se nos aparece con su grandiosa magnificencia. Cuando nos apartamos de la verdad nos sumimos en la más aterradora de las oscuridades. Realizamos enormes esfuerzos por explicarnos y explicar lo inexplicable. Surgen cada día nuevas ideas que de momento adquieren inusitados resplandores. Se aceptan aun sin tiempo de convencerlos, sin adquirir la experiencia—frase de Carlyle—de su importancia médica, científica o social. Después agonizan y caen. Y se repite el ciclo.

Para nosotros, el problema de la libertad de querer es, tanto para el Derecho como para la Psiquiatría forense, de tal importancia y dificultad, que no hay otro que le sobrepase. Por ambas razones obliga a la máxima circunspección y cautela en su desarrollo, pues del mismo se deducen muchas consecuencias doctrinales y no pocas en el aspecto pericial. Precisamente por la dificultad del tema hácese indispensable el tener en cuenta en su más íntima estructura las ideas fundamentales de quienes han reducido todas las facultades psíquicas a la sensación.

Nadie ignora que para Condillac (1715-1780), las sensaciones, transformándose, explicarían el dinamismo psíquico.

El juicio era una mera combinación de sensaciones. El «yo» la suma de sensaciones presentes unidas a las del recuerdo. La voluntad el más poderoso de los deseos. La sensación sustituía a la inteligencia y a la voluntad. *Ni una ni otra serían facultades*.

El sensualismo objetivo fué «el materialismo» de Holbach. Teóricamente absurdo porque confundía el espíritu y la materia. Llegó a la conclusión de que el mundo está regido por un determinismo absoluto. Es ateo. Y dirá con L. Buchner: «No hay fuerza sin materia, ni materia sin fuerza» (33).

---

(33) Existe una arquitectónica celular de la corteza cerebral que ya entrevió VICQ D'AZYR, distinguiendo en la parte occipital de la misma una estría miélica blanca. Después, numerosos investigadores. En algunas zonas, la analogía de estructura es paralela a la analogía sensorial.

El estudio de variaciones arquitectónicas individuales, normales y patológicas, parece que debiera haber conducido a sorprendentes hallazgos. ¡Qué maravilloso hubiese sido poder leer en la corteza la señal del talento de la raza o de una psicosis determinada! En verdad, casi toda la problemática queda en pie. Vid.,

El sensualismo de Condillac constituyó la base metafísica de la Enciclopedia. Se da en la época en que Diderot más se asemejaba a un energúmeno que a un filósofo; en que Helvecio considera que vicios y virtudes son cosas relativas, y en la que Cabanis llega al extremo de sostener que la moral es lo físico considerado «desde ciertos puntos de vista».

A pesar de ser sensualista, la figura de Maine de Biran resulta menos extravagante y más ligada a un recto sentido de nuestra propia introspección, que nos alecciona en cada momento que hay en nuestro ser algo *no dado* por las meras sensaciones, por efectos de la sensorialidad. La reflexión interior, según decía Maine de Biran, nos deja al descubierto, con singular evidencia, que no somos algo inanimado, algo como pudiera ser un objeto inmaterial, ni siquiera como un ser dotado de vida, puesto que percibimos, además de las sensaciones, un «yo» que *quiere y piensa y siente* junto a un «no yo» que nos rodea. Es decir, la materia de que hablaban los antiguos filósofos, lo que daría lugar, mediante los sentidos, a todas nuestras sensaciones y en cuyo fondo estarían los átomos de Demócrito, el espacio donde se generan las «cosas» de Platón, la Naturaleza de Aristóteles, la forma unida a la materia (34).

Negar el alma y hacer de toda la vida psíquica un mero juego de sensaciones convertidas en actos complejos de diferente categoría, es evidentemente absurdo. En ningún caso comprendemos una evolución psíquica que naciendo de la *nada* se convierta en *todo*.

Las ideas de Víctor Cousin, despojadas de sus resabios pantheistas, son dignas de ser conocidas y en mi opinión constituyen una sólida base para formar un claro concepto de cuál es el mecanismo psicossomático de la «libertad de querer». Tales ideas no son ya las del mismo Cousin, sino las de su discípulo Jouffroy.

Para Jouffroy los hechos sensibles no eran todo lo que el hombre puede observar en su vida. El hecho sensorial correspondía al cuerpo, pero hay algo más que correspondía al alma. «Yo—decía—estoy continuamente informado de lo que pasa en mí, de mis pensamientos, de mis sentimientos, de mis voliciones. Sé que soy *uno e idéntico*. El pensamiento, el sentimiento, la volición, la conciencia de unidad e identidad, escapan a los sentidos exteriores, de la misma manera que los órganos de los sentidos escapan a la conciencia. Esa conciencia es un medio de observación, esto es, un medio de descubrir verdades de hecho, como las descubiertas por los sentidos. El destino del hombre comprende tanto lo actual como lo que ha de ser. EL HOMBRE ES UNA FUERZA LIBRE, sin perjuicio

---

entre otros, ECÓNOMO: *L'Architecture cellulaire normale de l'écorce cerebrale*. Masson et Cie. Edit. Paris, 1927.

(34) H. PERDIGAU: *As Escolas Filosóficas a través dos tempos*. Porto, 1942.

de aceptar un estado de receptividad anímica bajo la influencia de dos principios de acción, uno, que tiene por móvil el interés o el deseo, otro intelectual o de la concepción del bien moral. El motivo de interés solicita; el motivo intelectual decide.»

*El hombre es libre en tanto que pueda situar ante el deseo — como motivo determinante de la voluntad — otro motivo intelectual. Este último, si es de carácter moral y el primero no, debe prevalecer. Y puede, por libertad de la voluntad, ser el prevalente.*

Debiera ser prevalente el motivo ético que la inteligencia pone ante la decisión del Yo siempre. Si lo fuese en todo momento y la Ética coincidiese en todo momento con la Ley, el delito sería imposible. Pero no siempre ocurre así, bien sea porque el acicate del deseo, del anhelo del placer es demasiado enérgico para la fuerza del «yo» y éste se rinde, bien porque la motivación intelectual, decisoria de la acción, no está considerada por los Códigos o por las normas sociales, religiosas, políticas de una época histórica como libre responsabilidad, bien por causa morbosa.

En el primer caso, el hombre se ha determinado con libertad relativa y con plena conciencia de su determinación. En el segundo, la libertad de elegir ha sido absoluta y la elección volitiva consciente. En este último supuesto, las influencias exógenas, incluso el temor al castigo, pueden estrellarse ante la firmeza del querer. La intimidabilidad sólo se admite para hombres de conciencias movedizas, sin ideas prevalentes ni voluntad firme. La casuística es enorme y clarísima. Es la clave explicativa del supremo desdén de los mártires para sus verdugos.

Entiendo por «voluntad firme» la del hombre que tiene presente en su conciencia un valor intelectualizado e insobornable ante apetitidades sentimentales, afectivas e ideológicas. No existe como mero acto de voluntad, sino como una suma de un valor intuitivo o racionalmente asentado en el Yo. El íntimo convencimiento del sabio tiene rasgos comunes, en el sentido que damos al problema, con la fe del creyente. Por eso ambos alcanzan el pináculo en la jerarquía de los valores y en ellos se dan los más magníficos ejemplos de firmeza en la voluntad.

Aún cabe añadir que en la voluntad firme influye el juego de mecanismos atencionales que impiden el olvido total o parcial del valor intelectualizado: patria, honor, virtud, etc.

El que no siempre sea firme la voluntad se comprende fácilmente. Basta que haya ante el «Yo» una constelación de motivos, incluso antagónicos. Basta también con que el raciocinio no logre la autodemostración precisa para fundamentar con solidez un motivo o que la afectividad, con violencia acaso, se interpone entre los motivos. Una nota sentimental hará variar el acorde volitivo. Un desprecio es suficiente para producir un cambio en el querer.

Nadie ignora el interesantísimo problema de la correlación entre lo psíquico y lo somático y de lo somático sobre lo psíquico,

no sólo en cuestiones de carácter, sino en la determinación de actos delictivos (35).

Todavía más. Seguimos con interés creciente los estudios sobre la casualidad psicósomática. Quien no lo haga quedará estancado en el remanso de un ayer y se hará incompatible con hallazgos verdaderamente maravillosos.

En el fondo, esto no es totalmente nuevo y es evidente que el soma tiene una influencia sobre el psiquismo. Mas lo interesante es el no sobrepasar la línea de opiniones razonable, o mejor dicho, de opiniones basadas en hechos experimentales probados. Cosa muy distinta es querer atribuirlo todo a lo somático o llegar a sostener que «el mundo físico tiene un substrato mental» (Henry Weyer).

De todas suertes resulta desmesurada cualquier pretensión sobre algo definitivamente logrado. «El estado actual de la ciencia médica—ha dicho justamente J. Solé Segarra—, no permite resolver satisfactoriamente la cuestión fisiológica de las relaciones intrínsecas entre cerebro y psique, por no decir entre cuerpo y alma.»

Todo lo dicho se refiere, lo más concretamente posible, a la libertad de querer y no al modo de ser psicológico de la voluntad. A. Willwoll llama «libre» no al acto de la voluntad, sino al yo.

El Padre J. A. de Laburu recuerda que para Spencer el acto voluntario se diferencia del involuntario en que en el primero la acción se imagina antes de ejecutarse y las opiniones de H. Ziehen, Ribot y Janet, que no admitieron como causa de la acción llamada voluntaria elemento distinto del cognoscitivo. Y se enfrenta con las ideas de Wundt, que en su «Psicología voluntarista», pone la esencia del acto volitivo en el afecto, afectos y sentimientos (36).

Estamos de acuerdo en que el entendimiento propone a la voluntad los objetos bajo el aspecto de bienes o valores «que le son convenientes a la voluntad». En mi opinión, a la conveniencia que proyecta sobre el yo, pues la voluntad, inmaterial, radica en el yo, expresión del componente psicósomático de la persona humana. Así lo admite el tomismo. «Todo lo que sea un bien, tiene *valor* para motivar el acto volitivo» (J. A. Laburu).

Estas ideas permiten comprender fácilmente la relación voluntaria entre un hecho criminal y la voluntad de realizarlo, salvo casos patológicos. Así lo he creído siempre, sin perjuicio de lo cual fuí motejado, hace no pocos años, en unión del inolvidable Profesor Lecha Marzo, por un eminente penalista, como uno de los *dos últimos* lombrosianos españoles. Esto no empece para admitir el genio de Lombroso y la importancia de algunas de sus observa-

---

(35) Dr. J. SIMARRO PUIG: *La casualidad somática en Psiquiatría y los mecanismos de la interrelación entre soma y psiquismo*. Edit. Paz Montalvo. Madrid, 1950.

(36) *Psicología Médica*. JOSÉ ANTONIO DE LABURU, S. J. Editorial Mosca. Montevideo, 1942.

ciones. Como tampoco impide nuestra posición, la que desarrollamos en esta ponencia, a que en algunos casos admitimos el valor de un psicoanálisis, siquiera deba ser objeto de individual estimación (37) y no afectar a los principios fundamentales de la filosofía católica (38).

b) *Los problemas del yo y del no yo.*

La idea de que un ser humano pudiese vivir sin su Yo, ha sido sostenida por dudar de que el Yo del hombre fuese una necesidad esencial del mismo. El carbón que se quema en el hogar arde sin consciencia yoística de su combustión. El microbio, que vive y es capaz de originar la muerte de un ser humano, no está demostrado que se halle en posesión de un Yo. Multiplicar los ejemplos es fácil. Mas recordemos que el carbón no tiene vida, ni los demás seres son el hombre.

Todo fenómeno consciente está en relación con el Yo. Es capaz de influir sobre el estado de consciencia (Lehmann). Puede quedar pasivo, pero nunca, en estado de normalidad psíquica, dejará de ser idéntico asimismo (Müller-Freinfels).

En el conocimiento del Yo se halla como espectador respecto al contenido de lo que se conoce; en los sentimientos, existe la impresión de que el Yo está íntimamente afectado; en el querer, aparece como creador, «La causalidad sale del Yo» (Fröbes) (39).

No creemos que el Yo sea una abstracción. La tristeza en mí es «mi tristeza».

Advertimos las condiciones lógicas que Kafka y otros han señalado, en cuanto a que, en el mismo acto consciente, sujeto y objeto sean lo mismo y diferentes. Personalmente no veo la contradicción entre que un estado de tristeza sea percibido como tal por el alma y que resulten coincidentes las notas sentimentales como algo dado objetivamente, con su realidad subjetiva.

Cuando Ribot dice que el Yo consciente es la expresión psíquica de la unidad del organismo, aceptaríamos su definición, si no sostuviere que el organismo no es más que el propio cuerpo, con un criterio absurdamente materialista. Se sostiene, con razón, que este sentido materialista absoluto se va deshaciendo día por día en su insensata simplicidad.

(37) DR. MANUEL FRANCISCO BOCA: *Psicoanálisis y Criminología*. Comunicación al II Congreso Latino Americano de Criminología de Santiago de Chile.

(38) El argumento de la previsibilidad de los hechos naturales es al parecer importante, pues la necesidad propia del hecho es un concepto contrario a la libertad. Es común al empirismo y al conginitentismo. Saber es prever, diría Augusto Comte. La Naturaleza es inexorablemente inalterable e indiferente. Jamás se aparta de las leyes que la están impuestas (Galileo). Pero el espíritu no es la materia. La necesidad del ser coincide con la libertad del espíritu. La libertad no niega la necesidad—eventual, añadido—del ser. (GENTILE: *L'Esprit, Acte Pur*. Paris, Félix Alca, 1925.)

(39) JOSÉ FRÖBES: *Tratado de Psicología empírica y experimental*. Madrid, 1944.

El Yo, para Fichte, era la única verdad. Con él pretendió establecer la identidad de la materia y de la forma. Conciencia, objeto, materia y forma, todo quedaría resuelto por la reflexión del Yo. Nuestro Balmes consideró esta teoría como un panteísmo idealista elevado al más extravagante refinamiento.

Por su parte, Bergson introdujo en la Filosofía el concepto de *duración* y más tarde el de *intuición*, lo que presuponia la aceptación de un Yo capaz de intuir. Otros filósofos advirtieron la fragilidad de la razón humana, pero esto mismo indica la existencia del Yo razonador. Y Croce, Russell, Einstein, Spengler, Keyserling y otros muchos partían para sus teorías de la existencia indiscutible de un Yo que las criticase, admitiese o refutara.

Sin el Yo, agente concienciador del ser humano, seríamos una máquina organizada que reaccionaría a los estímulos energéticos. Sin el Yo no se comprende la conciencia, ni ésta sin el Yo, y sea cualquiera la posición ideológica del observador, tendrá que admitir, en su Yo, la existencia del «nuestro».

Se ha dicho que entre los salvajes se da el caso de que los sentimientos se proyecten fuera del Yo, mientras que entre los civilizados la proyección se hace en el Yo mismo. Mientras que el civilizado siente respeto ante el cadáver, el salvaje dice que el cadáver «está miedoso» y le hace objeto de un tabú (40).

La distinción entre el Yo y el no Yo se perdería en el sueño (41).

El «no Yo» integra el problema del mundo exterior al hombre. Sin comprenderlo sería imposible comprender, a su vez, la vida. Porque en ésta se da necesariamente una relación humano-cósmica.

La problemática del mundo exterior es inmensa y muy difícil (42). Aun prescindiendo de su aspecto filosófico puro ofrece no pocas facetas de interés pericial, como prueba de la realidad, lo que no obsta para darnos cuenta del profundo pensamiento de Zubiri cuando nos advierte de que la Física es cada vez menos ciencia de lo real y de que existe una crisis de determinismo por existir una crisis de la Geometría. La índole de este trabajo nos impide el considerarlo en toda su formidable profundidad.

---

(40) También, entre personas de poca cultura, suele darse esta proyección sentimental fuera del yo. Así, dicen que una fiesta *estaba* agradable, o fría, o insoportable. Proyectando nuestra nota sentimental sobre lo que *en sí* carece de cualidades afectivas. También se dice: «el paisaje estaba triste» y más frecuentemente: «No he visto cosa—espectáculo, reunión—que fuese más sentimental».

(41) Profesor PÉREZ ARGILÉS: *Lecciones de Psiquiatría clínica y médico-legal*. Zaragoza, 1941.

(42) Vid. Universidad de Santiago de Compostela: *El problema del mundo exterior*. Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico de 1948 a 1949, por el doctor JOSÉ PÉREZ VILLAMIL, catedrático de la Facultad de Medicina. Imprenta Paredes. Santiago de Compostela, 1948.

*Lo consciente, lo preconsciente y lo inconsciente.*

No es igual el significado de estos términos según el modo de entender el suceder psíquico. Fundamentalmente se plantea la cuestión de considerar que la consciencia es algo que se añade al suceder psíquico o sólo una simple «función de enlace entre los contenidos del psiquismo». Si aceptamos este último concepto, nos unimos al pensamiento de Wundt, con todas sus consecuencias doctrinales (43). Pero hay otras posiciones ante el problema.

Por ejemplo, el Padre Laburu (44) se pregunta si los hechos psíquicos inconscientes tienen por sí mismos actividades inconscientemente ejercidas e indica que ha existido cierta repugnancia a admitir la susodicha actividad. No niega la actividad del inconsciente porque no conozcamos su mecanismo, pues entonces podríamos negar la consciente, de la cual desconocemos su modo de realización. A primera vista parece que el argumento no es asaz categórico para admitirlo en un análisis de valor apodictivo. Examinado a fondo, hay que admitirlo. Porque, en verdad, desconocemos casi del todo todas las series de eslabones intermedios entre la sensación hasta el acto consciente de sentir (45).

