

FINES DE LA PENA

IMPORTANCIA, DIFICULTAD Y ACTUALIDAD DEL TEMA (*)

SUMARIO

1. *Trascendencia de la teoría del fin de la pena en los varios campos del Derecho.*
2. *En otras ciencias y en la vida práctica.*
3. *Interferencias externas: filosóficas, psicológicas, etc.*
4. *Crisis universal del Derecho penal moderno.*
5. *Antagonismo de los teóricos: extremistas y moderados.*
6. *Oposición de los sistemas penales: retribucionistas, defensistas.*
7. *Resumen de Derecho penal comparado.*
8. *Especial consideración del Proyecto alemán.*
9. *Conclusión: necesidad de estudiar los fines de la pena en la Nueva Defensa Social y en la "Vindicta" clásica.*

(*) Este artículo apareció en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en noviembre de 1961, págs. 595-622, y en Separata. Contiene un capítulo de la tesis doctoral *La Nueva Defensa Social y la vindicta clásica*, defendida en Madrid, el 22 de mayo de 1961, bajo la dirección del Profesor Juan DEL ROSAL, y que obtuvo la máxima calificación. Por razones ajenas a mi voluntad, no se publicó toda la tesis íntegra. Sólo vieron la luz éste y otros tres capítulos; dos aparecen también en este volumen, «Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social» y «Análisis crítico de la Nueva Defensa Social»; el tercero se publicó en francés en la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (julio-septiembre, 1965), págs. 559-582, «Vers un oecumenisme historique en droit pénal», y posteriormente en castellano, «Ecuemenismo histórico en Derecho Penal. La Pena-Retribución en los teólogos renacentistas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (abril, 1966), págs. 531-562.

1. Trascendencia de la teoría del fin de la pena en los varios campos del Derecho

El fin de la pena ha preocupado siempre hondamente a todos los hombres de espíritu. Ninguna queja produce vibración tan íntima en las personas que todavía —aun en nuestro siglo de la automación— no han perdido la facultad de reflexionar, como la que callada, pero continuamente, brota de las prisiones donde yacen miles de hombres, sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad. Allí padecen, se les inflige la pena —el mal—, en nombre del bien común...

La superficialidad con que algunos autores, y no sólo en periódicos o publicaciones populares, abordan el tema, está haciendo casi olvidar toda su profundidad y trascendencia. La oposición, en cuanto a la pena, de las teorías absolutas y relativas, tal como a veces se la expone, podrá parecernos una bagatela; pero, en realidad, constituye el Alfa y Omega de todo Derecho penal.

En multitud de juicios el Magistrado podrá comprender que, puestas las circunstancias de un caso concreto, v. gr., ante un delincuente habitual, tal pena, proporcionada ciertamente para satisfacer el fin retributivo, resultará, quizá, excesiva en su aspecto ejemplarizador, e insuficiente, en cambio, referida a su misión reeducadora...

Todos estos casos, que han de darse con más o menos frecuencia, colocan al Juez ante una insoslayable apelación a su personal jerarquización de valores teleológicos de la pena y de las medidas de seguridad (1).

Ante esta formidable antinomia de los fines de la pena, todo jurista consciente de su misión en la sociedad habrá de detenerse a reflexionar seriamente qué camino ha de elegir en esta birfurcación:

EXPIACIÓN — MEDICINA
VINDICTA — DEFENSA SOCIAL
CASTIGO — REEDUCACIÓN

(1) K. PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik* (Berlín, 1960), págs. 67 y sigs.

Quien todavía no haya resuelto personalmente esta antinomia, que Juan DEL ROSAL encerraría en estos dos conceptos: *Derecho penal de hecho* — *Derecho penal de autor* (2), no puede llamarse jurista, aunque sobre su bufete campee el título oficial. Y no vale alegar siquiera que la jurisprudencia o el Código penal de su nación, como lo hacen los Fundamentos de la legislación penal de la U.R.S.S. y Repúblicas Federadas de 1958, en su art. 20, le imponen la ruta a seguir. En este punto no exime de la reflexión y autodecisión personal, ni la autoridad del más alto tribunal. El Código podrá en su articulado dictar unas normas directivas, como lo pretendía MEZGER ante la Comisión encargada de la reforma del Código penal alemán (3); pero tales normas jamás podrán imponer dictatorialmente, «maquinalmente», al espíritu del Juez, la dosificación concreta de reeducación o castigo con que debe integrar la pena en cada caso concreto. Sería peor que retroceder al siglo XVIII, intentar prefijar «penas-receta», con valoración matemáticamente preestablecida.

La consideración personal de la pena desde el punto de vista clásico o positivista puede y debe colorear con los tonos más opuestos toda la actividad del jurista y de sus colaboradores. Desde el principal inspirador de un Proyecto de ley hasta el más humilde empleado penitenciario (4) adoptarán en su quehacer cotidiano un talante muy diverso según consideren en el delincuente una persona enferma, peligrosa o mala. Tanto el problema de la pena de muerte como el de las penas cortas privativas de libertad, el derecho de amnistía, etc., no pueden ser solucionadas seriamente si antes no se ha meditado bien acerca del fin que se pretende con la punición. El Juez firmará sentencias, a veces totalmente opuestas, según que vea en la prisión una medida de seguridad o una justa «vendetta». El gobernante encontrará en la respuesta a esta oposición la frontera de su facultad punitiva y la justa medida de la sanción con que debe proteger sus ordenaciones legales.

La concepción de la pena como algo resultante del delito, con absoluta independencia del fin — *δίκαιον φέσαι*, teoría absoluta—, o como una libre creación humana, que encierra todo su contenido en su relación a la mejora ético-social del delincuente y de la sociedad — *δίκαιον νόμῳ*, teoría relativa—, nos abre horizontes muy distintos, opuestos, en toda actividad jurídica científica y práctica, en todas nuestras relaciones humanas.

(2) J. DEL ROSAL, *Significazione della personalità nella legislazione spagnola*, en *Delitto e Personalità* (Milán, 1955), págs. 291-307. Idem, *Principios de Derecho penal español* (Valladolid, 1945), I, págs. 100 y sigs.

(3) E. MEZGER, *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, en adelante (MStR), 1 (1954), págs. 1 y sigs.

(4) D. L. HOWARD, *The english prisons* (Londres, 1960), págs. 3 y sigs. B. K. BHATTACHARYA, *Prisons* (Calcuta, 1958), págs. 39 y sigs., 105 y sigs. J. DUPREEL, *Etudes et perspectives pénitentiaires* (Bruselas, 1960), págs. 54 y sigs. H. J. KLARE, *Anatomy of Prisons* (Londres, 1960), págs. 96 y sigs.

2. En otras ciencias y en la vida práctica

El problema interesa, pues, a todos los juristas, pero también a todo hombre de inquietud cultural. Es evidente la importancia del tema en Teología (5) —sobre todo en nuestros años, tan acertadamente preocupados por la unidad cristiana—, en Criminología (6), en Pedagogía (7), en Psiquiatría (8), etc.

Para MANHEIM se discute aquí una de las dos cuestiones más graves y básicas de la política contemporánea (9). Y es evidente también el interés del tema para los filósofos, literatos y artistas (10). Y es que el problema del concepto y fin de la pena «pertenece —en frase de FEHR— a la gran problemática de la Historia» (11). La Prensa y demás medios de información lo tratan casi de continuo (12). Todas las ramas de la cultura, aun las ciencias naturales (13), llevan clavada en su entraña la inquietante interrogación del dolor y del mal: de la pena.

(5) B. HARING, *Das Gesetz Christi*³ (Friburgo Br., 1956), págs. 338 y sigs. (Hay traducción española, Barcelona, 1961.) K. BARTH, *Die Kirchliche Dogmatik*² (Zürich, 1957), III-4, págs. 503 y sigs. PEREDA, *La culpa y la pena según S. S. Pío XII*, Est. Deusto, 3 (1955), págs. 164 y sigs.