Por lo demás, cuando la sensación se hace consciente, nos damos perfecta cuenta de su actividad, aunque muchas veces nuestro estado de consciencia se establece por un esquema mental de lo percibido, como lo ha sostenido J. von Uexküll (46). Esto tiene interés en la psicología del testimonio.

Es imposible soslayar—por su aparente importancia criminológica—el ideario de Freud. Sobre él, y todos lo sabemos, se ha escrito mucho y se ha fantaseado no poco.

Recordemos que para Freud la consciencia era un sistema mental con funciones psíquicas perceptivas (S. P. C.). A su lado, por el descubrimiento del «contenido» inconsciente, integrado, se dijo, por ideas y afectos en potencias que podían conscienciarse venciendo «ciertas» resistencias, debíamos colocar otro sistema mental

(43) WUNDT: *Sinnliche und Uebersinnliche Welt*, pág. 120.

(44) JOSÉ A. DE LABURU, S. J.: *Psicología Médica*. 2.<sup>a</sup> edición. Edit. Mosca Hermanos. Montevideo, 1942.

(45) Se está en camino de averiguar con pruebas experimentales la acción de la riboflavina en la retina, que con el estímulo de la luz podría originar el influjo nervioso óptico (THEORELL). Recientemente, von EULER encontró en la retina de numerosos peces cantidades aplicables de riboflavina a una concentración que corresponde a su máximo de fluorescencia. Transformaría las ondas luminosas cortas en otras mayores verde-amarillentas y jugaría un papel importante en la visión crepuscular de las ambliopías tóxicas. Los períodos de remisión de éstas se suponen debidos a la riboflavina persistente después de las modificaciones de los granos de cromatina de los núcleos, de los citoplasmas de las células ganglionares retinianas alteradas por el bloqueo del oxicitocromo. Los actos han sido para nosotros inconscientes, pero no podemos calificarlos de psíquicos. Yo he hecho algunos trabajos experimentales que pudieran dar significado fisiológico a lo que sucede entre el estímulo en el organismo sensorial y el acto consciente del sentir.

(46) J. VON UEXKÜLL: *Teoría de la vida*. Madrid, 1944.



inconsciente (S. Inc.) y, entre los dos sistemas señalados, estaría el preconscious. Esto es vulgarísimo, pero de trascendental interés. Como ha escrito F. Glover, establécense diferencias inconciliables entre quienes lo aceptan sin reservas, las aceptan de labios para afuera o lo repudian (47). Como caben, opino, posiciones de sana crítica desposeídas de dogmáticas afirmaciones que no descansan en innegables objetividades, resulta obvio recalcar la importancia de situarse o no entre los incondicionales del freudismo y los apasionados de Jung o, entre quienes no renunciamos a comprender la mente con arreglo a las normas y enseñanzas de los principios católicos en materia de Psicología. Sabemos, sí, que se nos tachará de psicólogos eclécticos y de emplear nuestras «reaccionarias energías» en una tarea anticientífica. Pero, científicamente, deseamos oponer los principales reparos que hallamos en las rotundas opiniones de nuestros contradictores.

¿En qué podemos fundar, por ejemplo, la instancia inconsciente del *superyó*? O, ¿en qué, un diálogo entre el *superyó* y el *yo* inconsciente? Desearíamos una explicación categórica de tan sorprendente actividad mental. Y la desearíamos porque, con ella, explican algunos desde la «psicopatía homicida» a la esquivez social; desde las perversiones infantiles, hasta al amor platónico.

Para Jung, la psique es la totalidad de los procesos psicológicos, y, comprende toda la experiencia. Añade que «contiene el alma y es más amplia que ella, porque el alma sólo es «la actitud personal del individuo hacia su inconsciente» (48). Por su parte, el Yo es la totalidad unitaria de nuestro ser psicosomático y está rodeado con el manto de la persona. Necesitamos mantenernos firmes para no caer desfallecidos a causa de nuestra ineptia mental, incapaz de comprender claramente tan supercientíficas ideas. No digamos nada tampoco de la hondura conceptual de la ley inherente a la estructura de la psique, según la cual las funciones son mutuamente complementarias o compensatorias entre sí. «Si el consciente es introvertido, el inconsciente es extrovertido, y recíprocamente» (Jacobi). O lo que se refiere al pensamiento y al sentimiento, masculino el primero, femenino el segundo. El Eros tiene feminidad, el Logos masculinidad; la *sombra* del hombre, masculina; la *sombra* de la mujer, femenina; el alma, la reacción de la personalidad ante el inconsciente, y su opuesto, la persona o reacción del individuo ante el mundo de los objetos. Aún más: el

(47) EDWARD GLOVER: *Freud o Jung*. Edit. Nova, Buenos Aires, 1951. Obra recomendada por la Asociación Psicoanalítica Argentina. Véase también SIGMUND FREUD: *Nowvelles conférences sur la psychanalyse*, traducido por ANNE BERMAN, Soc. Psyc. Gallimard, 1936.

(48) JACOBI: *Psychology of Jung*, 1943. JOLAN JACOBI: *La Psicología de C. G. Jung*. Monografías de Psicología normal y patológica. Publicada bajo la dirección de los doctores J. GERMAIN y J. M. SACRISTÁN, Madrid; C. G. JUNG: *La psique y sus problemas actuales*. Traducción directa del alemán por EUGENIO IMAZ. Madrid-Buenos Aires, 1935.

concepto de que el *ánimus* representa los elementos masculinos existentes en la mujer, y al *ánima* los elementos femeninos que posee el hombre. El alma y el *ánimus*, arquetipos naturales, son figuras primordiales del inconsciente. Habrían dado nacimiento a los dioses y diosas de la Mitología (49).

No entro en el estudio de los arquetipos, entre otras razones, porque rechazo su realidad. Sólo diré, asombrado de que algunos les admitan, pues entre ellos figuran «los mitos de la Creación, del Paraíso, del Nacimiento de la Virgen, el Eterno femenino y el Número 3». Sentimos un natural temor por el destino de la Humanidad si tales absurdos hubieran tenido una demostración científica. No podían tenerla. A nuestro juicio, lo más grave no es lo sostenido por el propio Jung, sino por su cohorte de admiradores, divulgadores y panegiristas.

Con lo expuesto hay suficiente, a mi entender, para reforzar mi tesis de que el perito ha de tener una formación psicológica y filosófica que le libre de errores tan lamentables como nefastos al Derecho.

El proceso de individuación de Jung nos recuerda en la frase y en el concepto el contenido doctrinal de dogmas religiosos orientales. Carece de significación científica para el psiquiatra forense católico. Tiene el encanto de la magia, de lo taumaturgico. Podrá servir para creaciones literarias. No, en nuestro concepto, para el diagnóstico psicomédico en lo criminal (50).

Nos deja perplejos la frase de Weizsäcker cuando dice: «Yo no discuto que el *espíritu* pueda ser un adversario del *alma*.» Suponemos que acaso quiere decir que la vida instintiva puede estar en pugna con la racional, lo que todos admitimos, y que está dentro de la ortodoxia. Pero negamos la validez de su definición de «hombre»: «*El hombre es un objeto que contiene un sujeto*» (51), aunque comprendemos que está dada con el sano propósito de evitar la objetivación constante en Medicina. También dudamos si hablar de sujeto tiene ventajas respecto de hablar de persona, aunque sí pueda tenerla en cuanto a los términos «todo» o «psíquico». Nos aferramos al dogma católico por entenderlo infinitamente superior a todos los demás y utilizable para todos los antropomorfismos de la Patología y todas las indagaciones sobre la esencia global del hombre y de sus múltiples y variadísimas reacciones de conducta. Tenemos que enfrentarnos con el enfermo-hombre, es verdad. Como tenemos que enfrentarnos con el criminal-hombre. Y será el hombre el objeto de nuestras pesquisas psicológicas y psicopatológicas.

(49) E. GLOVER. *I. oc. cit.*

(50) El doctor ROF CARRALLO ha tratado recientemente esta cuestión en la quinta conferencia del ciclo *El hombre desde su enfermedad*, desarrollado en el Ateneo de Madrid. Enero 1952.

(51) ¿No hubiera sido más claro decir que en la materia está el alma?

## III.—PSIQUIATRÍA CATÓLICA

En esta parte de nuestra ponencia precisamos medir las palabras para evitar lamentables confusiones.

Entendemos por Psiquiatría católica la que tiene como punto de partida la concepción católica de la vida y todas las manifestaciones psíquicas a la luz del Catolicismo (H. Bless) (52).

«Nosotros los médicos—ha escrito G. Janssens, Director de Woorbeng, en Vught—no hemos sido formados en ella—en la Psiquiatría católica—y estamos insuficientemente instruídos sobre este punto» (53).

Yo añado que gran parte de los psiquiatras y médicos legistas de diferentes naciones hemos tenido ideas muy confusas sobre problemas fundamentales. El desconocimiento de los principios católicos en materia de Psicología y de los fundamentos filosóficos del Catolicismo puede habernos inclinado hacia los senderos del error. Y como para entrar en los dominios de la Psicopatología es indispensable saber la Psicología general (54), es natural que no bastase con el inseguro sostén de los hechos y fenómenos logrados por las ciencias naturales sin controlarlos con las enseñanzas y normas de la *Philosophia Perennis*, sin reflexionar sobre el sentido y valor de dichos fenómenos.

Confieso ingenuamente que no hace muchos años hubiera estado disconforme con adjetivar en sentido religioso la Psicopatología, ni en su aspecto puramente clínico, ni en su modalidad forense. Hoy advierto la enorme distancia que en materia pericial media entre aceptar que el alma es principio único de las formas vitales humanas, determinante de la actividad del cuerpo del hombre; que la persona posee alma y cuerpo, sustancialmente unidos, formando un solo ser, una substancia completa, una naturaleza; que el alma informa al cuerpo uniéndose a la materia prima (55), o negar la unidad real del alma y del cuerpo con todas sus consecuencias.

Sabido es que el Tomismo distingue las facultades cognoscitivas de las apetitivas. La vida afectiva está dentro de las últimas. Unas y otras pueden ser inferiores, sensibles y orgánicas, o superiores, de conocimiento espiritual (inorgánico). La facultad cognoscitiva es facultad primera; la apetitiva, segunda.

La percepción supone un excitante o estímulo y tres factores

---

(52) H. BLESS: *Psiquiatría pastoral*. Trad. PEDRO MESEGUER, S. J. Madrid, 1942.

(53) G. JANSSENS: Introducción a la obra de H. BLESS.

(54) WIERRSMA: *Capita Psychopathologica*, pág. 4; cit. por H. BLESS.

(55) Dice H. BLESS que es libre en Teología la discusión sobre el modo cómo el alma informa al cuerpo. Esta libertad de criterio nos parece de excepcional interés. Desde luego, para Santo Tomás las almas son diversas, como consecuencia de las diversas disposiciones de los cuerpos.

conjuntos: el órgano sensorial, los nervios y el cerebro. Hay umbrales de excitación mínimo y máximo.

Nos enseñó Santo Tomás que algunas potencias del alma están en ella excediendo toda la capacidad corpórea. «Estas potencias son el entendimiento y la voluntad; luego estas potencias no están en ninguna parte del cuerpo» (Artc. VIII). *Si el alma está toda ella en cualquier parte del cuerpo* (*Summa Teológica*)

Ahora bien. A todo esto, ¿qué puede oponer la ciencia contemporánea? A mi entender, bien poca cosa. Santo Tomás marcaba los límites para la sensación, como cualquier fisiólogo moderno, y sostuvo que si el entendimiento entiende lo más supremo de lo inteligible, puede entender aún mejor lo inferior. No niega que el entendimiento necesita de las funciones sensitivas y por eso se fatiga «per accidens» (56).

Estas nociones son de alto interés para valorar la disposición del psiquiatra forense o del psiquiatra clínico, al emitir un informe como perito. El *reatus culpae* reside en la voluntad desordenada del hombre. Para que se pueda hablar de moralidad, dice Santo Tomás, hace falta que haya consentimiento libre.

Que el alma sea la que determina al ser humano y la actividad del cuerpo que informa; que el cuerpo es el elemento pasivo determinante: la forma según enseñó Santo Tomás, con luminosidad doctrinal que parece imposible que haya sido objeto de críticas, no podemos dejar de reconocerlo. Además, al mismo tiempo se nos advierte «que es libre en Teología la discusión de cómo el alma informa al cuerpo y se une a la materia prima» (H. Bless). Y siendo esto así, nos atrevemos a extrañarnos de que no se vea la amplitud de criterio para cuantos adelantos científicos pueden contribuir a la determinación de *ese modo* informativo, de esa influencia en la que cabe todo, todo menos el absurdo querer prescindir de la «*forma corporis*», que en vano se ha querido suplanar por electrones y micelas coloidales.

¿Podrá haber alguien que ponga en tela de juicio que el perito psiquiátrico forense tendrá, necesariamente, distinta concepción de los hechos psíquicos según que sea o no monodualista? Creemos que semejante suposición, en cuanto a su carácter de ser posible una unidad de criterio—por el hecho de que el diagnóstico sea el mismo—, es ilógica. Porque, en verdad, la aceptación del monodualismo va unida a la idea de la libertad moral, del libre albedrío. Mientras que otras posiciones ideológicas son por necesidad deterministas.

Entre nosotros se han hecho magníficas aportaciones al propósito de colocar la fenomenología psicosomática y los problemas más interesantes de la psicología humana dentro de la doctrina tomista. Insistamos en que nada se opone a que el biólogo o el psicólogo

(56) JULIÁN MARIAS: *La Filosofía en sus textos*. Tomo I, pág. 523. Madrid. 1950.

escudriñe y trate de averiguar el modo cómo el alma informa a la materia.

De tales aportaciones debemos destacar la del Profesor M. Serrano Rodríguez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela (57). En sus obras combate el determinismo de Ferri y demuestra que el hombre cerebral, que con su cerebro, consciente y voluntariamente se opone a los ciegos instintos sexuales—u otros—, es un *descubrimiento* á saz tardío. ¿Acaso no se dice, pregunta el Profesor Serrano, en una Epístola: «Hermanos: Renovaos en el espíritu de vuestra mente y revestíos del hombre nuevo...»? Y en aquella otra Epístola (Gal. V): «Proceded según el espíritu de Dios y no satisfaceréis los apetitos de la carne. Porque la carne tiene deseos contrarios a los del espíritu...» Me parece, por lo tanto, algo difícil demostrar la novedad de esa influencia en la «cerebración consciente y el espíritu», salvo en las palabras que, en mi humilde opinión, sólo son la expresión de una vulgarísima e inelegante tautología.

La doctrina sobre culpabilidad y pena excede de los puntos de vista de esta ponencia.

Tomando como punto de partida la concepción católica de la vida, expone H. Bless interesantísimas nociones de alto valor psiquiátrico. Con ellas se forma y desarrolla, dice, una Psiquiatría católica.

Empieza por sentar la verdad del *monodualismo*. Pone de manifiesto los errores monistas, materialistas y espiritualistas y su repercusión en el desarrollo de la Psiquiatría. Sostiene la doctrina tomista de que el alma racional es en el hombre el principio único de vida, tanto por su actividad vegetativa y sensitiva, como por su actividad intelectual. A continuación recuerda que se ha creído necesario encontrar la sede del alma (58). Siendo su naturaleza espiritual, es inútil querer investigar científicamente en esta materia. El alma es «*tota in toto et tota in qualibet parte*». Pero el alma, aun estando presente en cada parte del cuerpo, no la anima sino según la capacidad de cada parte de él.

Considera que el dualismo—Malebranche, Leibniz, Cadworth, Euler—es teóricamente insuficiente. El paralelismo psicofísico da idea inexacta de los caracteres material y espiritual del hombre, y L. Klages yerra «al considerar la actividad superior espiritual como contraria y nefasta para la armonía monodualista».

A todos estos errores opone la doctrina católica: «El hombre está constituido por un alma y un cuerpo, dos partes distintas, pero sustancialmente unidas de tal manera que forman un solo ser,

---

(57) Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela: *Culpabilidad y pena*, por el doctor M. SERRANO RODRÍGUEZ, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela. Julio, 1945. Santiago de Compostela.

(58) Cfr. el Quinto Concilio de Letrán, 1513.

una substancia completa, una naturaleza, un principio adecuado de ser y actividad, una persona humana, un individuo vivo».

*Considero que con lo expuesto tenemos argumentos sobrados para comprender que la formación religiosa, además de la específicamente clínica y criminológica, es condición indispensable para valorizar el diagnóstico psicomédico en lo criminal.* Porque este diagnóstico nunca estará en punto de servir los altos fines de la Justicia, sino en cuanto podamos ayudar a discernir justamente sobre la imputabilidad y la responsabilidad del agente; no sobre la pena, pues eso no nos incumbe.

Así, sin necesidad de adentrarnos en el panorama de la historia de las doctrinas filosóficas; sin recordar el diálogo de Kebes con Sócrates, ni las disquisiciones del Estagirita sobre el *Anima*, etc., podemos mantener un honesto juicio en los problemas del diagnóstico psicomédico en lo criminal, cuya trascendencia es más palpable cada día por el intercambio de ideas entre legistas, criminólogos y psiquiatras forenses (59).