(6) E. DE GREEF, *Introduction à la Criminologie* (París, 1948), págs. 1, 31. Idem, *Sur le sentiment de responsabilité*, en *Revue Internationale de Défense Sociale*, en adelante (RIDS), 10 (1956), págs. 16 y sigs. O. KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie* (París, 1960), págs. 50 y sigs., 70 y sigs. J. HELLMER, *Kriminalpädagogik* (Berlín, 1959), págs. 64 y sigs. K. PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik* (Berlín, 1960), págs. 95 y sigs., 162 y sigs. R. MAURACH, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform* (Tübingen, 1960), págs. 6 y siguientes.

(7) *A propos de sanctions*, núm. 18 de *Parents et maîtres* (París, 1958), passim. K. PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik* (Berlín, 1960), págs. 6 y sigs., 26 y sigs. H. KERN, *Die Erziehung im Strafvollzug* (Berlín, 1958), libro apasionado, de poco valor jurídico. *Rechtsstaatsidee und Erziehungsstrafe*, monografías en memoria del Dr. M. LIEPMANN, por sus alumnos (Heidelberg, 1930), passim.

(8) “Las discrepancias entre juristas y psiquiatras no provienen exclusivamente de la vertiente psiquiátrica, sino también de la jurídica, cuya inseguridad doctrinal es todavía mayor, pues está supeditada no a los progresos científicos, sino a principios ideológicos.” A. VALLEJO-NÁJERA, *El peritaje psiquiátrico y el arcaísmo de las leyes de enjuiciamiento criminal y civil españolas*, en *Symposium de psiquiatría forense* (Madrid, 1958), pág. 25. C. DEBUYST, *L'observation psychologique des détenus et sa signification dans les Sciences pénitentiaires*, en *L'homme criminel* (Lovaina, 1956), págs. 127-149.

(9) H. MANHEIM, *Criminal Justice* (Londres, 1946), pág. 2. E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*² (Göttingen, 1951), págs. 379 y sigs.

(10) E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken* (Francfort del M., 1950, 1952, 1954, 1956).

(11) H. FEHR, *Deutsche Rechtsgeschichte*⁴, pág. 14. Citado en V. ACHTER, *Geburt der Strafe* (Francfort del M., 1951), pág. 10.

(12) *Le Monde*, jueves 9 de junio de 1960, págs. 1 y 10, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1 de junio de 1960.

(13) H. Kelsen, *Vergeltung und Kausalität* (La Haya, Illinois, 1941), págs. 259 y sigs. P. BOCKELMANN, *Schuld und Sühne*² (Göttingen, 1958), págs. 5 sig. Todo jurista intelectual siente actualmente la necesidad de realizar la problemática con-

3. Interferencias externas: filosóficas, psicológicas, etc.

Acuciados por este interés extraordinario, los hombres han discutido y escrito de tal forma que la bibliografía sobre el problema resulta inabarcable. Y, sin embargo, la cuestión aún sigue sin dilucidar. Giorgio DEL VECCHIO afirma sin titubeos esa irresolución; e indica acertadamente los motivos: la misma dificultad y complicación del problema.

«Il problema del fondamento della giustizia penale è antichissimo, ma pur sempre attuale, poichè ancora è vivo il contrasto tra le dottrine che hanno tentato di risolverlo in vari modi; e nessuna di tali dottrina ha raggiunto, a mio avviso, un risultato soddisfacente. Debbo confessare che tra tutti i problemi della Filosofia del diritto, ai quali ho dedicato i miei studi, nessuno mi apparve tanto difficile quanto questo...» (14).

Para CARNELUTTI, el problema de la pena es un

«tema altísimo; tan alto, que quizá no es posible llegar más arriba en la escala del saber, o, al menos, en la del saber jurídico» (15).

Esta dificultad del tema es una de las razones por las que, junto a los infinitos ensayos que superficialmente diletantean sobre él, sean muy escasas las publicaciones que con seriedad lo estudien. De ahí la brevedad con que se le trata también en los programas universitarios y temarios de oposiciones.

La exigüidad filosófica que ofrece a los estudiantes la Universidad española y extranjera (16) —prescindo de la Universidad rusa—, no capacita a nuestros juristas para enfrentarse con estas dudas vitales; han de contentarse con repetir lo que encuentran en los libros de texto o en las revistas jurídicas, muy ligero casi siempre. Sin una formación lógica y filosófica seria, es inevitable la desorientación y pérdida en el dédalo de tantas filosofías que, quiérase o no, son el sustrato inevitable de toda sistemática jurídica y penal. Para avanzar con paso firme en la penología fundamental se precisan, por otra parte, hondos conocimientos en el campo de la Psicología experimental y racional (17), además de una

junción de las ciencias del espíritu con los modernos descubrimientos de las ciencias naturales. Cf. K. PETERS y D. LANGHINRICHSEN, *Grundfragen der Strafrechtsreform* (Paderborn, 1959), págs. 14 y sig. R. MAURACH, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform* (Tübingen, 1960), pág. 6.

(14) G. DEL VECCHIO, *Il problema del fondamento della giustizia penale e una sua possibile soluzione*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, en adelante (*RIIDP*), 10 (1957), pág. 875.

(15) F. CARNELUTTI, *El problema de la pena* (Buenos Aires, 1957), pág. 7.

(16) Aun la seria Universidad alemana menosprecia en cierto sentido la Filosofía del Derecho reduciéndola a asignatura secundaria.

(17) H. EHRHARDT, *Die biologisch-psychologische Erforschung der Verbrechensursachen und ihre kriminalpolitische Bedeutung*, en *Kriminalpolitische Gegenwart*

extensa cultura teológico-moral, antropológica, histórica, etc. Pues en el problema de la pena, antes de poder formular una conclusión cualquiera, por muy parcial que parezca, se requiere dominar e interpretar todos los demás aspectos, aparentemente sin relación alguna (18). Toda la dogmática de la pena es sumamente compleja y encierra en sí múltiples antinomias (19).

DORADO MONTERO reconoce en varios pasajes la dificultad del problema y su actualidad. «Aun cuando antiguo y trillado —escribe—, el problema éste se encuentra todavía esperando una solución satisfactoria y, por tanto, puede ser considerado como del todo nuevo» (20). Y hoy, quizá más que en los días del profesor de Salamanca, puede afirmarse con DEL ROSAL que el tema es «uno de los problemas de más viva actualidad» (21).

4. Crisis universal del Derecho penal moderno

Es abrumador el número de autores que insisten sobre la urgencia de estudiar y modernizar el fin de la pena. Una de las razones de tal instancia es la inminencia de un giro de 180 grados en los derroteros del Derecho penal... La formidable crisis de la cultura occidental arrastra consigo a nuestra rama jurídica (22), y ni la justicia punitiva clásica, ni la positiva, se acomodan ya a la actual psicología del individuo y de la sociedad. El hombre moderno vuelve sus ojos a lo objetivo, excesivamente despreciado desde el Renacimiento, y busca, palpando como ciego, en el mundo jurídico una concepción «física» del orden universal, una realidad de roca firme, alrededor de la cual pueda girar el nuevo satélite de la justicia (23).

fragen (Wiesbaden, 1959), págs. 41 y sigs., especialmente 56 y sigs., y la bibliografía de las págs. 60 y sigs.

(18) P. BOCKELMANN, *Juristenzeitung* (1951), pág. 495.

(19) H. DOMBOIS, *Mensch und Strafe* (Witten-Ruhr, 1957), pág. 163.

(20) P. DORADO MONTERO, *Acerca de la base de la función penal*, en *De Criminología y Penología* (Madrid, 1906), pág. 7.

(21) J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español* (Valladolid, 1945), I, página 113.

(22) J. DANIELOU, *El misterio de la Historia* (San Sebastián, 1957), pág. 42. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis mundial y crisis del Derecho*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, 209 (1960), págs. 363-402. A. LIMA, *Aspectos da crise do direito*, en *Rev. Fac. Univ. São Paulo*, 53 (1958), págs. 121-138. L. RAGGI, *In tema di crisi del diritto*, en *Jus* (marzo 1958), págs. 141-145. C. SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO, *La falacia endémica del Derecho y la urgencia de seguir nuevos rumbos para su cultivo ante las precisiones de la era técnica naciente*, en *Universidad* (julio-diciembre, 1959), págs. 355-416, en pág. 361, nota bibliográfica.