Nada de esto significa que el perito haya de ser un filósofo y que conozca la doctrina del Doctor Angélico en toda su grandiosa profundidad. Sería absurdo e innecesario. Además, Santo Tomás no podía en su época comprender muchas cosas que el moderno psiquiatra comprende y se explica con claridad, precisamente porque todo fenómeno de conciencia es fisiopatológico y porque la persona humana es un todo indivisible (60).

(5.) Claro es que en nada se opone a la posesión de unas cuantas claras e indudables verdades, otras igualmente válidas, que complementan nuestra formación cultural y religiosa. Así, tal ejemplo, lo que dice en *De principiis*, por ORÍGENES, referente al alma del Salvador: «Nadie me quita mi alma», «Triste está mi alma hasta la muerte», «Ahora mi alma se siente turbada» (Juan, 26; Mateo, 26-38; Juan, 12-27). Es digna de admiración la posición de Santo Tomás respecto a las afirmaciones del Estagirita. Para éste—libros I y II, *De anima*—, de las obras del alma, el entender se ejercía sin órgano corporal. Ahora bien, admitir que el entendimiento entendía lo inteligible sin precisar del cuerpo, conducía a tener que admitir que también el sentido podría aprehender lo sensible sin participación corpórea. También Santo Tomás negó la afirmación de Platón de que el hombre era «el alma usando de un cuerpo». Recientemente se ha dicho cosa muy parecida, con evidente error. Porque el hombre no es sólo cuerpo ni sólo alma, sino cuerpo y alma al mismo tiempo (VARRON), a lo que asintió SAN AGUSTIN (*De Civitate Dei*, lib. XIX, cap. III).

Sobre las pretendidas localizaciones anímicas, los datos históricos son abundantísimos. Algunos, verdaderamente curiosos. Así el romano TITO LUCRECIO CARO, en el siglo I de nuestra Era, localizaba el juicio en el pecho:

«Pero al juicio tenemos como jefe,  
él domina en el cuerpo bajo nombre  
de inteligencia y ánimo, y en medio  
del pecho tiene su morada fija.»

(LUCRECIO: *De rerum natura*.)

Es asombrosa, a mi entender, la equivalencia entre juicio, inteligencia y ánimo. Leyendo estas y otras muchas cosas, nos asombramos del escaso número de locos, aun siendo muchos, que existen en el mundo.

(60) El que sea la voluntad más proponedorante en la vida psíquica que la

En cambio, al médico se le pide que dentro de una concepción ortodoxa de la vida humana, conozca por ejemplo si una perturbación volitiva cuantitativa corresponde en caso de disminución de la voluntad a una abulia constitucional o adquirida; si es localizada o generalizada; si es o no esquizofrénica, y en caso de hiperbulia si depende de la excitación de todas las funciones cerebrales o reconoce otro origen. No es filosóficamente, sino con conocimientos médicos, como habremos de resolver la diferencia entre el negativismo catatónico y la oposición de los ansiosos o de algunos melancólicos alucinados.

Opino que los penalistas tienen perfecto derecho a saber concretamente lo que se les ofrece desde nuestro campo, el de la Medicina. No se lograría mucho con actitudes acomodaticias, pero tampoco con disimulos del estado actual del problema del valor del psicodiagnóstico en lo criminal. Debe saberse que enfrente de una Psiquiatría que parte de una Psicología sin alma, hay una Psiquiatría católica. Con ambas se puede diagnosticar una psicosis maníacodepresiva o una esquizofrenia paranoide. Pero, ¿qué diferencia en las apreciaciones respecto del Derecho penal y de las medidas penitenciarias, etc.!

La Ciencia no ha logrado demostrar la inexistencia del alma humana, ni evitar que los crímenes desaparezcan del planeta que habitamos.

Y, para terminar. Mi posición no es una posición metafísica sobre cuestiones que, al fin, debemos resolverlas en la rutina de un quehacer pericial. Es que nos acordamos del doctor Alexis Carrel y pensamos que, pese a la sinceridad de un verdadero hombre de ciencia, puede alzarse la soberbia de los sectarios. En tal caso, un exceso de humildad deja abiertas de par en par las puertas del error y el entronamiento de fantasías capaces de inducir a la Humanidad hacia tremendos cataclismos (61).

Interesa ahora el recordar, con concisión, algunas—no todas—las modernas teorías axiológicas, cuya importancia no cabe desconocer.

Para mayor sencillez, me limito a un breve resumen de las ideas que sobre la Filosofía de los valores ha expuesto, con innegable autoridad, Stern (62).

Refiriéndose a Cristian, von Ehrenfels recuerda que éste defi-

---

inteligencia, como admiten los agustinianos o, al contrario, como sostenía SANTO TOMÁS, no es fundamental para nosotros. La discusión entre voluntaristas e intelectualistas se sale de nuestra actividad como psicopatólogos forenses.

Además, tenemos como norma que aceptando la intangibilidad del dogma católico, existe libertad, por lo que a la Escolástica se refiere, a acrecentar las verdades antiguas con las nuevas», según la máxima *vetera novis augere*. Enciclica *Aeternis Patris*, de LEÓN XIII, 4 de agosto de 1879.

(61) DOCTOR ALEXIS CARREL: *La Oración*. Prólogo del doctor ENRÍQUEZ DE SALAMANCA. Madrid, 1946.

(62) DOCTOR A. STERN: *La filosofía de los valores*. Méjico, D. F. Ed. Minerva, 1944.

nió el valor como la propiedad que tiene un objeto de ser estimable pero que no siendo suficiente el sentimiento de placer en la base de cualquier apreciación hay que proceder a la *puesta en valor* (Wertsetzung). No parece muy difícil aceptar estos conceptos, pero ya no es lo mismo cuando nos dice Muller-Freinfels que «las apreciaciones religiosas y morales son, en la mayoría de los hombres, valores aceptados por tradición, y que la apreciación aceptada por tradición subsiste como un postulado vacío, cuando no como una ilusión o una hipocresía». Compréndese que un análisis psicológico hecho con estos conceptos podría llevarnos a sostener conclusiones distantes de la verdad y perjudiciales para un acusado.

También tiene extraordinaria importancia forense la rotunda oposición de Muller-Freinfels a la teoría de los valores tradicionales. El sujeto que aprecia no es un ser simple y no es siempre igual su subjetividad. Esto sería lo normal. Ahora bien, a nosotros nos parece patológico—fenómeno de excisión de la persona—, lo que no empece a que haya muchos seres en el mundo que por conveniencia o maldad son veletas en el sentir y en el querer, hombres del último que llega o del que manda, «sujetos momentáneos» que avizoran el sitio donde encontrarán mejor acomodo y más pingües beneficios. La sabiduría y el buen humor del pueblo los ha calificado con gracejo. Pero de esto a admitir lo unitario como una ficción hay mucha distancia. Hay un yo persistente, expresión del «mí mismo» por muchos que sean los matices y cambios aparentes en lo volitivo y en lo afectivo. De no admitirlo así sería hora de pensar en que no podríamos comprender jamás los actos humanos sino como simple conjunto de posibilidades sin soporte espiritual, sin sujeto responsable. Además, según reconoce el propio eminente axiólogo, en el «sujeto unitario» se reprimen por tradición las emociones experimentadas por los *sujetos momentáneos*. Si esto es así, existiría una diferencia entre las personas. Además, también admite que cada individuo supone un sujeto que ha aceptado las puestas en valor de su nación y de su época, y esto ocurre con las más destacadas personalidades. Todo esto es asaz confuso y sólo tiende a afirmar que desde el punto de vista psicológico no existe un sujeto normal, pues éste sólo representa una ficción más o menos útil en el sentido de Vaihinger (63).

La cuestión de no poder admitir una «persona» de absoluta normalidad no puede sugestionarnos hasta el extremo de hacernos caer en la trampa de la plena ausencia de libertad moral. Hay una extensa zona de seres que vivimos en una normalidad de pensamientos y de acción con el medio social. Podemos dominar nuestros sentimientos y nuestras tendencias instintivas, sujetándonos al yugo de la ley. El hecho de que se hayan construido sujetos «ficticios» (Muller-Freinfels) para los períodos históricos, tales como el *hombre antiguo*, el *medieval*, el *renacentista*, el *moderno*,

(63) VAIHINGER: *Die Philosophie des Als-Ob*. Berlín, 1911.



demuestra que había elementos suficientes para una caracterización común.

No habrá un principio unitario, pero basta con que exista una universalidad relativa de los valores. La estimativa individual de los valores constituiría la muerte de toda norma general de justicia. El mundo sería un caos de valores éticos, sociales y jurídicos. Quien esté convencido del psicologismo de Muller-Freinfels debe apartarse como perito de los tribunales, *porque acepta la imposibilidad de establecer un principio unitario de lo verdadero, de lo falso y de la jerarquización de los valores.*

Respecto a la fenomenología personalística de los valores, sabido es que Scheler estableció cuatro modalidades de valor. Los valores de lo noble y lo vulgar como superiores a lo agradable y desagradable; sobre éstos los espirituales y, en la cúspide, los religiosos.

La primer clase, lo agradable y desagradable, dolor y placer, están relacionados con la naturaleza sensorial. Los vitales se sitúan en la esfera del bienestar y se caracterizan (Scheler) por la oposición entre lo «noble y lo vulgar».

Toda modificación del sentimiento vital forma parte de estos valores. Esto es incomprensible y rechazable. No vemos cómo pueda relacionarse una sensación de hallarse enfermo, una cenestesia desagradable reveladora de un estado de cansancio, el sentimiento de que estamos envejecidos, de que nos hallamos próximos a la muerte, con los valores de lo noble y de lo vulgar. Tampoco lo entienden otros, entre ellos el ilustre axiólogo A. Stern, lo que en verdad nos tranquiliza bastante. Porque dicho sea en verdad, hace falta cierto heroísmo para oponerse, con un poco de buen sentido, a estas y otras ideas con las cuales acabaríamos por perder el juicio. Sabido es que Scheler ha sido glorificado, considerándolo «el portavoz brillante del momento» (F. Heinemann), el filósofo más grande de los tiempos actuales (H. Driesch) y que, después, el escritor católico Teodor Haecker le ha acusado de un catolicismo de fachada, lleno de incredulidades y de legiones de demonios, de vanidad, de cobardía y de nacionalismos y ávido de despotismo político (64).

No entraré en el análisis del concepto schleriano de persona. Diré tan sólo que para el filósofo no hay psicología de la persona, ni del acto, y que la persona—sic—está completamente separada del sujeto. Me basta con el recuerdo de que si por intuición fenomenológica había encontrado Scheler de una «manera clara como la luz del sol» que el mundo culminaba en un Dios personal cuya bondad es la fuente de todo valor, mundo dirigido por los principios católicos de la redención en virtud de la gracia divina (A. Stern), unos años después, también por la misma intuición, averbaba que el mundo estaba desprovisto de un Dios personal y

(64) TH. HAECKER: *Cristentum un Kultur*. München, 1927.

regido por la autorredención pagana del hombre (A. Stern). Por mi parte, sólo me atrevo humildemente a preguntar si no sería razonable el que dejásemos en paz para siempre la fenomenología personalista de los valores, ocupándonos de cuestiones menos atentatorias a la higiene mental (65).

La fenomenología no personalista de los valores de Nicolás Hartmann es aún más inaceptable que lo es la de Scheler. La de éste, en un principio, era teísta y católica; la de Hartmann es atea, no personalista y pagana. Es digno de considerarse que Hartmann no descompone la persona en sus elementos psíquicos, cual han hecho otros, convirtiendo el hombre en una máquina de relojería de la cual se pueden separar las piezas y, puestos en el trance de admitir suposiciones, de colocarle alguna de aquéllas cuando la propia estuviese averiada o envejecida. Pero, en cambio, admite con triste desenfado que es superflua «la hipótesis de Dios». No existiría, dice, la necesidad de un salvador divino. El hombre posee los atributos de la divinidad. ¿Para qué más?

La *Grundwissenschaft*, de Johannes-Erich Hyde, sostiene que el valor es una noción de relación de un objeto con su sujeto y no una cualidad y menos una cualidad primaria en el sentido de Jhon Locke. Solamente es concebible el valor como tal para un sujeto apreciante y no el signo de un algo objetivo como el color. No hay valores sino para *alguien*. Pero también habría valores absolutos independientes de cualquier sujeto. Como apreciar significarse cuenta del valor de un objeto, la apreciación o estimación de los valores estaría en relación directa con la medida de progreso del conocimiento humano. En esto discrepamos, porque para ciertos valores no ha sido necesario el progreso de la ciencia, el adelanto técnico, en cuanto a su posible estimación por las masas humanas. Acaso al contrario. La fe suple necesariamente al conocer incluso en la ciencia. La hipótesis científica es una fe en que lo supuesto puede ser. No ignoro que la hipótesis ha de completarse con la experimentación, pero tampoco que la estimación de ciertos valores se impone con la experiencia de las maravillas de la Creación y de la limitación de la mente humana para comprender nada esencial. «El hombre, ese desconocido», decía Carrel (66).

Dejando aparte la sociología de los valores, que no nos interesa de momento, veamos lo que significa el personalismo de los valores de William Stern, que tanta boga ha tenido entre algunos intelectuales.

Su personalismo combatió desde el primer momento el *personalismo* ingenuo, al de cuantos creían que núcleo personal de toda persona es un alma simple. Para él la persona era una unidad con tres categorías: sustancialidad, individualidad y causalidad. Al *cogito ergo sum*, opuso el «yo aprecio, luego soy».

(65) SCHELER: *Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertheik.*

(66) N. HARTMANN: *Gruzüge einer Metaphysik der Erkenntnis.* Berlín, 1925.

Se ha objetado a Stern con razón que su definición persona, basada en la *unitas multiplex*, en la espontaneidad dirigida y en la autodeterminación, no comprendida ni el concepto de conciencia ni el de responsabilidad (67). Su axiología representaría un pan-teísmo personal.

La axiología de Guillermo Ostwald, fundada en la termodinámica, tenía que caer y ha caído al golpe de un certero argumento. Es una axiología naturalista en la que la realidad es simplemente la energía. Lo psíquico es igual que lo mecánico, lo eléctrico o lo químico (68). No nos asustaría el suponer que en los mecanismos de las funciones psíquicas hay un mundo de problemas energéticos de los que hoy apenas tenemos idea si se aceptase sin dístingos la existencia del alma humana, que está por encima de toda interpretación de energetismo o mecanicista, a la manera de Duhem, y más preferible que el primero, según Abel Rey. Los que afirman lo contrario deberían probar su afirmación, y hasta ahora sólo han logrado ofrecernos los famosos «cerebros electrónicos», que obedecen mecánicamente, sin libertad de querer o no querer, sin posibilidades de afectarse por una desgracia o de situarse en contra de una injusticia, sacrificando, si es preciso, la existencia por un valor ético (69).

---

(67) Véase el magnífico estudio de LAÍN ENTRALGO sobre el significado de la responsabilidad. Discurso de contestación al discurso del Profesor LÓPEZ IBOR, en su recepción en la Real Academia Nacional de Medicina. Madrid, 1950.

(68) Véase A. GESSELL: *La Embriología de la Conducta* (Buenos Aires, 1947), en la que se habla del genio como mero fenómeno de crecimiento y se sostiene que la imaginación creadora es un sistema viviente que ha sufrido una organización evolutiva y se encuentra en pleno crecimiento. El agente organizador de la vida estaría difundido por todo el organismo en forma de valencias residuales, afinidades químicas, etc. (DAVID L. WATSON). Todo ello encierra algo de verdad en nuestra humilde opinión, pero no consigue, según afirma el mismo GESSELL, cuyos trabajos son dignos de la máxima admiración, «la irrealizable tarea en sentido mecanicista, añadimos—de explicar el misterio de la conducta creadora.» ¡Qué fácil sería ponerse de acuerdo entre hombres de buena voluntad!

(69) Nadie desconoce las famosas «máquinas que piensan». El calificativo no puede ser más ampuloso ni más falso. Igual podría decirse de los relojes si dijésemos que se dan cuenta del tiempo que pasa. La Bessie de la «International Bussines Machines Corporation», podrá compararse, según creemos lo ha hecho el Profesor WARREN, de la Universidad de Illinois, al cerebro humano, pero este «cerebro» no forja el pensamiento, ni decide los hechos como el hombre de más pequeña capacidad intelectual. Es un autómeta. Aunque fuese posible perfeccionar su mecanismo y aumentar el número de dispositivos con algunos destinados a suplir los órganos del tacto, del olfato, etc., seguiría siendo un maravilloso juguete mecánico carente de voluntad. El «sí» y el «no» del aparato son la simple expresión de circuito abierto o circuito cerrado. Podemos esperar tranquilos el advenimiento de nuestro hermano el «hombre artificial». Me place decirlo en julio de 1952. Lo dicho no obsta, naturalmente, para que el «cerebro» Ordvac pueda almacenar 1.024 números y retenerlos en 36 millones de combinaciones, o que pueda *exigirsele* que determine las terceras potencias de todos los números del 1 al 2.000. ¡Prodigioso! Pero no se le podrá instruir, supongo, en que manifieste su conformidad en

Y, para acabar, tratemos brevísimamente de la axiomática de los valores y de la filosofía fronetista.