(23) BREHIER, *Transformation de la philosophie française* (París, 1950), página 200. M. FERNÁNDEZ MONTES, *Estructuras de responsabilidad punible* (Madrid, 1957), págs. 160 y sig.

El eclecticismo presente nos augura un nuevo Derecho penal. Todos admitimos la urgente necesidad de la reforma, de una renovación honda, quizá de una revolución (24). Y, por desgracia, falta un estudio científico completo de la Historia del Derecho penal, y, sobre todo, de la Penología, que en los momentos actuales nos pueda ofrecer con clarividencia crítica la estela del pasado... y nos permita así dibujar el rumbo futuro. Estas páginas quisieran aportar su granito de arena a ese estudio ingente y consolidar el empalme de nuestros juristas medievales con la problemática actual. Digo consolidar y no iniciar, porque, por fortuna, en los últimos decenios ha florecido intensamente el estudio de los teólogos juristas. Limitándonos a lo publicado en España y Alemania, cabe citar a J. PEREDA, con su *Covarrubias penalista* (Barcelona, 1959), y a E. REIBSTEIN, H. WELZEL, v. WEBER, SCHAFFSTEIN, etc.

5. Antagonismo de los teóricos: extremistas y moderados

Actualmente los amagos de solución a la crisis universal del Derecho penal, sobre todo en lo relativo a los fines de la pena, adoptan posturas extremadamente opuestas, tanto en la teoría como en la legislación práctica.

Después de la aparente concordia entre las doctrinas dualista y unitaria, se ha vuelto a abrir la herida —cerrada en falso allá por los primeros decenios del siglo XX con la «Terza Scuola» conciliadora— y hoy el antagonismo es tanto o más total y violento que nunca.

Esta oposición aparece evidente entre los teóricos y sistemas legales extremadamente neoclásicos, frente a los extremadamente defensistas. Y existe también, contra lo que pudiera creerse, tanto o más profunda y peligrosa entre los teóricos y los sistemas legales moderados.

Oigamos primero el parecer de algunos extremistas.

El fin de la pena, según éstos, debe ser monodimensional: o retribución o defensa. Tajantemente se expresan todos sus teóricos. Así, BETTIOL nos dice:

«Es necesario tener bien claro que toda consideración preventiva acaba, tarde o temprano, por esterilizar la pena, por abrir la puerta a la medida de seguridad, y toda exigencia moral se apaga... *Non a caso tutto il pensiero positivista gravita attorno alle idee di difesa e di sicurezza, per cui, già a priori, si può affermare l'inconciabilità di esse, quali giustificatrici della pena, con quella di retribuzione...* La pena no incluye la faceta de seguridad, tiene una grandeza monodimensional en cuanto expelle de sí todo lo que no refiere a la imputación y reprobación a la cual sigue monodimensionalmente

(24) A. C. SCHNUR, *The new Penology: Fact or Fiction?*, en *The Journal of Criminal Law, Criminology...*, 49 (1958-1959), págs. 331-334.

la retribución... Hay un perfecto paralelismo entre la idea de reprobación, propia de la culpabilidad, y la idea de la retribución, propia de la pena. Si queremos conjugar en un concepto genérico de la pena y la medida de seguridad como sanción, *la pena finisce per essere fagocitata dalla misura*, la pena termina siendo absorbida por la medida de seguridad» (25).

QUINTANO RIPOLLÉS describe, por su parte, y con términos parecidos, el talante jurídico que le anima contra todos los modernos defensores, criminólogos, positivistas, etc., que

«pretenden privar al Derecho penal de su contenido —no antiguo ni moderno—, sino esencial... No es, pues, un prurito de belicosidad el que me mueve, sino el de responder a reiterados ataques, directos o solapados, que al Derecho penal se hacen... La defensa social pretende quitar la noción cardinal de la pena... Con su difusión resultan susceptibles de ocasionar resultados bastante más ciertos y peligrosos, pese a su utopismo y a su ilogismo. Son ideas que, de arraigar, debilitan o anulan el valor intimidativo de la pena frente a los eventuales justiciables, y hasta contribuye, por parte de los jueces llamados a pronunciar sus fallos, a la pérdida —en mayor o menor medida— de la firmeza y certidumbre» (26).

La realidad de esta observación final la ha podido verificar experimentalmente toda persona que trate con autoridades judiciales.

FREY se manifiesta con parecida energía antidefensista en repetidas ocasiones. En su discurso de toma de posesión de la Cátedra de Zurich el 31 de enero de 1933, nos dice: que admitir las proposiciones de la Defensa Social sería matar el Derecho penal... «El peligro del desarrollo unilateral o extremista de la Defensa Social supera toda ponderación —*kann nicht ernst genug genommen werden*» (27)—. Y de modo semejante se pronuncia en la ponencia tenida en el coloquio internacional «La criminologie devant la controverse: Droit pénal-Défense sociale» (28), así como en su conferencia en Oberglottertal el 26 de junio de 1957 (29).

(25) G. BETTIOL, *Il problema penale*² (Palermo, 1948), pág. 111. Idem, *Sulla rieducazione del condannato*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale (RItdPP)*, 1 (1958), págs. 634 y sig.

(26) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *La evolución del Derecho penal moderno*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADP)*, 10 (1957), pág. 287. Idem, *Culpabilidad y retribución*, en *Homenaje a Legaz y Lacambra* (Santiago, 1960), páginas 1032 y sigs.

(27) E. R. FREY, *Strafrecht oder soziale Verteidigung?*, en *Schweizer. Zeitschrift für Strafrecht (SchZSt)*, 68 (1953), pág. 416.

(28) Idem en *Bulletin de la Société Internationale de Criminologie* (1956, 2), páginas 119-142.

(29) Idem. Cfr. *Die Rolle der Criminologie als "Führerin und Ratsgeberin" der Strafrechtsreform*, en *Internationales Colloquium über Criminologie und Strafrechtsreform* (Friburgo Br., 1958), págs. 11, 41, 110 y sigs.

De los extremistas defensores vamos a oír a Marc ANCEL. Según este autor, el mejor exponente de la Nueva Defensa Social, ésta se opone al Derecho penal clásico, pues rechaza sus postulados fundamentales: carácter legalista y jurídico, dimensión metafísica, concepción abstracta del delito... La Nueva Defensa Social desconoce el orden jurídico y únicamente reconoce el orden social. Niega la pena y admite solamente la medida de seguridad, que no debe pretender retribución alguna, ni expiación, ni reparación; sólo mira al futuro prescindiendo totalmente del pasado, sus fines se agotan en tres palabras: prevención, protección, reintegración.

Lógicamente concluye ANCEL que la Nueva Defensa Social puede definirse con acierto como la doctrina que se opone y que procura destruir o reemplazar a las concepciones tradicionales del Derecho clásico (30). Semejante es la opinión de RADBRUCH: «Reformar el Derecho penal no significa mejorarlo, sino sustituirlo por algo mejor» (31). ANDRIANAKIS, por su parte, afirma que «efectivamente hoy las penas como las medidas de seguridad no se proponen otro fin que mejorar al delincuente» (32). Y Hideo ICHIKAWA: «Será necesario ir del objetivismo de la teoría penal clásica al subjetivismo de la teoría penal moderna, de la pena vindicativa a la sanción correctiva» (33). Según MITTERMAIER, «cada día domina más (en las prisiones) el tratamiento *puramente* (subrayo) resocializador» (34). Haciéndose eco de estas tendencias, Pío XII, en la alocución al VI Congreso de Derecho penal internacional, deja constancia de una realidad: «la mayor parte de las teorías modernas del Derecho penal explican la pena y la justifican, en fin de cuentas, como una medida de protección» (35); y en su discurso a la Unión de Juristas Católicos Italianos, repite que «quizá la mayor parte de los juristas civiles niega la pena vindicativa» (36).