La axiomática de los valores de Teodoro Lessi resuelve todo en la fórmula *aut mori, aut ita vivere*. Nos recuerda el «primero es vivir y después filosofar». Pero, decía el filósofo, si la vida es la norma última y el supremo valor axiológico, niego la vida en favor del valor. Esto sería sublime si no se creyese que la vida era simplemente la terrenal existencia. Al «vale más morir que ser esclavo», debe oponerse «vale más salvar el alma que todas las grandezas mundanas». En Lessing lo justo era lo lógico, lo estético y lo ético. Los católicos sabemos que hay algo más.

En el fronetismo de A. Stern hay luminosas ideas que no tenemos tiempo de analizar, pero también opiniones imposibles de compartir. Está fuera de toda coincidencia de criterio que así como en el panteísmo la voluntad de eliminar las barreras entre el sujeto y el objeto «se relaciona con la totalidad del ser que, por un amor intropático está concebido como un tú universal que se llama Dios, en el caso del monoteísmo se expresa en la intropatía, en un tú imaginado o pensado, al que también se denomina Dios» (70).

Hemos visto que muchos hombres de excelsa mentalidad han negado, *es cierto*, la libertad humana de querer, la libertad de la voluntad para elegir sus motivos. Y como quiera que la imputabilidad está condicionada, en gran número de casos, con la libertad de quien realiza una acción para realizarla o no, eximiéndose de responsabilidad el que obra por obediencia debida, en el cumplimiento de un deber, violentando por fuerza irresistible, por miedo insuperable, el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción, enajenado o en trastorno mental transitorio, etc.; huelga decir que el problema pericial, aparte del puramente legal, debe considerarse como el más perfecto conocimiento de lo que la psicología, la psicopatología y la Medicina psicosomática enseñan como verdades, como nociones aceptables científicamente. Y he aquí la importancia de la cuestión que nos hemos planteado. Porque *si el perito no comprende el alcance que para un caso determinado tiene la libertad de querer, su peritación no resultará adecuada a los fines judiciales*. Y si, a su vez, el juzgador no puede penetrar, en la tecnología de la prueba pericial realizada en su valor concreto, juzgará empíricamente en este sentido con la natural posibilidad de un acierto o desacierto eventual (71).

seguir su delicada misión de «matemático a la fuerza» o que diga algo, por sí mismo, sobre la trascendencia histórica del descubrimiento de América.

(70) TH: *Lessing Studien zur Wertaxiomatik*, Leipzig, 1914. A STERN: *Die philosophischen Grundlagen von Wahrheit Wirklichkeit Wert*, München, 1932.

(71) Profesor PIGA: *Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia eximente «miedo insuperable»*. Doctor ANDRÉS CANO SANZ: *Reacción adrenalinica y ansiedad morbosa* (Contribución a la fisiopatología de la emoción). Madrid, 1949. P. DORADO MONTERO: *Bases para un nuevo Derecho penal*. Barcelona, 1923.

## IV.—ORIENTACIÓN TÉCNICA GENERAL PARA LA DEFICIENCIA PSÍQUICA Y DE SU RELACIÓN CON EL HECHO DELICTIVO (72)

La determinación de la deficiencia y del trastorno psíquico tiene en Medicina legal psiquiátrica forense distinta finalidad que en clínica.

Ante un caso de delincuencia, el médico legista a quien se confía un reconocimiento pericial, no lleva idea preconcebida de ninguna clase. No es, como sucede en la práctica médica psiquiátrica, en la que el hecho de ponerse en manos del especialista presupone la existencia de un trastorno mental. En Psiquiatría forense no es igual. Además, en esta última juega un papel innegable una posible simulación. Y, desde luego, el que no exista trastorno mental alguno y lo alegado sea un mero recurso de defensa por parte del procesado.

Se impone, pues, por lo expuesto, la sujeción a unas normas. A ser posible investigaremos cuidadosamente la existencia en los ascendientes y colaterales del reconocido, no sólo de taras mentales, sino de hechos delictivos, de conductas antisociales, de condenas, fuesen las que fuesen. Serán anotadas con la natural valoración las taras morbosas de los padres, anteriores y posteriores al nacimiento del sujeto de observación; en todas ellas se puntualizará su influencia probable sobre estados psicodegenerativos.

Respecto a la importancia que pueda tener el haber estado el procesado en manicomios, exige una «valoración médicolegal especial». Insistimos aquí en la necesidad de no ser ligeros e indagar, con informaciones fidedignas, lo que podamos saber sobre el particular. La diligencia y el interés en la busca de datos tal vez será de interés supremo para el informe pericial que se nos pide.

En la anamnesis haremos constar con minuciosidad todas las enfermedades idóneas en el sentido de haber influido sobre la mente o sobre el desarrollo mental, incluso algunos trastornos que aparentemente no tienen importancia, como insolaciones y otros. Figurarán en el relato con el más completo detalle, eventuales antecedentes de meningitis, encefalitis letárgica, lesiones de cualquier índole sobre la cabeza, traumáticos o no; el tífus, la sífilis, el paludismo, la tuberculosis, el alcoholismo. Y, como dice admirablemente R. Pellegrini, a quien seguimos en gran parte, en la técnica que estamos describiendo, no prescindiremos de consignar si hubo o no durante o después de la infección, de la lesión o del

---

(72) El Profesor OSVALDO LOUDED presentó al I Congreso Latino Americano de Criminología, de Buenos Aires, una interesantísima comunicación, cuya primera conclusión postulaba que el estudio científico del delincuente se objetivase en una historia clínica criminológica. Todos los establecimientos penales—conclusión 5.<sup>a</sup>—deberían adoptar el mismo modelo de historia criminológica para los efectos de organizar una estadística científica y uniforme de la criminalidad. Personalmente, uno mi voto en tan acertado propósito. Véase G. URIBE CUALLA: *Cuestiones medicolegales y criminológicas*. Universidad Nacional de Colombia, 1951.

daño sufrido por el organismo, alguna manifestación de alteraciones mentales, pese al hecho de que la terapéutica utilizada contra la enfermedad hubiese dado resultado favorable.

Las tentativas de suicidio hay que puntualizarlas, caso de que hayan existido, con todo detenimiento. No bastará con decir, como suele hacerse: «Se ha querido suicidar en alguna ocasión...», sino describir la tentativa de suicidio y decir cómo se hizo, si precisó asistencia médica, qué arma empleó, o qué veneno, o qué otro medio, etc. Además, trataremos de confirmar si los datos que nos ha suministrado el reconocimiento se confirman o no por otras informaciones, pues no deberemos dar como firmes las aseveraciones de éste a no poderlas confirmar con huellas objetivas—cicatrices de lesiones de arma de fuego, una estrechez del esófago por ingestión de álcalis, señales de quemaduras, etc.—, ya que al hacerlo, no sólo falsearía las conclusiones si éstas descansaban en parte sobre el hecho de la reiteración de actos suicidas, sino que podrían dejar al perito en desairada situación, con la sospecha de haber querido desvirtuar la verdad.

Otra dirección en la sistemática, en la dirección técnica que ha de seguirse, es la de una *anamnesis positiva*. El ideal sería conocer la conducta desde su período más lejano, pero esto no es posible casi nunca y hay que limitarse al máximo de detalles, a dibujar la persona en todas sus etapas vitales, en todas sus circunstancias. Necesitamos conocer su conducta escolar, tanto en la aplicación como en su disciplina, ya que cabe obtener curiosísimos datos de la personalidad presicótica; su sensibilidad hacia la familia y si el afecto era más intenso hacia el padre o la madre, lo mismo que si manifestó odio o rencor hacia alguno de sus hermanos, etc.; si hubo fugas del hogar, dónde fué y qué hizo, sin perdonar olvido alguno sobre si la fuga estuvo motivada por malos tratos o no; si se llevó el dinero al fugarse; actos de crueldad para con los animales y cuáles fueron; si sirvió en el Ejército o no, y, caso de haber estado en filas, si tuvo castigos o correcciones de alguna clase, *de qué importancia y por qué motivos*; hábitos de embriaguez, en qué forma y con qué clase de bebida, determinando si bebía por propio deseo o por influencia de amigos, etc.; el hábito de mentir sin razón de utilidad u otra. Aparte, naturalmente, de cuanto en relación con la naturaleza de la observación pueda interesarnos.

La inmoralidad de la conducta en época más o menos avanzada de la vida, es decir, la existencia de una primera fase de normalidad, de costumbres honestas, de buena concepción social que de repente se trueca en actos reprobables o de carácter francamente delictivo, tales como el exhibicionismo, el robo, un atentado sexual, un matrimonio absurdo, un asesinato incomprensible por su falta de motivo comprensible psicológicamente, aunque nunca disculpable, serán analizados en relación con eventuales reacciones a lesiones encefálicas; anetismo postraumático o por

encefalitis letárgica ; manifestaciones iniciales de parálisis general progresiva, etc.

Igualmente habremos de fijar la atención en la edad, no sólo porque ésta se relaciona con lo señalado en los Códigos en cuanto a la minoridad, sino también porque no podemos aceptar sin el pertinente examen y el oportuno juicio la correlación entre edad civil y edad biológica.

Los antecedentes histéricos y epilépticos serán considerados en un doble aspecto: *cronológico* y de *intensidad*. Cronológico significa en este particular el fijar su fecha, esto es, precisar si son recientes o muy antiguos, solitarios o frecuentes. E intensidad, si por su importancia obligaron a un tratamiento cuya duración debemos tener en cuenta, amén de saber *si fué hecho por psiquiatras* o simplemente por un facultativo que *no era especialista en enfermedades nerviosas y mentales*. Porque si el reconocido asistía a una clínica neuropsiquiátrica, a un Dispensario de Higiene mental, podremos acudir a dichos centros para informarnos como corresponde en conciencia y en justicia.

Aunque en cuanto llevamos expuesto entra, sin duda, cuanto puede interesar para una orientación pericial lo más perfecta posible, no está de más el que recordemos la necesidad de ser muy explícitos en cuanto se refiere a las eventuales intoxicaciones eufóricas, tanto en el etilismo como en el uso de estupefacientes. No podremos jamás limitarnos a la comprobación de si hay o no antecedentes de alcoholismo, pues son muchas las sustancias estupefacientes hoy empleadas, y la mayor parte de más importancia criminógena que el alcohol, sobre todo si éste se injiere en un vino sin adulteraciones ni sofisticaciones.

A continuación entramos en la parte más específicamente característica del informe psiquiátrico forense. Porque sin lo que ahora añadimos *no hay un informe psiquiátrico forense propiamente dicho* y, por tanto, no satisfacemos la finalidad sustantiva de la peritación.

R. Pellegrini epigrafió esta última parte con el título «Modalidades particulares relativas al acto antijurídico». Consideramos que no conviene expresarlo así, no porque sea inexacto su significado, sino por la sencilla razón de que conviene evitar toda intrusión en la esfera del juzgador, que es quien ha de decir si se trata o no de un acto antijurídico. Parécenos preferible terminar el informe pericial cualificando medicolegalmente el hecho. En esta calificación caben todas las indicaciones que se crean pertinentes y cuanto convenga explicar para la mejor comprensión de los hechos realizados. En este sentido, tienen especial interés:

a) La exhibición de genitales, sobre todo sin que se hallen en estado de erección y *sin finalidad concreta de realizar un acto sexual premeditado*. Se señala la frecuencia de estos actos en las neurosis obsesivas, en satisfacciones sexuales e impulsos eróticos no satisfechos normalmente, por lo que su importancia en la es-

fera psiquiátrica no debe hipervalorizarse y debe sujetarse a una coordinación con el conjunto de lo observado.

b) La futilidad de los motivos que den al acto un carácter de psicológicamente incomprensible. Sólo es posible formar un juicio de interés psiquiátrico forense si estamos en posesión de todos los datos que aseguren la incomprensibilidad psicológica del hecho de autos y si el total de nuestra observación nos ha permitido afianzar el diagnóstico de una alteración mental.

c) El hurto de objetos sin valor y sin que los utilice el que ha realizado aquél. También en esto hay que ser cautos, pues los objetos tienen un valor relativo y, en ciertos momentos, el no haberlos utilizado significa tan sólo el no haber tenido ocasión de enajenarlos. Tal ocurre con hurtos cometidos por domésticas y personas de servicio, que se apoderan de lo que buenamente pueden, sin discriminar la utilidad inmediata que puedan tener en ello.

d) El despedazamiento inútil de la víctima (algolagnia activa).

e) Falsas declaraciones y falsas acusaciones (mitomanía, pseudología fantástica).

f) La influencia de sugestiones, supersticiones, ritos de falsas religiones, etc.

g) El caso particular de los celos. Debe distinguirse cuidadosamente la diferenciación entre manifestaciones paranoicas y otras.

h) Actos denunciadores de sadismo simbólico, de fetichismo y antifetichismo.

i) Actos con caracteres de raptus, homicidios familiares, esquizofrenia, depresivos, etc.

j) Características especiales del hecho delictivo: incendios y otros.

No acaba con esto todo. Pero, en verdad, suponemos que se puede haber formado concepto de cómo se debe orientar el informe pericial psiquiátrico forense.

Damos de lado la norma de orientación para el examen de los llamados «vagos y maleantes»; exige determinados detalles complementarios que pueden y deben ser utilizados para el encartado a quien se nos ordena reconocer. A su vez, en aquéllos puede aplicarse mucho de lo que en este momento hemos considerado útil en la práctica de un informe. Abarcar todos los casos posibles no es fácil ni necesario, pues se suple con la preparación del psiquiatra forense en cuestiones medicolegales, psiquiátricas y criminológicas.

Desde luego, hay algo más en el quehacer pericial del especialista en Psicopatología y Medicina somática que los análisis de laboratorio y las radiografías. Por ejemplo, existe un lenguaje visceral que es preciso interpretar. El «lenguaje» orgánico de la cabeza está tan cerca de la intimidad de la persona como el de ninguna otra parte más expuesta a los conflictos del *yo*.



No basta, naturalmente, con seguir cuidadosamente y de modo obligado una norma para la determinación de una eventual alteración psíquica y de su relación con un hecho criminoso. Resulta indispensable el manejar con soltura la hermenéutica de la cuestión. Como ejemplo citaré algunas notaciones de interés.

El psicópata reitera, si se le deja, los actos delictivos. No existe un fatalismo delictivo, pero sí una previsión en la delincuencia, en la tendencia. Su persona le individualiza en la conducta—pensamiento, vivencia y acciones—y con ella camina por la vida, chocando o no con obstáculos según los rozamientos del medio. Creemos con Birnbaum que las características de la delictividad—valga la palabra—de los psicópatas, está caracterizada por tres rasgos o, mejor, por tres elementos esenciales: *diversidad, reiteración y compresibilidad de delitos*.

En los oligofrénicos falta lo que yo denomino *iniciativa delictiva*. No hacen «faenas» como los psicópatas y son arrastrados por la corriente. Suelen ser el brazo que ejecuta lo que alguien ha pensado. A «lo suyo» falta la previsión más o menos. En el idiota, la carencia de previsión es absoluta. Mata para quitar una moneda y la Policía le sorprende con la moneda en la mano en el lugar del crimen, del cual *no podía huir* (caso del Profesor Maestro). Yo he tenido intervención en numerosos casos de delitos de imbeciles en donde la previsión es casi nula—crimen de los Altos de Maudes, en donde fuimos peritos el inolvidable Sanchiz Banús y yo—. Si el impulso es afectivo, la determinación del acto revela necedad rayana a veces en lo grotesco. «Parece mentira—se dice—que Fulano haya hecho lo que ha hecho.» Un ladronzuelo imbecil, que figura entre mis observaciones, robaba cañería de plomo y cobraba de los inductores ¡un real por kilogramo!

«El delito del psicópata—ha escrito Alberca con innegable exactitud—es comprensible porque siempre es expresión de una alteración caracterológica a la que podemos comprender porque está cerca del normal—el hombre normal—y porque se da siempre la relación entre el tipo de anormalidad y el tipo de delito» (73).

El delito del psicótico se dice que es inesperado. A mi entender no siempre ocurre así, pero, en general, vale el aserto. Podríamos excluir, por ejemplo, el delito cometido por paranoicos celosos que suelen terminar asesinando a su cónyuge, y los casos de sacrificio de los hijos que realiza una melancólica. Es notoria la incomprendibilidad en la esquizofrenia, pero nunca debemos desesperar de encontrar algún destello de luz entre las sombras. Por lo general, no entendemos el fondo causal del acto delictivo y éste resulta extraño a la persona del enfermo. Mientras que el psicópata, «como era siempre así», acaba haciendo lo que se es-

peraba que pudiera hacer, el psicótico, principalmente el esquizofrénico, hará lo que nadie esperaba. Buen dato para el psicodiagnóstico en lo criminal es que al enjuiciar el delito se diga con unanimidad: «¿Quién había de suponer que Fulano hiciese lo que ha hecho?». Con fino sentido de la realidad es positivo que la opinión pública enjuicia bien muchos casos con sentencia casi inapelable, diciendo: «Eso no lo hace más que un loco.»

Personalmente he utilizado en muchas ocasiones una fórmula práctica de mucha utilidad. Tal ha sido y es la de analizar el hecho con un triple sentido de causalidad, proporcionalidad y previsión. En esto, como en otras cosas, he seguido las enseñanzas del Profesor Maestre, que desgraciadamente no dió a conocer fuera del ambiente de la Cátedra. Cuarenta años de experiencia médicolegal me autorizan a sostener que nadie le ha superado en cuanto a conocimientos de los problemas médicolegales concernientes a la personalidad del delincuente en su relación con el delito.

Los delitos de los psicópatas se producen en la iniciación de la enfermedad. Por lo tanto, el momento más peligroso es el de la iniciación de las psicosis (Alberca). En esto hay que referirse al proceso de despersonalización, siquiera no se dé en las esquizofrenias ni en las depresiones con rasgos paranoides.

Es antiguo y vulgarísimo lo que sucedía en la fase inicial de la parálisis general progresiva, y que dió origen a que se hablase del período *médicolegal* de dicha enfermedad.

No nos detenemos en los *cuadros orgánicos* porque sólo queremos, al recordar estos datos, dejar señalado que se impone la necesidad de sobrepasar la fase del establecimiento de un mero diagnóstico y estudiar el caso de una manera global—hecho delictivo, personalidad de la gente, trastorno psíquico—. Pero si se quiere reproducir por su inmensa importancia cuanto expone Alberca en sus trabajos acerca de algunos *estados crepusculares*, que ningún perito en Criminología ni ningún Juez deben desconocer. Veamos:

«Hay estados crepusculares—dice el ilustre psiquiatra español—que pueden ser producidos por enfermedades no psíquicas habitualmente; por ejemplo, la hipoglucemia. En el momento actual, gracias sobre todo al estudio de los comas insulínicos terapéuticos, conocemos la frecuencia con que la hipoglucemia espontánea—como en los hiperinsulínicos por adenoma pancreático—provocada puede producir ataques epilépticos, estados crepusculares, etc. En los casos provocados no hay problema importante, si no es el de la vigilancia, pero en los casos espontáneos pueden tenerse por simuladores o descuidarse su tratamiento que tienen en ella su raíz.» A estas indicaciones añadido por mi parte que tengo particularísima experiencia en cuanto se relaciona con las reacciones caracterológicas de hipoglucémicos, polemistas exaltados, a veces agresivos, que estando en el café cambian como por

ensalmo cuando toman un poco de agua azucarada. Así lo ha señalado Wilder y así lo puede ver cualquiera. No es preciso destacar la importancia que puede tener un estado crepuscular de un accidente de automóvil—Marx, Laubenthal—. Sin embargo, no creo que convenga exagerar la nota. Es evidente si el estado de excitabilidad del hipoglucémico es la regla general, pero nunca he visto, y he visto bastante, que diera lugar a nada delictivo. No he tenido ocasión de observar, por lo que creo que no son muy frecuentes, los estados crepusculares de contenido angustioso-impulsivo en la hipertensión, con poriomanía (Krapf), que dura de cuatro a veinte días y que curan enteramente o terminan por la muerte del hipertenso. Es muy curioso que ocurrieran en febrero o diciembre, como había dicho Kauffmann de los ictus (Alberca).

La cuestión de la peligrosidad del delincuente se resuelve, con alguna frecuencia, con poca fijeza. No es un problema puramente psiquiátrico, ni aun psicológico, sino antrososocial, esto es, del hombre—delincuente—en su medio social. Se presta a pocas teorizaciones y entraña un seria responsabilidad.

No podemos desarrollar *in extenso* lo que pericialmente resulta válido en una presunción de peligrosidad. Me basta con advertir las diferencias entre modalidades de peligrosidad—general, parcial, para un tipo de delito, etc.—. Y la diferencia entre peligroso e incorregible. El asunto es de tal importancia que ampliamente desarrollado y con casuística bastaría para un voluminoso libro.

Algunas reacciones caracterológicas de los delincentes constituyen notas psicológicas de gran valor que el médico legista, forense o de Prisiones, necesita conocer. La tendencia al «matonismo» es la antítesis de la algolagnia pasiva psíquica. El primero, puede ser ficticio y recordar el canto criminal que Lombroso transcribía en el *Uomo delinquente*, que podemos traducir así:

«Saquearé la bodega del mercader,  
mataré al noble en su castillo,  
haré botín de aguardiente y muchachas,  
y el mundo me honrará como un rey.»

Sólo de pasada podemos recordar «*l'encanaillement*, la *Sehensucht nahe dem Jefe*» y, en general, la necesidad de independencia ante los deberes sociales (74).

Por razones análogas a las que hemos señalado, esto es, por falta material de espacio, no analizamos asunto tan interesante en peritación penal como la del valor psicodiagnóstico de Rorschach. Únicamente quiero dejar en firme la advertencia del sabio Profesor colombiano G. Uribe Cualla. Según este eminente médico legista, el psicodiagnóstico de Rorschach «es un elemento muy peligroso en manos inexpertas» (75).

(74) PELLEGRINI, *loc. cit.*

(75) G. URIBE CUALLA: *El psicodiagnóstico aplicado al estudio de la perso-*

Sólo como expresión de nuestro criterio de que las clasificaciones del carácter son meros esquemas cuyo valor para la Criminología y por ende para el Derecho penal es de escaso valor, anota la idea de que dichas clasificaciones son, en su sentido estricto, un semillero de errores. Una de ellas, cualquiera, por ejemplo la que nos enseña que por traducirse la actividad mental en ideas, afectos y conducta, pueden admitirse tipos intelectuales, afectivos y de acción, se derrumba por su propio peso inmediatamente de enunciada (Glover), porque «el intelectual puede ser francamente estúpido o razonablemente sensato, emocionalmente sensitivo o emotivamente empobrecido, audaz o reprimido en la acción». Los tipos puros son excepcionales, figuras de novela más que de la realidad social. Hay algo de verdad en la diferenciación de extrovertido e introvertido, pero nunca una clave segura dentro de lo normal. No olvidemos jamás la bella frase de «Una de las artes del carácter es esconder el carácter». En materia criminal el hecho es frecuente. El vulgo lo sabe bien cuando enjuicia en determinados casos diciendo: ¡Quién lo había de pensar!, por advertir una falta de conexión entre la fachada que el individuo ofrece al mundo y la realización de un acto criminoso. Esto no quiere decir que neguemos toda utilidad a la caracterología, sino la necesidad de reducir su importancia a límites razonables. La Riotipología criminal es materia discutible y sus datos muy contradictorios. Puede tener, empero, alguna utilidad policiaca (76) y guardar algún enlace con la patomorfia del delito. Sobre este extremo tienen gran interés algunos estudios del Profesor Vallejo Nájera.

Pecará de ingenuo quien olvide el admirable dicho español: «Debajo de una mala capa puede esconderse un buen bebedor.» Recuérdese entre mil el notabilísimo caso de William Henry Roos que, de ser cierto lo que de él se ha dicho, pese a su apariencia modesta, su impecable conducta durante muchos años, su edad

*nalidad del delincuente.* Trabajo presentado al I Congreso de Medicina Legal Nacional, Bogotá, 1948.

Vid. LUIS JAIME SÁNCHEZ: *Aplicación del psicodiagnóstico de Rorschach en Psiquiatría clínica y forense.* «Rev. de Med. Legal de Colombia», 1949.

Vid. también el texto de la conferencia dada en el curso de capacitación médico-forense en la Escuela de Medicina Legal por la doctora señorita J. PERTEJO SESEÑA: *Algunas consideraciones sobre interpretación del psicodiagnóstico de Rorschach.* «Rev. de Medicina Legal», mayo-junio de 1951. En este notable trabajo se halla una completa información sobre la pauta de la escuela de Klopfer y de la colaboración española acerca del tema (SALAS, TRANQUE GARCÍA, GERMAIN, VALLEJO NÁJERA, SALEZ VAZQUES, PÉREZ VICTORIA, PASCUAL DEL RONCAL, etcétera). Y de la misma doctora J. PERTEJO, especializada en el estudio del psicodiagnóstico de Rorschach.

Véase también GEORGE N., THOMPSON MD.: *Forensic Psychiatry, Limitations of Psychological Tests.* «Annals of Western Medicine and Surgery». Septiembre 1950; vol. 4, núm. 9.

(76) DOCTOR FRANCISCO JAVIER DE ECHALECU Y CANINO: *Curso de Psicobiología Criminal.* Facultad de Medicina de Madrid. Cátedra de Psiquiatría. Profesor A. Vallejo Nájera. Febrero 1952.

avanzada, etc., distrajo 300 dólares de los fondos pertenecientes a un Banco y confesó haberlos gastado «en vino, juergas y mujeres». El «mosquita muerta» es una realidad humana.

Para terminar esta parte de mi ponencia, deseo exponeros mi honda preocupación por una cuestión, aparentemente solucionada para siempre, y que otros y yo consideramos que adquirirá nueva vitalidad. Me refiero a la criminalidad del loco moral idiopático, de la inmoralidad constitucional, de la llamada *moral insanity*. Hoy sabemos todos que en casos en que se alcanza el diagnóstico de *pazzia morale* idiopática, se coloca el caso en el cajón de sastre de las psicopatías y se difumina o anula *ipso facto* toda probabilidad de irresponsabilidad. Y yo pregunto: Señores congresistas: ¿Estáis seguros, completamente seguros, hasta el extremo de poner la mano sobre el corazón para afirmar vuestra seguridad, de que no existe un *idiotia moral*, una *imbecilidad moral* y una *debilidad moral*, ni más ni menos que existen iguales gradaciones en la esfera intelectual? A vosotros toca el decirlo. Mi posición será errónea, pero es clara y sincera. *Considero tan irresponsable a un loco moral, bien diagnosticado diferencialmente de un perverso a secas o más bien un pervertido, como pueda serlo un idiota o un demente.* En este aspecto me parece que estamos cometiendo algunos positivos errores los médicos legistas aferrados a un cómodo rutinarismo, con olvido de cuanto significa la vida afectiva y la injerencia de ésta en la voluntad y en el juicio.

Comprendo la inmensa repugnancia que producen ciertos crímenes cometidos por personas afectas de *moral insanity* y no abogo porque su notoria irresponsabilidad no se compagine con medidas de seguridad social. Eso es otra cosa. Pero responsables, no. No delinquen, como no pecaban Cleomenes y Athamas, según enseñanza de Clemente de Alejandría. Si ambos pecadores estaban locos furiosos y por ello no podían recibir calificación moral, los afectos de *pazzia morale* idiopática hállanse afectos de una profunda alteración de la afectividad, congénitamente pobre o en gran parte destruída.

Si Biswanger y otros muchos han negado la existencia de ese trastorno, Tanzi y otros lo han admitido. Yo he visto casos indudables que nadie ha negado, pero se ha dicho que eran psicópatas y se les ha condenado. Pesa mucho, naturalmente, que las alteraciones afectivas no estén unidas a las típicamente intelectuales. Enciende el ánimo de los que ignoran la característica de un idiota moral que tenga el placer de la deshonestidad, su incorregibilidad, su falta de remordimiento, su egoísmo. Que sea un malvado por aparente gusto de serlo. Se dice, empero, que por no tener lesionada la capacidad de entender y de querer, es plenamente imputable. Pero acaso debiéramos fijar el carácter continuo, irrefrenable, de la perversidad del loco moral, mientras la del perverso es discontinua. ¿Qué causa existe en esa fatalidad conducente al mal, esa «*rettilineita amoralistica*» que dicen

los criminólogos italianos? A mi entender una: *la morbosidad afectiva que vamos poco a poco caracterizando en sus correlaciones funcionales con el diencéfalo.*

*Valor de los métodos científicos de investigación de la verdad.*

En un aspecto histórico cultural es harto fácil disertar, con abundancia de citas bibliográficas, sobre los métodos denominados científicos para obtener, en un acusado, la verdad de los hechos relativos a su presunta intervención en los mismos. El tema está tan manoseado que hácese dudosa la utilidad de insistir sobre la cuestión, definitivamente juzgada. Mas entendámonos. La cuestión está definitivamente juzgada en algunos de sus aspectos, no en todos. Lo está en cuanto concierne al obligado respeto debido a la persona humana. No, en cambio, en lo que se refiere a su positivo valor. Cabe preguntar: ¿Cuál es la verdad en la investigación de la verdad?

Repito que en el aspecto estrictamente informativo y jurídico hay materia sobrada para satisfacer los más exigentes deseos culturales. Sería presuntuoso pretender sobrepasar las documentadísimas y eruditas aportaciones del Padre Zalva, del Profesor Cuello Calón y alguna más. Esto en cuanto a trabajos españoles, pues la bibliografía extranjera es abrumadora (77).

La posición ante el problema depende, naturalmente, de la formación jurídica y religiosa de quienes ante el mismo se sitúan. Y, desde el primer momento, se ha advertido una tajante oposición de principios que ha dado lugar a rechazamientos apriorísticos, a discusiones carentes de serenidad en los juicios. La cues-

---

(77) P. ZALVA: *El narcoanálisis terapéutico ante la moral*. Profesor CUELLO CALÓN: *Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona*. Madrid, 1949. LOCARD L.: *Enquete criminelle et les methodes scientifiques*. París, 1933. MIRA: *Manuel de Psicología Médica*. Buenos Aires, 1945. I. GRAVEN: *Le process du penthotal*, «Rev. Penale». Suiza, 1949. LAIGNEL-LAVASTINE: *El proceso del penthotal* (con amplia bibliografía). VALLEJO NÁGERA y PÉREZ IÑIGO: *El narcoanálisis*. «Farmacoterapia actual». Madrid, mayo 1947. AMÉRICO PÉREZ DE LIMA: *Soro da verdade, soro da mentira*. «Jour. Med.», XVIII (444), 1.772-1.757, 1951. REID: *Simulated Blood Pressure in Lie Detection. Test and a Method for Their Detection*. «Jour of Criminal Law». F. E. INBAU: *Lie detection and Criminal Investigation*, 2.<sup>a</sup> edic. Baltimore, 1948. Teniente Coronel ROY B. GRINKER: *La sedación como una técnica en Psicoterapia*. «Bol. de Med. de Nueva York», abril 1946; traducción española en «Siglo Médico», 1947. STEPHEN HORSLEY: *Narcoanálisis*, Oxford University Press, Londres, HUMPHREY MILFORD, 1943. LINDEMAN: *The Psychological Effects on Sodium Amytal*. «Proc. Sec. Exp. Biology and Med.», 1930-1931. RENÉ THAOM: *La liberté individuelle et un nouveau procede d'expertise mentale*. «Rev. de Droit Penal et de Criminologie», 1947. Dr. LÓPEZ SÁIZ: *El narcoanálisis desde el punto de vista psiquiátrico, forense y penal*. «Rev. de Med. Legal.», Madrid, marzo-abril 1950 (recoge los trabajos de Imbau, quien supuso que el narcoanálisis suprimiría el «Sweat box» y la «water cure», y la opinión del Juez WATELET, que consideraba el narcoanálisis como una técnica más en manos del perito psiquiatra), y otros muchos.

tión ha descendido desde la serena altura de lo científico a la ardiente atmósfera de lo popular.

Por lo expuesto no ha habido en ningún momento posibilidades de avenencia, ni siquiera para puntos de vista intermedios y acaso razonables. Así J. Delay (Soc. Med. Leg., 1945), al proponer que las investigaciones del subconsciente farmacodinámicas, tipo pentothal, fuesen autorizadas en las peritaciones medicolegales a título de investigación médica, pero sin revelar la materialidad de los hechos de instrucción, sólo en concepto de medio diagnóstico. A esto se contestó airadamente que resulta inadmisibile la privación del libre albedrío por un procedimiento químico a una persona inculpada, es decir, a una persona que el Derecho francés presume como inocente. Supongo que Delay pudo contestar que la presunción de inocente no evitaba el que pudiera ser culpable y que si el procedimiento era válido, se ofrecía una oportunidad de exculpación sin tortura.

Porque, señores congresistas, yo no defiendo, ni menos propugno, la exploración médica en materia de investigación pericial, judicial o policíaca con un procedimiento farmacodinámico cualquiera. Pero sí digo que no es sinónimo de turtura y que en la práctica lo considero menos inhumano que otros métodos que son usuales en casi todos, tal vez todos, los países del mundo. El mal es universal (78).

Creemos que el proceso Cens no ha sido único en sus resultados. Si un Juez nos pregunta si un inculpado puede o no responder a un interrogatorio, ¿podemos emplear procedimientos de exploración eficaces que nos lleven a una convicción sobre aquello que se nos pregunta? Si el supuesto afásico, el caso de Cens, contesta «sí» a una pregunta de los exploradores, con lo que queda demostrado que no quería hablar, ¿hemos servido a la Justicia o cometido un delito? En caso que hayamos cometido un delito, ¿lo cometemos igualmente cuando por medio de determinados procedimientos de análisis ponemos en claro que padece sífilis o alcoholismo agudo, o que es un toxicómano? Si un inculpado, voluntariamente, desea someterse al narcoanálisis para ratificar con el susodicho procedimiento exploratorio su alegada inocencia en un hecho en que todas las apariencias le son desfavorables, ¿es lícito el utilizar la referida exploración? Y si el narcopsicoanálisis es reprochable, ¿por qué se emplean otros métodos psiconalíticos,

---

(78) BEYLE and PARRAT: *Approval and Disapproval of Specific Their Degree Practices*. «*Jour. of Criminal Law and Criminology*». Chicago, 1938; vol. 28, pág. 526 y siguientes. Citado por CUELLO CALÓN. Véase también la información preparada, a petición de la Sociedad de las Naciones, por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria de Berna: *Mesures qui pourraient être proposées en vue de protéger les témoins et les prévenus contre les violences et autres moyens de contrainte physique ou mentale*. «*Recueil des documents penales et penitentiaires*». Berna, 1939; pág. 208 y siguientes.

que también pueden ser contrarios al derecho de la defensa? Por mi parte no lo sé.