El grupo capitaneado por GRAMATICA adopta una postura más extremista aún: pretende abolir completamente el Derecho penal actual, luchar contra la pena, prescindir totalmente de las categorías «delito» y «delincuente», para tomar en consideración únicamente no ya la peligrosidad de los positivistas, sino la «antisocialidad» (37).

(30) M. ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle* (París, 1954), págs. 91 y siguientes.

(31) Citado por R. LANGE en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben* (Karlsruhe, 1960), I, pág. 345.

(32) ANDRIANAKIS, *Le contrôle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sûreté*, en *Revue Internationale de Droit pénal (RIDP)* (1957), pág. 191.

(33) ICHIKAWA, *ibíd.*, pág. 264.

(34) MITTERMAIER, *Gefängniskunde* (Frankfurt M., Berlín, 1954), pág. 215.

(35) AAS., 45 (1953), pág. 742.

(36) AAS., 47 (1955), pág. 81.

(37) F. GRAMATICA, *Trois points de défense sociale*, en *RIDS*, 3 (1949), páginas 61 y sigs., y *RIDS*, 6 (1952), núms. 3-4, págs. 12 y sigs. *Idem*, *Principi di Difesa sociale* (Padova, 1961), págs. 63 y sigs.

De momento creemos que bastan estas citas para poder concluir que una buena parte de los penalistas actuales propugnan teorías frontalmente opuestas en cuanto a la pena.

A esta conclusión nos ha conducido el análisis del —doble— grupo extremista. Si analizásemos detenidamente el grupo moderado, llegaríamos a una conclusión semejante. En este grupo la oposición es menos evidente, pero tan real como en los extremistas y de consecuencias mucho más funestas; y tanto más cuanto mayor sea la aparente concordia exterior, porque ésta no es fruto de un principio coordinador de tendencias opuestas, sino mera yuxtaposición escéptica, mera transacción «política». Actualmente los penalistas moderados, salvo rara excepción, no son hombres de voltaje intelectual extraordinario que sinteticen armónicamente teorías diversas, sino todo lo contrario, especialistas incapaces de vincularse a una idea, a una teoría y, sobre todo, incapaces de crear una verdad superior vinculadora de oposiciones parciales, y «creer» en ella.

Por esto la peor solución de la crisis actual sería la aceptación del escepticismo, más extendido en la Sociedad y en el Derecho de lo que suele creerse (38).

Vale decir, por tanto, que en Derecho penal, como en Política, el mundo de hoy está agrupado —y enfrentado— en dos bloques formidables, más irreductibles que nunca. La lucha de comienzos de siglo entre las dos escuelas no terminó con la paz. Se prolongó con la guerra fría. Las fuerzas de estos dos frentes están diseminadas por todo el mundo. Probarlo a las inmediatas nos distraería demasiado, pero quedará patente en páginas posteriores.

6. Oposición de los sistemas legales: retribucionistas, defensistas

En la legislación positiva actual, los sistemas totalmente retribucionistas o defensistas son muy pocos, sin que esto quiera decir que la oposición teórica desaparezca al cristalizar en instituciones legales; todo lo contrario. La oposición permanece.

Bastará una somera observación del Derecho comparado actual para convencernos de que la legislación penal, dentro y fuera de Europa (39),

(38) H. SCHELSKY, *Die skeptische Generation* (Düsseldorf, 1957). Lo que SCHELSKY dice de la juventud se puede y debe aplicar en general a la sociedad toda. P. CUCHE, *L'éclectisme en Droit pénal*, en *Revue Pénitentiaire de Droit Pénal (RPDP)* (1907), págs. 944 y sigs.

(39) H. H. JESCHECK, *Les principes de la réforme actuelle du droit pénal allemand*, en *RSC* (1959), págs. 68 y sigs. R. LANGE, *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960* (Karlsruhe, 1960), I, págs. 347, 357. A. SANTORO, *Il tabù retribuzionistico della*

padece una oposición violenta que no puede perdurar, pues carece de un principio coordinador y rebasa exageradamente el *mínimum* —indispensable en todo Código— de conciliación de tendencias opuestas:

I. *Oposición externa, global, de las*

A) Legislaciones de marcada tendencia *retribucionista*: España (40), Austria (41), Alemania (41 bis), y, en cierto sentido, Suiza (42), Portugal (43), etc., frente a las

B) Legislaciones de marcada tendencia *defensista*: Cuba (44), Suecia (45), Inglaterra (46), Estados Unidos (47), Bélgica (48), Grecia (49), Groenlandia (50), Noruega, etc. (51).

pena, en *Scuola Positiva (ScPo)*, 63 (1959), págs. 50-57. BETTIOL, *Aspetti politici del Diritto penale contemporaneo* (Palermo, 1953), págs. 99 y sigs. Idem, *Repressione e prevenzione*, en *Studi in memoria di A. Rocco* (Milán, 1952), I, págs. 175-193, especialmente 190 y sig. ROSAL, *Sulle antinomie del Diritto penale*, en *ScPo*, 63 (1956), págs. 461-469.

(40) J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Madrid, 1949), I, págs. 62 y sigs., 70 y siguientes, y su excelente monografía, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Salamanca, 1944). E. CUELLO CALÓN, *La reforma penal en España* (Madrid, 1949), págs. 13, 33 y sigs. ROSAL, *La personalidad del delincuente*² (Valladolid, 1953), págs. 143 y sigs. F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 1944* (Madrid, 1946).

(41) NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen* (Graz-Viena-Colonia, 1955). T. RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts* (Viena, 1954), I, págs. 2 y sigs. R. GRASSEBERGER, en *Cinquante ans de droit pénal et de criminologie* (Bruselas, 1957), págs. 385-392).

(41 bis) En páginas posteriores detallaremos la postura alemana.

(42) K. LUDWIG, *Der sühnegedanke im schweizerischen Strafrecht* (Basilea, 1952), especialmente págs. 8, 20, 27.

(43) D. LANG-HINRICHSSEN, *Das Strafsystem im ausländischen Strafrecht* (Bonn, 1955), págs. 16, 38 y sigs. En la legislación de Suiza y Portugal encontramos amplia aceptación de la tendencia preventiva y correctiva, como indicamos después, pero a pesar de ello creemos, con LANG-HINRICHSSEN, que perdura su marcada tendencia retribucionista, o al menos su oposición a las legislaciones de marcada tendencia defensista.

(44) M. ANCEL, *Le Code cubain de 1936 et le mouvement moderne de défense sociale*, en *Revista Penal de La Habana (RPLH)* (1957), número especial, páginas 398 y sigs.

(45) T. SEELIN, *The Protective Code. A Swedish Proposal* (Estocolmo, 1957). Cfr. ED. (1959), págs. 322 y sig. K. OLIVECRONA, *Das moralische Problem der Strafgesetzgebung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZgStW)*, 69 (1957), págs. 397 y sigs. S. HURWITZ, *Nordische Gesetze und Entwürfe unter dem Aspekt des Themes Kriminologie und Strafrechtsreform*, en *Internationales Colloquium...* (Friburgo, 1958), págs. 85-95, especialmente 86 y sigs. y 93.

(46) Ll. J. EDWARDS, *A new Doctrine in criminal Punishment*, en *Law Quart. Review (LQR)* (1956), págs. 117 y sigs. D. LANG-HINRICHSSEN, *Zum System der Strafen und bessernden und sichernden Massnahmen im englischen Recht*, en *Monumentum Bambergense, Festschrift f. Benedikt Kraft* (Munich, 1955), páginas 138-150. L. RADZINOWICZ, *The Criminal Justice Act, 1948*, en *Studi in memoria di A. Rocco* (Milán, 1952), II, págs. 405-418. Idem, en *Introduction au droit pénal de l'Angleterre* (París, 1959), págs. 1-33, especialmente 26 y sigs. M. GRUENHUT,

II. *Oposición interna* dentro de cada legislación nacional, que no termina de asimilar debidamente la antítesis: pena-medida de seguridad, culpa-peligrosidad (52).