Espero con interés y curiosidad la opinión del Congreso sobre esta materia, considerándola en todos sus aspectos. ¿Qué pensaríamos si, por ejemplo, mediante un narcoanálisis se hubiere llegado a evitar una serie de hechos criminosos proyectados, sin tortura para el encartado sometido a la técnica narcoanalítica?

Hace algunos años, pocos, ocupó las columnas de la prensa diaria y de muchas revistas el asunto del narcoanálisis (79). La tormenta ha pasado, pero la nubosidad queda. Queda, sobre todo, el saber exactamente si lo que hay en el fondo más íntimo de la persona, irreveleable de modo voluntario, puede ser arrancado por un método investigador de la «verdad». Hoy, creemos, se intenta arrancarla por procedimientos que se rechazan cuando los emplean los contrarios a nuestra ideología y a nuestros intereses, y se toleran con algo de hipócrita complacencia, basándose en la *necesidad*, cuando son beneficiosos a nuestra tranquilidad personal y a la defensa de nuestros intereses materiales y vitales. Naturalmente, no me refiero a los Tribunales de Justicia.

Desde luego, no es igual que el narcoanálisis constituya un atentado a la libertad moral del hombre, tan taxativamente reconocida en nuestro Derecho procesal (arts. 387, 389, 393 y 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y otra que sea o no verdad su valor probatorio.

Existen antecedentes que probarían que antes de ahora se ha hecho algo parecido. Sin ir muy lejos, en la preciosa monografía de mi ilustre amigo Américo Pires de Lima, del Instituto Brasileiro de Historia de la Medicina (80), se da cuenta del procedimiento utilizado en 1545, en Metz, con dos vejezuelos desventurados, para determinar si eran responsables de la muerte del padre del Duque Francisco Lorena. El texto, curiosísimo—sentimos no poder reproducirlo por su gran extensión—, figura en una obra de nuestro Andrés de Laguna (81). En la versión de Laguna, dice Pires de Lima, se demuestra cómo el narcoanálisis judicial puede conducir a los mayores errores e injusticias. Pero ni los tiempos eran iguales ni los métodos semejantes.

(79) En el periódico «Mundo», de Madrid, 23-I-49, se publicó, si mal no recuerdo, un artículo encabezado: *El penthotal, amenaza para la sociedad más grave que la bomba atómica*. Se decía que los sujetos sometidos a esa droga perdían todo control de la voluntad y entregaban a los interrogadores hasta los más secretos pensamientos. El hombre quedaba reducido «a una especie de fantasma transparente». En Rusia se había aplicado en varios procesos y lo habían puesto en ejecución, al parecer, en el proceso del Cardenal Mindszenty. Otra droga que también parece ser utilizada en la U. R. S. S. sería el actedrón.

(80) AMÉRICO PIRES DE LIMA. *Loc. cit.*

(81) Pedacio Dioscorides Anazarbeo: *Acerca de la Materia Medicinal ilustrada...*, por el doctor ANDRÉS DE LAGUNA. Salamanca, 1570; pág. 423.



NOTA.—La extensión del tema de la V Ponencia hubiera podido motivar el acoplamiento de copiosísima bibliografía, con evidente perjuicio de la claridad expositiva. Por eso quedó reducida a lo indispensable. No obstante, como complemento informativo de las cuestiones desarrolladas en aquella, adicionamos los títulos de algunas obras y monografías que fueron consultadas y en las que se hallan datos de fundamental importancia doctrinal.

I. M. BOCHENSKI: *La filosofía actual*. Traducción española, 1949. Méjico.—DAVID ABRAHAMSEN: *Delito y Psique*. Méjico, 1946.—Profesor doctor PAUL MARTINI: *El Psicoanálisis, La Medicina de la Totalidad y sus argumentos*. «Medicamenta», marzo, 1952.—Profesor Dr. JUAN LÓPEZ IBOR: *La agonía del psicoanálisis*. Espasa Calpe. Argentina, 1951.—FR. AGOSTINO GEMELLI, O. F. M.: *La personalidad del delincuente neu sóya fundamenti biologicì e psicologicì*. Milano, 1946.—ROBERT WAELDER: *El pensamiento vivo de Freud*. Buenos Aires, 1939.—Dr. E. MOUCHET: *Percepción, Instinto y Razón*. Buenos Aires, 1941.—C. J. JUNG: *Realidad del alma*. Buenos Aires, 2.<sup>a</sup> ed., 1946.—JUSTO GONZALO: *Investigaciones sobre la nueva dinámica cerebral*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1950.—J. VICENTE VIQUEIRA: *La psicología contemporánea*. Edit. Labor, 2.<sup>a</sup> ed., 1937.—R. P. TESSON, CH. H. NODET, F. PASCHER, R. P. BEIRNAERT, I. CARUSO: *Psicoanálisis y conciencia moral*. Buenos Aires, 1949.—BERTRAND RUSSELL: *Análisis del Espíritu*. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1950.—JOSÉ NIEVA: *Objeto, métodos y directrices de la Psicología científica*. Coimbra, 1943.—Dr. BONIFACIO PIGA SÁNCHEZ-MORATE: *Valor médico-legal de las modernas tendencias psicológicas*, segunda conferencia del Cursillo monográfico de Medicina Legal. Real Acad. de Jurisprudencia y Legislación. Curso 1951-52.—MOUSA PRINCE: *Elixir de los instructores judiciales en el siglo XX* (en árabe). Beirut, 1951.—C. W. MUEHLBERGER: *Interrogation under Drug Influence*. «The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science», Noviembre-diciembre, 1951.—REDLICH F. C. RAVITZ L. J.: *Narcoanálisis and Truth*. «Amer Jour of Psychiatry», Feb., 1951.—Assembly of the United Nations. N. Y. Times. Abril, 1950, page 3: *Resolution offered by Egyptian delegate against the use of drugs during criminal interrogations*.—LOUWAGE, F. E.: *The Use of Barbiturales in Medico-Legal. Expert examination*. «Internat. Crim. Police Review» (English, edit.), 1949.—MANUEL LÓPEZ REY Y ARROJO: *¿Qué es el delito?* Editorial Atlántida. Buenos Aires, 1947.—ALEJANDRO WILLWOLL, S-I: *Alma y espíritu*. Versión española, por J. A. MENCHACA, S. L. Madrid. 1946.



**I CONGRESO PENAL Y PENITENCIARIO  
HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO**

**Conmemorativo del centenario de la Casación criminal española  
Madrid, 6-12 de julio de 1952, Salamanca**



# I CONGRESO PENAL Y PENITENCIARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO

Conmemorativo del centenario de la Casación criminal española  
Madrid, 6-12 de julio de 1952, Salamanca

## Crónica de su preparación y desarrollo

Por FEDERICO CASTEJON

Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho  
Penal y Presidente del Comité Ejecutivo del Congreso.

El alto honor que concede el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES al Primer Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino, celebrado en España, publicándolo la primera. Crónica de su organización y celebración, merece bien del penalismo peninsular y ultramarino, y en obligado tributo de reconocimiento, escribo estas lí-

neas como Presidente del Comité Ejecutivo del Congreso.

Al Director de este ANUARIO, el Profesor Cuello Calón, insigne relator de la ponencia general sobre «Delincuencia juvenil», van encaminados principalmente estos plácemes, que son continuación de la larga cadena de ellos, que los penalistas españoles debemos a su incansable actividad y enseñanza.

Para conmemorar el centenario de la Casación criminal española, iniciada por Real decreto de 20 de junio de 1852, se ha convocado este Congreso, bajo la presidencia del Ministro de Justicia, señor Iturmendi, y ha celebrado sus sesiones del 6 al 12 de julio del presente año (1952) en el Palacio de Justicia, de Madrid, y en la Universidad de Salamanca, con asistencia de los Ministros de Justicia de Portugal, señor Cavaleiro Ferreira; de Filipinas, señor Castelo, y del Estado de San Pablo (Brasil), señor Loureiro Junior.

En realidad, éste es el cuarto Congreso Penal Español, si se considera continuación de los penitenciarios españoles reunidos,

el primero en Valencia, 1909; el segundo en La Coruña, en 1914, y el tercero en Barcelona, en 1920.

Han asistido numerosos penalistas, penitenciaristas, procesalistas, médicos forenses y psiquiatras, policiólogos, sociólogos y miembros de patronatos de España, Portugal y representantes oficiales de Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Filipinas, Panamá, Perú y Santo Domingo, y de entidades científicas y profesionales de Costa Rica, Chile, Ecuador, Méjico; y de otras entidades europeas y americanas, como la Federación de Abogados Belgas, la Oficina Internacional para la Unificación del Derecho Penal, la Asociación de Derecho Internacional de Derecho Penal, la Comisión Internacional de Policía Criminal, la Sociedad Internacional de Defensa Social y el Instituto Internacional para Estudio de Derecho Social.

Los temas generales del Congreso se han desarrollado en las cinco ponencias que figuran en cabeza de este número del ANUARIO.

Como obra capital del Congreso se debe señalar la creación y organización del Instituto Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino con la organización y composición que más adelante se consigna.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL CONGRESO

### Comisión 1.<sup>a</sup>

La CASACION CRIMINAL ESPAÑOLA, SU ORIGEN, DESARROLLO EN EL MUNDO HISPANICO Y POSIBLES REFORMAS. Presidida por el doctor De la Guardia, Presidente de la Corte de Casación de Panamá, bajo ponencia del doctor De la Plaza, Fiscal del Tribunal Supremo de España, propuso las siguientes conclusiones, que aprobó la Asamblea plenaria:

#### A) CONCLUSIONES DE CARÁCTER GENERAL.

1.<sup>a</sup> *La función jurídico-política que la casación cumple, persigue como finalidad más saliente la de velar por la unidad de la interpretación del Derecho en bien de la seguridad jurídica. Por tanto, la multiplicidad de Tribunales de casación pugna con ese principio y mantiene, aunque sea más atenuadamente, la multiplicidad de interpretaciones.*

2.<sup>a</sup> *La casación como recurso supremo, aunque tiene algunos puntos de contacto con los medios de impugnación ordinarios de las resoluciones judiciales, presenta características peculiares que obligan a una articulación sui generis en su tratamiento procesal.*

3.<sup>a</sup> *Las ideas rectoras de la casación son las mismas en ma-*

teria civil y en materia penal y, por tanto, la ordenación del recurso debe ser similar, como similares son los problemas que pueden plantearse en uno y otro caso, sin perjuicio de las particularidades de ordenación a que obligue la diversidad de las materias (civil, penal y social), que el recurso supremo suscite.

## B) CONCLUSIONES ESPECIALES.

1.<sup>a</sup> El problema de infracción de las normas en casación obliga a determinar cuáles son las que exclusiva y excluyentemente pueden censurarse en el recurso supremo y los poderes que en esa materia deben conferirse al juzgador.

2.<sup>a</sup> Debe autorizarse la casación penal para censurar la actividad judicial en la apreciación de las pruebas cuando al ejercitarla haya incurrido el juzgador en un error de hecho que pueda influir decisivamente en su calificación jurídica.

3.<sup>a</sup> La casación en materia penal puede extenderse a la censura de todas aquellas infracciones legales susceptibles de determinar graves inexactitudes en la aportación del material probatorio sobre el que ha de recaer la decisión de fondo, o confusión en las afirmaciones de hecho que la resolución contenga.

La índole del recurso aconseja señalar como un «*numerus clausus*» las únicas infracciones que en este aspecto deben ser determinantes de casación.

4.<sup>a</sup> Es conveniente estudiar los casos en que, con independencia de la resolución de fondo, pueda autorizarse la casación por tratarse de resoluciones que infrinjan la Ley, no admitan enmienda por los medios de impugnación ordinarios y causen un perjuicio irreparable, singularmente las dictadas en la fase de ejecución.

5.<sup>a</sup> La ordenación procesal del recurso de casación debe ser trazada de modo que sobre la base de un único escrito por cada parte recurrente en que se condensen, articulándolos específicamente, todos los motivos que con arreglo a la Ley se autoricen, permita al Tribunal examinarlos, con facultades de decisión bastantes para restablecer el derecho perturbado, sea o no con sujeción a los que se articulen, y para determinar las consecuencias que, según la naturaleza de cada uno, hayan sido base de su decisión.

La disposición del procedimiento responderá al propósito de simplificar y abreviar los trámites, procediendo de modo que los recorridos puedan contribuir eficazmente al logro de la justa resolución del recurso por vía de adhesión, de ampliación u oposición mediante un único escrito de cada parte recurrida, con independencia de su intervención en el acto de la vista.

Salvo los supuestos en que la sentencia se anule por defectuosa formación del material de hecho, el propio Tribunal de casación dictará la resolución procedente, en sustitución de la anulada, aplicando al hacerlo el criterio sustentado al resolver el recurso supremo.

## CONCLUSIÓN ADICIONAL.

*Teniendo en cuenta que en líneas generales el procedimiento judicial castrense se encuentra impregnado de las mismas finalidades que persigue el recurso extraordinario de casación y atendidos los precedentes históricos, la necesidad del mantenimiento de la disciplina, la rapidez del procedimiento, pronta efectividad de las penas y peculiares características del mando militar, se estima que no es aconsejable introducir en nuestro Código de Justicia Militar el recurso de casación en la forma y con el alcance establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

**Comisión 2.<sup>a</sup>**

EL AUXILIO JUDICIAL Y POLICIAL EN EL AMBIENTE HISPANICO Y ESPECIALMENTE LA REINCIDENCIA INTERNACIONAL. Presidida por el señor Pérez Santisteban, Diputado del Perú, bajo ponencia del señor Del Rosal, Decano de la Facultad de Derecho de Valladolid, propuso las siguientes conclusiones, que aprobó la Asamblea plenaria:

1.<sup>a</sup> *Se recomienda como fórmula unificadora de la definición de reincidencia internacional, según la propuesta de la ponencia, que las tres infracciones penales, sean de la misma o semejante especie y realizadas en plazo no superior a los cinco años.*

*Cuando el número de estas infracciones fuere superior al de tres, podrá considerarse el autor como delincuente habitual muy peligroso, sometiéndole a un tratamiento especial previo un estudio biopsíquico de su total personalidad.*

*Para el reconocimiento de la habitualidad será preciso que, además de haber sido condenado el delincuente por tres infracciones, de la forma y en el tiempo preceptuado en el párrafo primero, el Tribunal aprecie en la personalidad del reo la inclinación al delito.*

2.<sup>a</sup> *Que se tenga en cuenta preceptivamente la sentencia irrevocable pronunciada por Tribunal extranjero, en orden a efectos de reincidencia, mediante la suscripción de un Convenio o Tratado para después incorporarlo a la legislación penal interna de cada país.*

3.<sup>a</sup> *Que igualmente se recomienda la unificación de las medidas a adoptar contra estos delincuentes peligrosos así como los medios de identificación.*

4.<sup>a</sup> *Que se recomienda a los Gobiernos respectivos la creación de una Policía judicial como medio eficaz para la persecución de estos delincuentes.*

*En cuanto a la unificación de los medios identificativos, se propone la reunión de técnicos especialistas de todos los países interesados, a fin de redactar los más convenientes.*

5.<sup>a</sup> *Que se recomienda igualmente el intercambio de notas y*



demás medios de ayuda tanto judicial como policial directamente. En cuanto al procedimiento a seguir por lo que se refiere al aspecto judicial, debiera ser el siguiente: El país en que se hubiera cometido la infracción comunicaría al Servicio Central de la Policía Judicial; adscrita a los organismos judiciales y fiscales respectivos, la oportuna referencia con envío de cuantos antecedentes consten en la ficha policial, juntamente con la reseña dactilar y fotografía judicial siempre y, en su caso, la reseña quíroscópica y monodactilar. Además de esta remisión, se hará otra igual al país de origen del infractor reseñado.

El Servicio Central deberá acusar la recepción a la Policía remitente; y a ésta y a todas las demás de los países que han acudido a este Congreso y comunicarles todos los antecedentes que figuran en la ficha central.

La Policía remitente informará a la autoridad judicial que conozca del caso de los antecedentes recibidos del Servicio Central y a éste, en su día, de la resolución definitiva recaída. A tal fin, aquellas autoridades o Tribunales de cada país, comunicarán urgentemente tales decisiones al servicio de policía de su jurisdicción, el que lo transmitirá al nacional.

Se recomienda, igualmente, en cierto modo, la separación del auxilio policial, de muy amplios límites, y del auxilio judicial cuyos efectos se centran en el valor concedido a la condena.

6.<sup>a</sup> Se formará una colección dactilar y otra biográfica para hacer constar los antecedentes penales de los delincuentes a que se refieren las anteriores conclusiones, con sede en Buenos Aires, y en el que se harán constar, además, las sentencias completas de los países interesados en este Congreso, remitiendo copia de la decisión judicial al país de origen.

Deberá completarse la ficha del sujeto con una más amplia de índole criminológica, en aquellos casos en que se le considere como delincuente habitual muy peligroso, según el concepto más arriba expuesto. Al servicio central de identificación, como ya se ha dicho con sede en Buenos Aires, estarán adscritos, con carácter permanente, y para contribuir así a su mejor funcionamiento, uno o más técnicos especialistas de cada país interesado.