Casi todas las legislaciones admiten, sin previa acomodación, normas procedentes de las más opuestas tendencias; en el transfondo de la legislación no existe un principio de conciliación... La enfermedad más grave de nuestros Códigos penales es el eclecticismo y escepticismo peligrosos siempre, pero más cuando se trata de aplicar la justicia.

7. Resumen de Derecho penal comparado

Esta lucha o antítesis interna se observa actualmente en todas las legislaciones penales, tanto en las retribucionistas como en las defensistas. En las primeras, aun las que conservan más porcentaje de retribucionismo, como la española, se da bastante entrada a las medidas de seguridad y son complementadas por leyes especiales de tipo defensista (53). De

Geschichtliche und rationale Elemente im englischen Strafrecht, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 659-669, especialmente 667.

(47) D. R. TAFT, *Criminology* (Nueva York, 1956). Especialmente el capítulo "Treatment of Criminals". T. SELLIN, en *Cinquante ans...*, págs. 411-421. R. LANGE, *Wandlungen in den kriminologischen...*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben* (Karlsruhe, 1960), págs. 347 y sigs. y 354 y sigs.

(48) P. CORNILL, *Vingt ans d'application de la loi de Défense sociale*, en *RSC* (1955), págs. 181-203. T. COLLIGNON, *Defensa social*, en *RGLJ*, 184 (1948), páginas 284 y sigs. L. VERWAECK, *Le mesure di sicurezza nel Belgio*, en *RiDP* (1938), páginas 1121-1125. Una vista completa del tema nos brindan los quince artículos de la segunda parte del número extraordinario de la *RDPC*, *Cinquante ans de droit pénal et de criminologie* (Bruselas, 1957).

(49) E. GAPHOS, *The Treatment of special Categories of Offenders under the Greek Penal Code of 1950*, en *International Review of Criminal Policy (IRCP)* (1952), núm. 2, págs. 113 y sigs. D. KARANIKAS, *Die Theoretischen Grundlagen des griechischen StGB* (de 1950), en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 669-680, especialmente 672 y sigs. C. P. YOTIS, *Droit pénal hellénique*, en *RDPC*, 40 (1959-1960), páginas 930 y sigs. Idem, en *ZgStW*, 65 (1953), págs. 579 y sigs. Idem, en *Cinquante ans...*, págs. 463-477, especialmente 466 y sigs.

(50) F. MARCUS, *Das dänische Kriminalgesetzbuch für Grönland*, en *ZgStW*, 67 (1955), págs. 323-343. Idem, *Das dänische Kriminalgesetzbuch für Grönland vom 5 März 1954* (Berlín, 1955). Traducción alemana del código con una introducción muy acertada.

(51) D. LANG-HINRICHSSEN, *Das Strafsystem im ausländischen Strafrecht* (Bonn, 1955), págs. 17 y sigs., 41 y sigs.

(52) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht²* (Karlsruhe, 1958), I, pág. 45. T. SELLIN, *The Protective Code. A Swedish Proposal* (Estocolmo, 1957). J. ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Salamanca, 1944), 31. VOUIN-LEAUTE, *Droit pénal et Criminologie* (París, 1956), pág. 93. E. SCHMIDT, *Justicia fundamentum regnorum* (Heidelberg, 1947), pág. 123. G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, en *RiDPP*, nue. ser., 1 (1958), páginas 633-644. F. GRISPIGNI, *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, en *Studi in memoria di A. Rocco*, t. 2, págs. 3 y sigs.

(53) J. DEL ROSAL, *Nuevo sentido defensista del D. P. español*, en *Acerca del*

modo semejante, junto a la doctrina clásica fundamento de sus respectivos Códigos penales, han introducido modernas medidas de seguridad Austria (54), Suiza (55), Portugal (56), Italia (57) y sus imitadoras Turquía y Brasil (58), etc.

Observamos también un turbio eclecticismo en las naciones de más unilateral tendencia defensiva. Así, en Inglaterra (59) y Estados Uni-

pensamiento penal español (Madrid, 1942), págs. 45-80. Idem, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*² (Valladolid, 1953), págs. 108 y sigs., 121 y sigs. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Madrid, 1949), pág. 71. F. F. OLESA MUÑIDO, *Las medidas de seguridad* (Barcelona, 1951), págs. 325 y sigs.

(54) Ley de 10 de junio de 1932, modificando la antigua de 24 de mayo de 1885. F. KADECKA, *Strafrecht u. Willensfreiheit*, en *Oester. Jurist. Zeitung* (1953), páginas 337 y sigs. K. GLASSL, *Der Strafvollzug in Oesterreich*, en *Oest. Ric.*, 38 (1960), páginas 33 y sigs. C. MAYERHOFER, *Subjektivismus im Strafrecht*, en *Wort und Wahrheit* (1960), págs. 665 y sigs.

(55) P. LOGOZ, *Commentaire du Code pénal Suisse* (Neuchâtel, s. f., la "note de l'auteur" está firmada en 1941), parte general, págs. 59 y sigs., 272 y sigs. O. A. GERMAIN, *10 Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch*, en *SchZSt*, 67 (1952), páginas 1-40. J. GRAVEN, en *Cinquante ans...*, págs. 533-558, especialmente 536, 543, 549 y sigs. y 533 y sigs. F. CLERC, *La réforme pénitentiaire en Suisse*, en *RIDP* (1947), págs. 69 y sigs. M. ANCEL, *Le code pénal suisse et la politique criminelle moderne*, en *SchZSt*, 73 (1958), págs. 165 y sigs. OLESA MUÑIDO, *Las medidas de seguridad...*, págs. 231 y sigs.

(56) J. BELEZA DOS SANTOS, *O fim da prevenção especial nas prisoes criminais. Valor e limites*, en *Boletim do Ministerio da Justiça*, 73 (1958). Idem, *Nova organização prisional portuguesa* (Coimbra, 1947). ROSAL, *Realizaciones y proyectos de la nueva Reforma de prisiones en Portugal*, en *Estudios penales* (Madrid, 1948), páginas 303 y sigs. La actual constitución portuguesa, en su art. 124, fija el fin de la pena y medidas de seguridad, en la defensa social y, en cuanto sea posible, en la reintegración social del delincuente. Son dignos de tenerse en cuenta el Decreto-ley de 28 de mayo de 1936, *Reorganização dos serviços prisionais*, núm. 26.643, en *BLE* (1945), IV, pág. 240, y el Decreto de 5 de junio de 1954, que (art. 54) insiste en la prevención (y represión...) como fines de las penas y medidas de seguridad y equipara al delincuente por tendencia con el delincuente habitual (art. 67).

(57) G. BETTIOL, *Wissenschaft und Gesetzgebung in Italien nach 1945*, en *ZgStW*, 64 (1952), págs. 240-252, especialmente 250 y sigs. Idem, *Ueber den gegenwärtigen Stand der italienischen Strafrechtswissenschaft*, en *ZgStW*, 71 (1959), páginas 483-495. Idem, GRISPIGNI, *Indici del futuro svolgimento del diritto penale*, en *Studi in memoria di A. Rocco* (Roma, 1952), II, págs. 3 y sigs. (algunas de sus consideraciones me parecen exageradas y apasionadas). P. NUVOLONE, en *Cinquante ans...*, págs. 479-488, especialmente 482 y sigs. OLESA MUÑIDO, *Las medidas...*, páginas 202 y sigs. M. BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado de peligrosidad y las medidas de seguridad con especial referencia al Derecho italiano y alemán*, en *Boletín Informativo del Seminario de D. Pol. de la Universidad de Salamanca* (1959), págs. 200 y sigs. G. D. PISAPIA, *Il trattamento del recidive e l'eterno problema della prevenzione* (Modena, 1957). De especial interés el comentario al artículo 27 de la Constitución. M. PORZIO, *Gli attuali orientamenti nel trattamento dei delinquenti seminfermi di mente, abituali e professionali*, en *ScPo* (1954), páginas 406 y sigs. J. M. STAMPA BRAUN, *El proyecto preliminar del Código penal italiano*, en *AnDP*, 3 (1950), págs. 93-112, especialmente 98 y sigs. y sus notas.