7.<sup>a</sup> Se nombrará un Comité formado por cinco miembros y del que, por deber radicar en Madrid, serán dos de ellos españoles. Los componentes del mismo, tanto españoles como extranjeros, estarán especializados en alguna de las disciplinas científicas de Derecho Penal, Identificación o Biología criminal, y

8.<sup>a</sup> Que en la aplicación de estas conclusiones y demás normas complementarias habrá de hermanarse armónicamente el principio de la justicia con los de la defensa social. Asimismo deberán pesar las resoluciones y antecedentes de los congresos internacionales que se han ocupado de estas cuestiones.

Comisión, 3.<sup>a</sup>

TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD INFANTIL Y JUVENIL. Presidida por el doctor Beza Dos Santos, Decano de la Facultad de Derecho de Coimbra, bajo ponencia del señor Cuello Calón, Catedrático de la Universidad de Madrid, propuso las siguientes conclusiones, que aprobó la Asamblea plenaria :

1.<sup>a</sup> *Deberá fijarse un límite mínimo de edad, no inferior a dieciséis años, hasta el cual no serán aplicadas penas a los infractores, y únicamente medidas de reeducación o médico-psiquiátricas, según los casos.*

*Excepcionalmente, cuando el menor esté próximo a la edad límite, y si aquellas medidas resultaran ineficaces, podrá ser enviado a los establecimientos a que se refiere la conclusión tercera.*

2.<sup>a</sup> *Es recomendable que los menores de edad superior al límite que se señala en la primera conclusión y hasta una cierta edad no inferior a los dieciocho años, puedan ser sometidos al régimen enunciado en la primera conclusión, o aquel a que se refiere la conclusión tercera.*

3.<sup>a</sup> *Los restantes menores a quienes sean aplicadas penas privativas de libertad deberán cumplirlas en establecimiento en donde el internamiento, que podría tener inicialmente un carácter represivo, sea predominantemente educativo y religioso, preparando al menor para la vida libre, en un ambiente de confianza con el correspondiente sentimiento de responsabilidad, por el sistema Borstal, prisión-escuela o análogos.*

4.<sup>a</sup> *Si los menores fueran declarados enfermos mentales o anormales, para quienes no sea recomendable el tratamiento referido en las conclusiones anteriores, o cuando el internamiento en los establecimientos indicados sea enteramente ineficaz, podrá adoptarse la medida de protección social más adecuada.*

5.<sup>a</sup> *El internamiento de los menores podrá ser prorrogado hasta la mayoría de edad, o hasta los años próximos a la misma, cuando sea necesario para la reeducación del menor, siempre con revisión obligatoria del caso en períodos determinados en la Ley o cuando se estime necesario.*

6.<sup>a</sup> *Si el internado ha llegado al límite máximo de permanencia en el establecimiento y se muestra inadaptado para la vida libre, deberá ser tomada la medida de protección social más recomendable, como por ejemplo, el internamiento en un establecimiento para habituales o indisciplinados.*

7.<sup>a</sup> *La jurisdicción de menores tendrá competencia exclusiva para conocer de las infracciones cometidas por los menores a que se refiere la primera conclusión y para decidir sobre las medidas aplicables.*

8.<sup>a</sup> *Será conveniente que las decisiones sobre el internamiento de los menores a que se refieren las conclusiones cuarta, quinta y sexta y las demás relacionadas con este internamiento, sean con-*

fiadas a una jurisdicción especializada para el conocimiento, lo más profundo posible, de la personalidad del menor.

9.<sup>a</sup> Los Tribunales de menores, ofrecerán las garantías necesarias para salvaguardar los intereses de los menores, sus parientes y educadores.

Es recomendable la intervención del Ministerio público y la de un abogado defensor, a requerimiento de parte interesada, sobre todo en los casos en que se trate de la suspensión o privación de la patria potestad, pero siempre con el espíritu de cooperación con el Tribunal. Los que intervienen en el Tribunal y especialmente los jueces deben ser especializados, tener la preparación científica y la experiencia necesaria.

Es recomendable la incorporación efectiva de la mujer, que posea la debida preparación, a las funciones de los Tribunales u organismos encargados de la jurisdicción de menores.

10. El menor será observado, física y psíquicamente, antes de la decisión del Tribunal y durante la aplicación de la medida establecida, especialmente en los casos en que la transcendencia de la medida lo abone.

11. El procedimiento habrá de ser sencillo, rápido y flexible. La detención de los menores no se hará jamás en las Prisiones o puestos policiales comunes. A falta de dichos locales, siempre estarán separados, de modo absoluto, de los inculcados adultos.

El menor no deberá comparecer nunca en la audiencia pública del respectivo Tribunal.

12. Los Tribunales de Menores podrán aplicar las medidas más convenientes para el menor, y modificarlas, sustituirlas o dejarlas sin efecto en cuanto lo exija el interés del mismo.

Dentro de estas medidas, aplicarán principalmente las siguientes:

- a) Perdón.
- b) Amonestación.
- c) Sumisión al régimen de libertad vigilada o de prueba. Esta medida podrá ser combinada con otras.
- d) Colocación en familia adoptiva.
- e) Colocación en régimen de semi-internado.
- f) Internamiento en Instituciones privadas o del Estado, comunes o especiales, según los casos.

El internamiento deberá ordenarse en los casos en que las otras medidas sean ineficaces.

Dicho internamiento tendrá lugar en establecimientos de carácter predominantemente agrícola o industrial, según los intereses del menor y atendiendo especialmente a su capacidad profesional y colocación futura.

El régimen de estos establecimientos se basará en la agrupación de los menores en pequeños grupos familiares afines.

Se organizará el cuidado de los menores después del tratamiento (after Care).

## RECOMENDACIONES

1.<sup>a</sup> *Que se estudie el problema de la ampliación de atribuciones de los Tribunales de Menores a los casos de abandono de familia, malos tratos a la mujer o a los hijos, alimentos, tutela y adopción, y que los resultados de dicho estudio sean sometidos al próximo Congreso.*

2.<sup>a</sup> *Que se recomiende a los Gobiernos de los países representados en este Congreso que carezcan de tales Organismos la creación de Tribunales de Menores, dictando la legislación adecuada.*

Comisión 4.<sup>a</sup>

MODERNOS ASPECTOS DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS IBERO - AMERICANAS. Presidida por el señor Canepa, Director de la Penitenciaría Central del Brasil y bajo ponencia del señor Quintano Ripollés, Fiscal de la Audiencia de Toledo, propuso las siguientes conclusiones, que aprobó la Asamblea plenaria :

1.<sup>a</sup> *Las Instituciones Penitenciarias deben tener como finalidad jurídica la de sancionar una conducta punible por las leyes penales; como finalidad moral, la de corregir al delincuente; y, como finalidad social, la de reincorporarle a la vida libre en condiciones de vivir honradamente.*

2.<sup>a</sup> *El Derecho Penitenciario deberá contener las normas jurídicas necesarias para la aplicación de la pena con garantía de la libertad individual y de la organización social.*

3.<sup>a</sup> *Que sirviendo a los fines del Derecho Penitenciario coexisten, con sus medios propios de trabajo, diversas ciencias y artes penitenciarias auxiliares.*

4.<sup>a</sup> *Que se desvincule lo penitenciario, en cuanto a ejecución de penas, de lo puramente administrativo, coordinándose con lo judicial.*

5.<sup>a</sup> *Y, en consecuencia, que se propugne la intervención judicial en la ejecución de penas y medidas de seguridad, en cuanto a su duración, de modo preferente mediante un organismo jurisdiccional ad hoc.*

6.<sup>a</sup> *Que se simplifique la diversidad nominal de penas privativas de libertad, subsistiendo las distintas modalidades del tratamiento penitenciario.*

7.<sup>a</sup> *Que las normas fundamentales de la individualización penitenciaria no se establezcan apriorísticamente, sino por el examen individual del penado mediante comisiones mixtas de expertos.*

8.<sup>a</sup> *Que es deseable la separación en grupos, y a ser posible en establecimientos distintos, de los condenados, no sólo por razón de sexo y edad, sino por la mínima clasificación siguiente:*

a) *Delinquentes de constitución anormal, viciosa y psicopá-*

*tica, aun sin llegar a la categoría de inimputables. Tratamiento psiquiátrico preferente.*

b) *Delinquentes por perversión personal de factores endógenos, independientes de la educación y el medio. Tratamiento preferentemente de intimidación.*

c) *Delinquentes por perversión social, de factores exógenos determinados por la ineducación y el medio. Tratamiento ampliamente correctivo, educativo, de resocialización y régimen progresivo en su integridad.*

d) *Delinquentes por infracción de normas cuyo contenido es indiferente al orden moral. Régimen de mera custodia con posibilidad de tratamiento educativo.*

*Creación de establecimientos especiales para los:*

1.º *Judicialmente declarados peligrosos, no delinquentes, a los que por su conducta tendiente al delito se aplica una medida de seguridad para que no lleguen a delinquir.*

2.º *Delinquentes multireincidentes y habituales, declarados especialmente peligrosos por los Tribunales, para evitar continúen su repetición de actos delictivos.*

*Que los presos preventivos deben estar sometidos a un tratamiento de aislamiento sin régimen carcelario.*

9.ª *Que se organicen Patronatos para protección de las familias de los presos durante el cumplimiento de la pena y con el fin de orientarlos y encaminarlos después del cumplimiento de la pena en su reintegración social.*

10. *Que se organicen Bibliotecas y préstamos de libros a presos y penados, previa formación especial de funcionarios de Prisiones y de bibliotecarios para la mayor eficacia de este servicio.*

### CONCLUSION ADICIONAL

*Se propugna la tendencia a conseguir la rehabilitación del penado por el trabajo en las mismas condiciones económicas y sociales del trabajador libre, mediante un sistema de redención de penas.*

### Comisión 5.ª

VALOR DEL DIAGNOSTICO PSICOMEDICO EN LO CRIMINAL. Presidida por el doctor Helio Gómez, Catedrático de la Universidad Nacional del Brasil y bajo ponencia del doctor Piga, Director honorario de la Escuela de Medicina Legal, de Madrid, propuso las siguientes conclusiones, que aprobó la Asamblea plenaria:

1.ª *Las divergencias entre el pensamiento jurídico y el pensamiento médico deben armonizarse para valorizar el diagnóstico psicomédico en lo criminal.*

2.ª *La psicología médica como base de la psiquiatría forense*

*es precisa para la justa determinación de la deficiencia psíquica en su relación con el hecho delictivo.*

3.<sup>a</sup> *El valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal depende de la formación psicológica, psiquiátrica y axiológica del perito, de los jueces y de los abogados.*

4.<sup>a</sup> *Debe exigirse un criterio ético riguroso en las pericias psiquiátricas en la materia penal.*

5.<sup>a</sup> *En los casos de prisión preventiva, los pacientes deben ser sometidos a examen psiquiátrico para evitar posibles errores judiciales, cuando haya indicación médica.*

6.<sup>a</sup> *Todos los establecimientos penales deberían adoptar el mismo modelo de historia criminológica para los efectos de organizar una estadística científica y uniforme de la criminalidad (criterio de Oswald Loudet sostenido en el Primer Congreso Latinoamericano de Criminología y que la quinta Comisión de este Congreso hace suyo).*

7.<sup>a</sup> *Se impone la aplicación del diagnóstico psicomédico en el examen de los inculcados, con las garantías necesarias.*

## RECOMENDACIONES

1.<sup>a</sup> *Se propone como ponencia para el próximo Congreso el tema de la unificación de la terminología psicológico-psiquiátrica en los Códigos o textos legales de los países participantes.*

2.<sup>a</sup> *Se recomienda la creación de cátedras de Medicina legal en las Facultades de Derecho que carezcan de ellas en sus estudios actuales.*

3.<sup>a</sup> *Se recomienda que en las Comisiones legislativas de los países miembros del Instituto penal y penitenciario figuren, como asesores técnicos, profesores de Medicina legal o especialistas en la materia, en aquellos aspectos que así lo requieran.*

### Comisión 6.<sup>a</sup>

REGLAMENTOS. Presidida por el doctor Mackenzie, Catedrático de la Universidad de Bogotá (Colombia), bajo ponencia del señor Guerrero Burgos, discutió, propuso y fueron aprobados, el Reglamento del Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano-Filipino y los Estatutos del Instituto Penal y Penitenciario de igual denominación, habiéndose elegido por aclamación el Consejo Directivo de dicho Instituto Penal y Penitenciario que se expresa seguidamente:

*Presidente honorario perpetuo del Instituto:* CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Dr. Federico.

*Presidente efectivo:* MARTÍNEZ VIADEMONTÉ, Dr. José Agustín (Cuba).

*Vicepresidente:* CUELLO CALON, Dr. Eugenio (España).

*Directores generales:* BELEZA DOS SANTOS, Dr. José (Portugal); CASTEJÓN y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Dr. Federico; ROSAL, Dr. Juan del (España).

*Consejeros:* SÁNCHEZ TEJERINA, Dr. Isaías (España); CASTRO JIMÉNEZ, Dr. Manuel (El Salvador); FONTÁN BALESTRA, Dr. Carlos (Argentina); AZEVEDO, Dr. Noé de (Brasil); FLORES, Dr. Luis A. (Colombia); DRAPKIN, Dr. Israel (Chile); BOCOBO, Dr. Jorge (Filipinas); CENICEROS, Dr. J. Angel (Méjico); DE LA GUARDIA, Dr. Érasmo (Panamá); PÉREZ SANTISTEBAN, Dr. Víctor (Perú); MENDOZA, Dr. José Rafael (Venezuela); ARGÜELLO, Doctor Mariano (Nicaragua); ZACARÍAS YARZA, Dr. José (Paraguay); MAZILEFF, Dr. Jorge (Uruguay).

*Secretario general:* QUINTANO RIPOLLÉS, Dr. Antonio (España).

*Secretarios generales adjuntos:* Dr. MENEU, Dr. GUERRERO BURGOS (España); Dr. STAMPA, Dr. AGUILAR (Costa Rica); Doctor AUGUSTE (Haití), y Dr. CORNEJO (Ecuador).

*Interventores:* Dr. MEJÍAS RICART (Santo Domingo); Dr. RIVERA HERNÁNDEZ (Honduras).

*Tesorero general:* Dr. MASAVEU y MASAVEU, D. Jaime (España).

*Tesoreros adjuntos:* Dr. MOSQUETE, D. Diego (España); Dr. CALVIMONTES, D. Raúl (Bolivia).

## ESTATUTOS DEL INSTITUTO PENAL Y PENITENCIARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO

### TITULO PRIMERO

#### DEL INSTITUTO

#### CAPITULO PRIMERO

##### *Del carácter, fines y sede de la Institución*

Artículo 1.º El Instituto Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano-Filipino se constituye como un organismo científico y de carácter político.

Sus fines son:

a) El desarrollo de la solidaridad entre los penalistas de la comunidad hispano-luso-americana y filipina, mediante la más íntima colaboración de quienes individual y colectivamente, se dedi-

can al estudio y aplicación de las ciencias penales en cualquiera de sus aspectos.

b) La investigación de la criminalidad y sus causas, propugnando medios preventivos y represivos de combatirla y las reformas procedentes en el campo jurídico, criminológico y penitenciario.

c) Fomentar el desarrollo teórico y práctico del Derecho penal y el de todas aquellas disciplinas coadyuvantes de su eficacia y la difusión de sus normas y principios.

d) Mantener relaciones con instituciones científicas similares y organismos técnicos penales y penitenciarios, con el objeto de lograr un mejor conocimiento e intercambio de informes, trabajos y publicaciones.

e) Con la aportación del espíritu jurídico hispano-luso-americano y filipino coadyuvar hacia una uniformidad de criterio en la legislación penal y penitenciaria del mundo ibérico.

Art. 2.º El Instituto tendrá su sede en Madrid, pero podrá funcionar en cualquiera otro lugar que acuerde el Consejo Directivo.

## CAPITULO II

### *De la personalidad y régimen económico del Instituto*

Art. 3.º El Instituto tendrá personalidad y capacidad jurídicas conforme a las leyes españolas. Para aceptar subvenciones, donaciones, herencias y legados, será necesaria la conformidad del Consejo Directivo. En caso de disolución, que habrá de acordarse por la mayoría de dos tercios de los miembros titulares, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en la legislación española, y los fondos existentes se entregarán bien al Patronato de San Pablo o a cualquiera otra Institución análoga.

Art. 4.º Los gastos del Instituto serán atendidos.

1.º Con la cuota mínima de los miembros titulares y asociados de número, que se fija en el equivalente a setenta y ocho pesetas oro anuales de la moneda nacional respectiva, pudiendo ser modificada por acuerdo de dichos miembros titulares, tomado en sesión plenaria.

2.º Con las subvenciones, donaciones, herencias y legados que reciba y sean aceptados.

3.º Con el producto de sus bienes, publicaciones y servicios.

## CAPITULO III

### *De las Reuniones y Congresos*

Art. 5.º El Instituto procurará celebrar reuniones ordinarias cada dos años en las distintas localidades del mundo hispano-luso-americano-filipino.



Al final de cada sesión, el Instituto designará el lugar y la época de la siguiente. Tales decisiones podrán delegarse en el Consejo Directivo.

Art. 6.º El Instituto tutelaré y organizaré los futuros Congresos Penales y Penitenciarios hispano-luso-americano-filipinos, de los cuales será órgano permanente.

Art. 7.º Del mismo modo estableceré con el concurso de los Gobiernos o Instituciones que lo apoyen, un Aula Penal para la enseñanza y difusión de las Ciencias Penales y Penitenciarias, que rotará por los distintos países del mundo hispano-luso-americano-filipino y en los que se celebrarán conferencias.

## TITULO II

### DE LA ORGANIZACIÓN

#### CAPITULO IV

##### *De los miembros, asociados y organizaciones filiales*

Art. 8.º El Instituto se compone de miembros honorarios, miembros titulares y asociados de número, elegidos todos por votación entre los criminalistas y penitenciaristas de España, Portugal, América Hispana, Brasil y Filipinas.

Art. 9.º El Instituto puede nombrar miembros de honor a personalidades de cualquier nacionalidad que se hayan distinguido extraordinariamente en el campo de las ciencias penales, o que hayan prestado grandes servicios a la causa del Derecho, de las buenas relaciones entre los pueblos de la comunidad hispano-luso-americana y filipina o que de cualquier otro modo hayan cooperado de manera excepcional a los fines del Instituto.

Los miembros honorarios gozan de todos los derechos y prerrogativas de carácter científico de los titulares.

Art. 10. El número de miembros titulares del Instituto será de ciento veinticinco, que se elegirán por mayoría entre los asociados, correspondiendo un mínimo de dos a cada nación. Tendrán dos votos en las sesiones científicas y en la elección de asociados.

Art. 11. Los miembros honorarios y los titulares serán elegidos por mayoría de votos de aquellos que ya lo sean del Instituto, en la forma que dispone el artículo 22.

Art. 12. Los asociados de número no excederán de trescientos y tendrán derecho a participar con voz y voto en las sesiones del Instituto y en la elección de nuevos asociados. Serán elegidos entre los criminalistas hispano-luso-americanos y filipinos que se hayan distinguido por sus servicios en las ciencias penales, procu-

rando alcanzar una representación equitativa de los distintos Estados de la comunidad hispano-luso-americana-filipina.

Art. 13. Podrán ser organizaciones afiliadas, aquellas entidades científicas hispano-luso-americanas o filipinas, cuyos fines sean análogos a los del Instituto y que a éste sean incorporadas como tales por el Consejo Directivo del Instituto. Cada una de ellas designará el miembro titular o asociado de número del Instituto que haya de representarla en las reuniones del mismo.

## CAPITULO V

### *Del Gobierno y Régimen del Instituto*

Art. 14. El Gobierno y Régimen del Instituto corresponde a los miembros titulares, los cuales tendrán derecho a elegir miembros del Consejo Directivo. Competerá al Consejo Directivo la ejecución de los acuerdos del Instituto y la adopción de todas aquellas medidas administrativas o de urgencia que fuera preciso tomar en el intervalo de las sesiones plenarias.

Art. 15. El Consejo Directivo se compondrá de un Presidente, un Vicepresidente, un Director general, dos Directores generales adjuntos, catorce Consejeros, un Tesorero general, dos Tesoreros adjuntos, dos Interventores, un Secretario general y seis Secretarios adjuntos, cuyos nombramientos se efectuarán en cada uno de los períodos de sesiones, ejerciendo sus funciones hasta la siguiente, pudiendo ser reelegidos.

Art. 16. El Presidente ostenta la representación del Instituto y presidirá las sesiones del Consejo directivo, las sesiones administrativas de los miembros y las sesiones plenarias.

En caso de ausencia, enfermedad o vacante, le sustituirá el Director general hasta la primera sesión plenaria que el Instituto celebre.

Art. 17. El Director será coordinador inmediato de los servicios de Secretaría, Tesorería y Aula y demás organismos docentes que pudieran establecerse, con sujeción siempre al Consejo Directivo, del que será Delegado. Mantendrá comunicación con las organizaciones afiliadas.

Art. 18. Los Directores generales adjuntos colaborarán con el Director general, realizando las funciones concretas que éste les delegue, debiendo sustituirle alternativamente en caso de ausencia, enfermedad o vacante.

Art. 19. El Secretario general será el Jefe de los servicios de Secretaría, cuidará de la redacción de las actas de cada sección, las cuales quedarán sometidas a la aprobación de los miembros. Asimismo se encargará de la publicación de los trabajos en la forma que acuerde el Consejo Directivo. En cada sesión presentará un resumen de los últimos trabajos del Instituto.

Art. 20. El Tesorero general presentará, anualmente, los ba-

lances y estados de cuentas del Instituto, las que serán examinadas por el Consejo previo informe escrito de los Interventores.

Art. 21. Para el mejor desarrollo del Instituto, se establecen tantas Delegaciones del mismo, como nacionalidades integran el mundo hispano-luso-americano y filipino, componiéndose estos grupos nacionales de un Presidente, un Secretario general y de los distintos miembros y asociados del Instituto residentes en dicho país. Estas Delegaciones no tendrán otras atribuciones que aquellas concretas que en cada caso pueda conferirles el Consejo Directivo del Instituto y las de funcionar como Organismo de enlace entre el Consejo Directivo y los componentes del Instituto que radique en el país de la Delegación.

## CAPITULO VI

### *De las sesiones, votaciones y elecciones de miembros*

Art. 22. En las sesiones del Instituto, la votación de resoluciones o acuerdos, se hará oralmente, por mayoría y después de discusión, si la hay. Cuando se efectúe nominalmente, se harán constar quiénes votan a favor o en contra y aquellos que se abstengan; excepcionalmente, a juicio del Consejo Directivo y siempre que lo anuncien con dos meses de antelación, podrán admitirse para la adopción de resoluciones o acuerdos, los votos remitidos por correspondencia.

Art. 23. Las elecciones de miembros y de asociados serán secretas, pudiendo los ausentes enviar sus votos bajo sobre dirigido al Secretario general. Para ser elegidos los candidatos, deberán obtener la mayoría del total de los votos válidamente emitidos.

## CAPITULO VII

### *De las comisiones, idiomas oficiales, resoluciones, enmiendas y reformas*

Art. 24. El Consejo Directivo nombrará a los miembros y asociados del Instituto que hayan de constituir las comisiones correspondientes, así como los ponentes encargados de estudiar las cuestiones que se someterán a las deliberaciones de la sesión.

Art. 25. Serán idiomas oficiales del Instituto y del Aula el español, el portugués y el francés. En los actos oficiales y en los trabajos del Instituto o del Congreso se emplearán indistintamente los tres idiomas.

Art. 26. El Instituto, después de cada período de sesión, publicará la Memoria o un Resumen de sus trabajos.

Art. 27. El Instituto se constituye por tiempo indefinido. En

caso de disolución, que habrá de acordarse por mayoría de dos tercios de los miembros titulares, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en la legislación española, según dispone el artículo 3.º

Art. 28. Los presentes Estatutos serán revisables parcial o totalmente cuando lo soliciten veinte miembros. La petición motivada deberá ser dirigida al Consejo Directivo con tres meses de antelación a la celebración de cada período de sesiones.

## CAPITULO VIII

### *Disposiciones transitorias*

1.ª El Instituto queda constituido con todos los congresistas no españoles concurrentes al Congreso, y con aquellas personalidades no asistentes que hayan manifestado su adhesión y sean propuestas por sus respectivas representaciones nacionales y que por su relieve científico sean admitidas por la Mesa del Congreso en su sesión plenaria dedicada a tal fin. Lo constituyen igualmente los miembros de los Comités ejecutivo y de Coordinación científica españoles, y dos congresistas españoles por cada una de las distintas secciones designados por la Mesa del Congreso, siendo todos ellos asociados de número fundadores del Instituto y elegirán el primer Consejo Directivo provisional.

El Instituto celebrará una reunión plenaria preparatoria de la constitución del próximo Congreso, en la que podrá hacer nuevos nombramientos de asociados hasta el 75 por 100 del límite máximo estatutario. Una vez verificados estos nombramientos los asociados elegirán los miembros titulares, también dentro del límite del 75 por 100 del máximo establecido en los Estatutos. Se constituirá seguidamente la Junta de miembros titulares, la cual elegirá por mayoría de votos el Consejo Directivo definitivo previsto en los Estatutos, cuyo mandato regirá hasta la sesión plenaria previa al siguiente Congreso.

2.ª El Consejo Directivo podrá designar de su seno un Comité ejecutivo para impulsar la creación de los diferentes organismos.

3.ª De conformidad con lo previsto en el artículo 4.º, párrafo segundo y artículo 7.º de los Estatutos, y habida cuenta de lo que dispone el título V del Reglamento del Instituto de Cultura Hispánica, el Instituto acuerda solicitar el apoyo de dicha entidad.

4.ª No obstante lo dispuesto en la Primera Transitoria, se considerarán desde ahora miembros titulares del Instituto los representantes oficiales con credenciales de su Gobierno respectivo, uno por cada uno de esos países acreditados. En el caso en que la delegación acreditada se componga de varios representantes, ellos elegirán de entre sí el que haya de ser miembro titular del Instituto y si no hubiese acuerdo en ellos, se considerará miembro titular el primero que haya sido designado por su Gobierno como representante en el Congreso.

**Comisión 7.<sup>a</sup>**

UNIFICACION PENAL.—Dada la importancia que los trabajos de Unificación Penal revisten en la actualidad, el Congreso acordó constituir una Comisión 7.<sup>a</sup> presidida por el Dr. Martínez Viademonte, Presidente del Instituto Nacional de Criminología de La Habana, con ponencias suyas y del Dr. Theiler, profesor de la Facultad Nacional de Derecho del Brasil, que propuso las conclusiones y recomendaciones siguientes, que aprobó la Asamblea plenaria:

*Conclusiones*

1.<sup>a</sup> La Comisión entiende ser altamente deseable que se realicen los esfuerzos necesarios para lograr la finalidad de redactar un Código Penal Único que sirva de legislación positiva en todos los países que componen el Congreso.

2.<sup>a</sup> Existiendo el propósito surgido en este mismo Congreso de crear un Instituto Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano-Filipino, se encomienda a este Instituto, como una de las tareas inmediatas a realizar, la redacción de las bases con arreglo a las cuales haya de procederse a la obtención del resultado antes expresado.

3.<sup>a</sup> En la elaboración de este proyecto y guardando analogía los Códigos hispano-luso-americanos con el actual proyecto filipino, debe tenerse en cuenta este último.

4.<sup>a</sup> Estimar acertada la propuesta de que se incorpore al Código penal como tipo autónomo de delito o como circunstancia de agravación, según los casos, el realizado en la persona de cualquier emigrante quebrantando las leyes reguladoras de migración, y solicitarlo así de los Gobiernos respectivos.

*Recomendaciones*

1.<sup>a</sup> Declarar la utilidad y necesidad del estudio del Anteproyecto de Acuerdo iberoamericano sobre prevención y represión del delito de moneda falsá, para que, en su caso, la Comisión organizadora del II Congreso Penal y Penitenciario de España, Portugal, América y Filipinas lo incluya en el temario del mismo.

2.<sup>a</sup> Que sean entregados ejemplares de dicho Anteproyecto de Acuerdo para estudio por los Gobiernos interesados, ya sean signatarios del Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929, con ratificación o sin ella, como sucede a Colombia, Cuba, España, Panamá y Portugal, ya no figuren ni como signatarios ni como adheridos al mismo.

3.<sup>a</sup> Que el Congreso se sirva remitir dicho Anteproyecto de Acuerdo a las sociedades científicas, a los especialistas y a entidades de carácter internacional para que lo estudien, como lo hacen ya la Asociación Internacional de Derecho penal, la Oficina In-

ternacional para la Unificación del Derecho penal y la Comisión Internacional de Policía criminal y además a la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, con la recomendación favorable de este Congreso:

## ACUERDOS DE LA ASAMBLEA PLENARIA DEL CONGRESO

### I.º

El Congreso, *considerando*:  
 que en varios países americanos vive una gran población indígena;  
 que por sus especiales peculiaridades culturales, el indio vive al margen de la vida jurídico-cultural de estos países;  
 que es urgente su incorporación a la vida jurídico-cultural, como el mejor medio para su redención social;  
 que siendo amplio y complejo el estudio de este problema, resuelve:

1.º Señalar como tema preferente y especial el estudio del indio ante el Derecho penal y penitenciario, en su próxima reunión.

2.º Encauzar al Instituto penal y penitenciario hispano-luso-americano-filipino la preparación de temas de trabajo y de estudio en relación al indígena y el Derecho penal y penitenciario.

### 2.º

Es tomada en consideración la propuesta de la Delegación del Brasil de que se celebre en la ciudad de Sao Paulo, Estado de Sao Paulo (Brasil), en 1954, aniversario de su fundación, el segundo Congreso penal y penitenciario hispano-luso-americano-filipino.

### 3.º

Es tomada en consideración la presentación por la Delegación del Brasil del nombre del Dr. José Loureiro Junior para Presidente de la Comisión organizadora del próximo Congreso en la ciudad de São Paulo, en 1954, según previene el artículo segundo del Reglamento de los Congresos.

# INDICE GENERAL

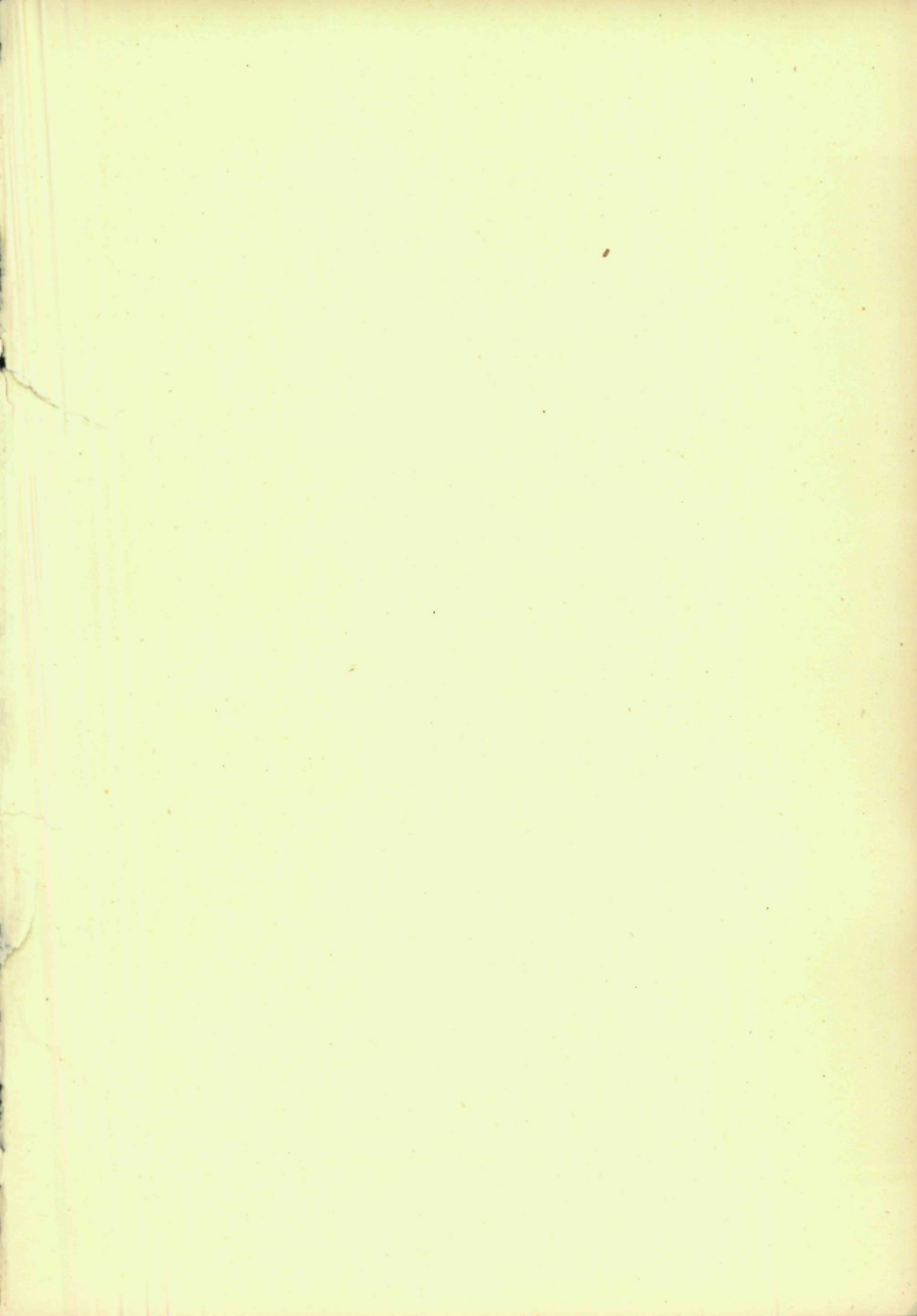
---

## Fascículo II

Páginas

### SECCION DOCTRINAL

La casación criminal española: Su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas. Primera ponencia, por MANUEL DE LA PLAZA	189
El auxilio judicial policial en el ambiente hispánico y especialmente la reincidencia internacional. Segunda ponencia, por JUAN DEL ROSAL ... ..	206
El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil. Tercera ponencia, por EUGENIO CUELLO CALÓN ... ..	254
Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas. Cuarta ponencia, por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS ... ..	306
Valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal. Quinta ponencia, por ANTONIO PIGA ... ..	334
Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino. Crónica de su Preparación y desarrollo, por FEDERICO CASTEJÓN ... ..	389





Suscripción anual: 60 ptas.  
Número suelto: 25 »