(58) R. LYRA, en *Cinquante ans...*, págs. 393-398, especialmente 396 y siguientes. O. PÉREZ VITORIA, *El nuevo Código penal del Brasil*, separata de *Est. Jurídicos* (Madrid, 1944).

(59) D. BOGEN, "Justice" versus Individualized Treatment in the Juvenile Court,

dos (60) perduran rasgos eminentemente retribucionistas. Baste el ejemplo de la pena de muerte —que sólo podría justificarse dentro de una concepción expiacionista (61)— admitida tanto en Inglaterra como en el Código Federal y en el de la mayoría (más de cuarenta) de los Estados de la Unión (61 bis).

El sistema unitario es uno de los postulados esenciales de la Defensa Social, como explica ANCEL (62). Sin embargo —y éste es otro indicio de la confusión y oposición en las legislaciones penales de que venimos hablando—, mantienen en cierto ámbito el sistema dualístico de medidas de seguridad y penas retribucionistas, países de legislación defensiva tan marcada como Suecia (63), Cuba (64), Grecia (65), Noruega (66), etc.

en *Journal of Criminal Law and Criminology (JCLC)*, 34 (1944), págs. 249 y siguientes. *Penal Practice in a Changing Society* (Her Majesty's Stationery Office) (Londres, 1959), passim, especialmente núms. 17 y sigs. W. A. ELKIN, *The English Penal System* (Londres, 1957), págs. 186 y sigs. A. M. HONORE, *Probleme der Strafrechtsreform im England*, en *ZgStW*, 68 (1956), págs. 489-500, especialmente 492 y sigs., 497 y sigs. Cfr. el comentario al *Homicide Act*, 1957 escrito por H. H. HELDEMANN, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 314-339. L. FOX, *L'évolution du système pénitentiaire et les méthodes de traitement*, en *Introduction au droit criminel de l'Angleterre* (París, 1959), págs. 259-300 (publicado bajo la dirección de RADZINOWICZ y ANCEL).

(60) E. CELLER, *An Expression of Congressional Interest in the Federal Sentencing Institute*, en *Federal Probation*, 24 (1960), págs. 3-6, especialmente página 4. T. SELLIN, *The Dead Penalty. A Report for the Model Penal Code Project of the American Law Institut* (Philadelphia, 1959). T. SELLIN y D. CAMPION, *Capital and Corporal Punishment* (Ottawa, 1955). Cfr. las introducciones y datos de *Federal Prisons* de los últimos cuatro años (Washington, 1956-1960), v. gr., *Federal Prisons*, 1956, pág. 2. *Compensation for Victims of Criminal Violence (A Round Table)*, en *Justice of the Peace and Local Government Review (JPL)*, 8 (1959), págs. 191-253, con selecta bibliografía acerca de las teorías de la pena en la pág. 221.

(61) G. ERMECKE, *Zur ethischen Begründung der Todesstrafe heute* (Paderborn, 1959), págs. 35 y sigs. W. PREISER, *Das Recht zu strafen*, en *Festschrift f. E. Mezger* (Munich, 1954), págs. 74 y sigs. La legitimación defensiva de la pena capital me parece hoy insuficiente, entre otras razones, porque la seguridad social puede conseguirse actualmente por otras instituciones más humanas. Las razones de los clásicos, basadas en el bien común... son válidas en sí y, quizá, para su tiempo; actualmente no conservan su aplicabilidad; las circunstancias históricas y sociológicas de hoy han cambiado fuertemente muchos prerequisites.

(61 bis) Hugo Adam BEDAU, *Capital punishment in the United States*, en *The Howard Journal*, 19 (1960), págs. 225 y sigs.

(62) M. ANCEL, *La nouvelle défense sociale* (París, 1954), págs. 146 y sigs.

(63) I. AGGE, *Die Entwicklung des schwedischen Strafrechts*, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 93-113, especialmente 105 y sigs. y 305-314. Admite la diferencia entre penas y medidas de seguridad, aunque reconoce que "im grossem und ganzem" sigue el sistema unitario.

(64) Aun dentro del mismo Código de Defensa social, de 11 de abril de 1936, cuyo principal autor fue José Antonio MARTÍNEZ, permanecen internas oposiciones; v. gr., su contradictorio sistema cumulativo (art. 592 A) de sanciones y medidas de seguridad, etc. Por esta causa fue tan críticamente censurado, y la ley Cremata (7 de octubre de 1936) suspendió su vigencia por dos años. V. TEJERA y E. TABIO, *Comentarios al Código de defensa social* (La Habana, 1956), 14 volúmenes; los seis primeros de TEJERA. L. JIMÉNEZ ASÚA, *Bericht über das lateinamericanische Strafrecht 1956-57*, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 695 y sig.

Un efecto de este eclecticismo es la crisis práctica —más aún que teórica— del principio de legalidad «nullum crimen, nulla poena sine lege» (67).

También en Francia, principal bastión de la N. Defensa Social, si bien se han observado importantes transformaciones legales defensoras, sin embargo, en las más modernas reformas reaparece cierto carácter retribucionista, que patentiza esta crisis interna universal. En concreto, verbigracia, la Ordenanza publicada en el *Journal Officiel* del 8 de junio de 1960, reformando algunos artículos del Código penal y de procedimiento criminal, presenta varios rasgos de marcada tendencia retribucionista, como la readmisión de la pena de muerte para los delitos políticos, etc. (68).

De modo semejante encontramos esta doble tendencia dentro de los «Fundamentos de la legislación penal de la U.R.S.S. y Repúblicas Federadas». Los comentaristas de esta nueva ley (69) hacen resaltar atinadamente la gran innovación que suponen los artículos 3.º y 20, al admitir

G. BLAU, *Das Cubanische Gesetzbuch der Sozialen Verteidigung* (Berlín, 1957). Especialmente la introducción, págs. XII-XXVI, con abundante bibliografía al final.

(65) F. PHILIPPIDES, *Das griechische Strafgesetzbuch vom 1.1.1951*, en *ZgStW*, 69 (1957), págs. 580-590. Idem, *Das System der Strafen und sichernden Massregeln im griechischen Strafgesetzbuch vom 1.1.1951*, en *ZgStW*, 66 (1954), págs. 408 y siguientes, con abundantes citas bibliográficas y una apreciación positiva de la unidad armónica y orgánica que puede servir del modelo... Diverso es el parecer de LANG-HINRICHSEN en las páginas citadas en la nota siguiente.

(66) LANG-HINRICHSEN, *Das Strafsystem im ausländischen Strafrecht* (Bonn, 1955), págs. 28 y sigs.

(67) H. AL-JASSIM, *Des modifications aux dispositions du code pénal irakien sur la fixation de la peine* (Ginebra-París, 1959). Especialmente las págs. 309 y siguientes, con su exposición comparativa de la legislación francesa, suiza... y en el art. 114 del Derecho penal de Bagdad. J. GRAVEN, *Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leur application en droit pénal suisse*, en *Revue Pénal Suisse (RPS)*, 66 (1951), págs. 377-417. En el VII Congreso Internacional de Derecho Penal se presentaron interesantes informes sobre el tema: *RIDP*, 27 (1957), págs. 191 y sigs., 203 y sigs., etc.

(68) *Le Monde*, 9 de junio de 1960.

(69) K. GRZYBOWSKI, *Soviet Reform of Criminal Law of 1958*, en *OER*, 6 (1960), págs. 108-122, especialmente págs. 113 y sigs. J. BELLON y M. FRIDIEFF, *Les nouveaux "fondaments" du droit pénal et de la procédure pénale soviétiques*, en *RSC* (1959), págs. 83-95, especialmente 85. A. PIONTKOWSKY, *La réforme de la Législation pénale en U. R. S. S.*, en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie (RDPC)*, 40 (1959-1960), págs. 266-273. E. CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la Unión Soviética*, en *ADP*, 13 (1960), págs. 9-25. Con selecta bibliografía, pág. 25. A. QUINTANO RIPOLLÉS nos ofrece en el mismo número del *ADP* una muy esmerada traducción de los *Fundamentos de la legislación penal de la U. R. S. S. y repúblicas federadas*. *ADP*, págs. 115 y sigs., con una breve pero muy atinada introducción. G. DE SIMONE, *Il diritto criminale sovietico*, en *La Giustizia Penale (GP)*, 63 (1958), núm. 10, I, col. 329 y sigs. J. GRAVEN, *La réforme du D. pénal et de la procédure pénale en U. R. S. S.*, en *RPS*, 74 (1959), páginas 228 y sigs. Un excelente estudio filosófico-histórico del trasfondo materialista del sistema jurídico soviético nos ofrece la magnífica obra de G. A. WETTER, *Der dialektische Materialismus*⁴ (Friburgo Br., 1958).

claramente los conceptos de culpabilidad y retribución, desconocidos en los Principios de 1924 y los Códigos en ellos inspirados. El otro aspecto —el de la prevención especial— lo resaltan igualmente los escritores rusos (70), llegando a decir UTEWSKI, con apasionada exageración (71), que la presente ley menciona por primera vez en la historia de la legislación rusa la reeducación del reo entre los fines de la pena. «Erstmalig in der Geschichte der Strafgesetzgebung (im Jahre 1938 war dies beim Gesetz über die Gerichtsverfassung der UdSSR der Fall) wird im Entwurf unter den Zielen der Strafe die Besserung und Umerziehung der Verurteilten genannt» (72).

En algunas naciones hispanoamericanas predomina un defensismo de notas positivistas, ya superadas en Europa. Así, por ejemplo, en Cuba, Costa Rica, Venezuela, etc. (73). Pero en las más perdura todavía la

(70) W. A. BOLDYRJEV, *Ueber die Kodifikation der Strafgesetzgebung der Unionsrepubliken*, en *Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst (RI)*, 7 (1958), col. 601-605. A. PIONTKOWSKY, *Grundlegende Fragen des Strafrechts im Entwurf der Grundsatzbestimmungen für die Strafgesetzgebung der Union der SSR und der Unionsrepubliken*, en *RI*, 8 (1959), col. 20-26, especialmente col. 25.

(71) B. UTEWSKI, *Fragen der Strafe in der Strafgesetzgebung*, en *RI* (1958), col. 607. Tanto el comentario de UTEWSKI como los de BOLDYRJEV y PIONTKOWSKY, antes citados, se refieren directamente al texto del Proyecto preparatorio, no al texto de la ley definitiva. Pero tienen completa aplicación a ésta, pues las diferencias son accesorias, como lo prueba el cotejo de ambos textos: *RI*, 7 (1958), col. 585 y sigs., y *RI*, 8 (1959), col. 49 y sigs. El texto del Proyecto decía: "Art. 19 (corresponde al 20 de la ley). *Fines de la pena*. La pena no es solamente un castigo por la infracción cometida, sino pretende también impedir que los condenados cometan nuevos delitos. Tiene por objeto la corrección y reeducación de los condenados, para su reintegración a una vida de trabajo, legalidad y convivencia socialista, y debe al mismo tiempo impedir nuevos delitos de los miembros débiles de la sociedad. La pena no pretende causar sufrimientos físicos al condenado, o lesionar su dignidad personal." [Traducido de *RI*, 7 (1958), col. 589.] Como prueba de la apasionada exageración de UTEWSKI, léase: FREUND, *Strafgesetzbuch, Gerichtverfassungsgesetz und Strafprozessordnung Sowjetruslands* (Mannheim, Berlín, Leipzig, 1925), 102: art. 8.º del Código penal: fines de la pena...; página 421: § 4 de los Principios de 1924, "Finalidad de las medidas de defensa social..." Es evidente que en ambos textos legales se hace constancia del fin reeducativo de la pena, aunque no en primer lugar.

(72) UTEWSKI, *Fragen der Strafe...*, col. 607.

(73) N. K. TEETERS, *Penology from Panama to Cape Horn* (Philadelphia, 1946), págs. 61, 75, 169, 223. J. L. KUNZ, *Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century* (New York, 1950), págs. 21 y sigs. Este excelente libro puede completarse con la completa lista bibliográfica de lo publicado en las Repúblicas centrales con anterioridad a 1937: E. SCHUSTER, *Guide to Law. Legal Literature of Central American Republics* (Nueva York, 1937). L. JIMÉNEZ ASÚA, en *Cinquante ans...*, págs. 359 y sigs. Más detalladamente en sus informes periódicos sobre el Derecho hispanoamericano en la *RDPC* y *ZgStW*. Idem, *Códigos penales iberoamericanos* (Caracas, 1946), I, págs. 188 y sigs. Idem, *L'état dangereux dans les législations ibéro-américaines*, en *RPS*, 67 (1952), págs. 424-443; especialmente las conclusiones de las págs. 442 y sig. G. BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massregeln im iberoamerikanischen Strafrecht* (Bonn, 1951). A pesar de su escasa información bibliográfica, ofrece algunas consideraciones interesantes.

tradición española y neoclásica (74). En general, podríamos aplicar a toda Hispanoamérica lo que el Dr. Heinz MATTES declara con acierto de Argentina: la nota dominante es un turbio eclecticismo (75).

Códigos penales tan antiguos —y anticuados— como el japonés de 1908 —todavía en vigor—, si bien carecen de medidas de seguridad, dejan ver, sin embargo, cierta tendencia de defensa social, como muy bien afirma el profesor KIMURA (76).

8. Especial consideración del Proyecto alemán

Los fines de la pena y la oportunidad o inconveniencia de su formulación en el Código penal han sido quizá los puntos más discutidos en la gran Comisión encargada de preparar el Proyecto de Código penal alemán. Y esto a pesar de que, desde el principio, en 1954, toda la autoridad del profesor E. MEZGER, basándose en serias razones, propuso clara y brevemente una formulación (inspirada parcialmente en el art. 63 del Código penal suizo y en el 140 del fracasado proyecto italiano de 1949), que fue aprobada, después de madura reflexión, en la sesión de 29 de junio de 1956. Decía así: «La pena debe corresponder congruamente a la culpabilidad del delincuente. Esto supuesto, la pena servirá para prevenir futuros delitos, para la seguridad de la comunidad y para la reincorporación social del delincuente» (77).

Tal propuesta, ligeramente retocada, fue admitida con apariencias de perseverancia (78). Sin embargo, el Anteproyecto aprobado en la primera

J. BASTERO ARCHANCO, *Costa Rica. Ley de defensa social*, en *ADP*, 10 (1957), páginas 125 y sigs.

(74) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas* (Madrid, 1953). La exposición de motivos del Proyecto del C. P. de la República de El Salvador (El Salvador, 1960) nos dice: «El proyecto ha conservado, en lo posible, la estructura del C. P. que nos rige... dentro de moldes neoclásicos se han vertido las doctrinas de la defensa social y de la peligrosidad del delincuente» (págs. XIX y sig.).

(75) H. MATTES, *Das Argentinische Strafgesetzbuch* (Berlín, 1957), págs. 9 y siguientes. Como representante de la dogmática argentina, aunque algo atrasado, cfr. S. SOLER, *Derecho penal argentino*³ (Buenos Aires, 1956), II, págs. 371-416. Posteriormente el Decreto-ley del Poder Ejecutivo Provisional dictando la ley penitenciaria nacional, define en el art. 1.º que «La ejecución de las penas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado...» *ADP*, 13 (1960), página 69.

(76) K. KIMURA, *Evolution et tendances du droit pénal japonais (A propos du cinquantième anniversaire du Code pénal japonais)*, en *RSC*, (1958), págs. 64-72, especialmente 70. S. DANDO, *Die Strafrechts- und Strafprozessrechtswissenschaft in Japan*, en *GA* (1959), págs. 357-367.

(77) E. MEZGER, *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, en *MStR* (1954), I, página 7. *Niederschriften...*, I, págs. 29 y sigs. Cfr. el comentario de RATSCHOW, en *Die weltliche Strafe in der evangelischen Theologie* (Witten, 1959), págs. 98 y siguientes.

(78) *Niederschriften...* (Bonn, 1956), I, págs. 33 y sigs., 48... El entonces

lectura —E. 1959— (su publicación data de diciembre de 1956 en lo relativo a la parte general), se aparta notablemente de las aportaciones del profesor de Munich. El art. 2.º dice:

«§ 2. *No hay pena sin culpabilidad.*—No será castigado el que actúe sin culpabilidad. La pena (1) (2) no puede exceder la medida de la culpabilidad.

(1) Para el caso concreto en que la Sección de principios fundamentales hubiera de expresar más detalladamente los fines de la pena, la Comisión recomienda prescindir del segundo párrafo del § 2 y añadir el siguiente:

§ 2 a) *La pena.*—“La pena sirve para garantizar el orden jurídico, proteger a la colectividad y reincorporar a la comunidad al autor. No puede rebasar la medida de su culpabilidad.”

(2) Para el caso de que la Sección de principios fundamentales hubiera de contener un precepto sobre las medidas de corrección y seguridad, la Comisión recomienda añadir, como § 2 b), el siguiente precepto:

§ 2 b) *Medidas de corrección y seguridad.*—“Si la pena adecuada a la culpabilidad no es suficiente para reincorporar al autor peligroso a la comunidad o proteger a la colectividad frente a él o el autor peligroso no tiene capacidad de culpabilidad, entonces impondrá el Tribunal las medidas de corrección y seguridad previstas en esta ley” (79).

No podemos exponer detalladamente las razones que decidieron estas modificaciones (80) al texto mezgeriano. Baste indicar aquí el resumen expuesto en la Fundamentación de 1958: La Comisión desea no adoptar una postura determinada en un punto que, como ningún otro, debe permanecer abierto al vital desarrollo futuro «der wie kein anderer der lebendigen Rechtsentwicklung offenstehen muss» (81).

Todavía más. En la segunda lectura (E. 1959, II) se reforma otra vez el artículo 2.º Mejor dicho:

Su párrafo primero pasa a formar, acertadamente, el artículo 60, bajo el epígrafe

«Medida de la pena.

60. *Principios fundamentales para la medida de la pena.*—
1. Fundamento para la medida de la pena es la culpabilidad del autor.»

Ministro de Justicia y actualmente presidente de la Gran Comisión, resume así la opinión de la mayoría: 1.º Ni la prevención especial, ni la general, pueden exceder la culpa (“dem Rahmen der Schuldstrafe nicht überschreiten dürfen”). 2.º Hay que declarar en el Código Penal los fines de la pena.

(79) Traducción del profesor RODRÍGUEZ DEVESA, en *ADP*, 11 (1958) ,págs. 25 y sigs.

(80) *Niederschriften...*, I, págs. 35 y sigs. Especialmente interesantes las breves indicaciones del profesor JESCHECK, *ibíd.*, pág. 44, y las de MAURACH, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform (Gutachten f. den 43. Deutschen Juristentag)* (Tübingen, 1960), págs. 10 y sigs.

(81) *Entwurf des Allg. Teils... mit Begründung* (Bonn, 1958), pág. 12.

Su párrafo segundo desaparece totalmente, así como sus notas correspondientes, con tanto empeño defendidas por MEZGER hasta el último momento (82).

Las diversas razones propuestas para todas estas modificaciones nos detendrían demasiado (83). Bástenos, por el momento, indicar que últimamente ha predominado el deseo de otorgar al Juez la libertad conveniente para medir con criterio subjetivo la aplicación de la pena en cada caso concreto. A veces, según algunos autores, la defensa social y la reeducación pueden exigir una pena superior, en cierto sentido, a la culpabilidad (84).

Esta minusvaloración oficial de la culpabilidad como límite de la pena en una nación de tanta tradición jurídica y con tan reciente experiencia de excesos dictatoriales, nos debe hacer reflexionar.

La constatación de todas estas modificaciones en el texto legal y en las «Fundamentaciones» (la Fundamentación del *Entwurf des Allg. Teils...* de 1958, págs. 4 y sigs. y 11 y sigs., es totalmente diversa que la del E. 1960, págs. 92 y sigs. y 170 y sigs.), y el conocimiento que, más o menos detallado, todos tenemos de las acaloradas y opuestas (85) teorías

(82) *Niederschriften...* (Bonn, 1959), XII, pág. 447.

(83) *Niederschriften...* (Bonn, 1959), XII, págs. 417, 418, 424, 436, 443, 465...

(84) *Ibid.*, págs. 417 y sigs., 465 y sigs.

(85) E. SCHMIDT, *Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch*, en *MStR* (1954), I, págs. 9-28, especialmente págs. 22 y sig. Diversamente —y a mi parecer con más acierto— formuló este autor su opinión en las conferencias *Justitia fundamentum regnorum. Fünf Vorträge über Macht und Recht, Staat und Justiz* (Heidelberg, 1947), especialmente págs. 63 y sigs. Cfr. DREHER, *Die erste Arbeitstagung...*, en *Beilage zum Bundesanzeiger*, de 14-9-1954, pág. 1. W. MIDDENDORFF, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Kriminalpolitische Gegenwartsfragen* (Weisbaden, 1959), págs. 81-90. Idem, *Die Auswahl der Massnahmen, Verhängung von Strafe im deutschen Jugendstrafrecht*, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (1958), núm. especial, pág. 14. H. MANNHEIM, *Betrachtungen zum Entwurf des Allg. Teils eines Strafgesetzbuchs*, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 181-209, especialmente 186 y sigs., con selecta bibliografía. H. J. BRUS, *Die Massregeln der Besserung u. Sicherung im StGB-Entwurf 1959*, en *ZgStW*, 71 (1959), págs. 521-544, 210-251, especialmente 218 y sigs. M. GRUENHUT, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen StG-Entwurf*, en *ZgStW*, 71 (1959), páginas 521-544, especialmente 527. F. NOWAKOWSKI, *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, en *Festschrift für Theodor Rittler* (Aalen, 1957), págs. 64 y sigs. En cuanto a la orientación de la legislación anterior (Código 1933, ley de 1954, etc.), cfr. K. HERTEL, *L'idée de Défense Sociale et la législation criminelle allemande en vigueur*, en *RIDS*, 9 (1955), págs. 214-223. E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*² (Göttingen, 1951), págs. 426 y sigs. G. SCHWALM, *Der Stand der Strafrechtsreform*, en *Monatsschrift für Deutsches Rech*, 10 (1959), páginas 797 y sigs., 884 y sigs., 965 y sigs., especialmente 798, "Der Schuldgrundsatz". R. LANGE, *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, en *Hundert Jahre des deutschen Rechtsleben* (Karlsruhe, 1960), págs. 350 y sigs. E. HEINITZ, *Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus*, en *ZgStW*, 70 (1958), págs. 1 y sigs. K. PETERS y D. LANGHINRICHSEN, *Grundfragen der Strafrechtsreform* (Paderborn, 1959), págs. 43 y siguientes, 113 y sigs. H. H. JESCHECK, *Les principes de la réforme actuelle du droit pénal allemand*, en *RSC* (1959), págs. 67-82.

defendidas dentro y fuera de la Comisión, nos confirman que el problema de los fines de la pena debe ser estudiado con profundidad.

9. Conclusión: necesidad de estudiar los fines de la pena en la Nueva Defensa Social y en la «Vindicta» clásica

En conclusión: la situación actual, tanto de la teoría como de la práctica de la justicia penal en el mundo de hoy, nos muestra bien a las claras la importancia, dificultad y actualidad del estudio de los fines de la pena; así como la necesidad imperiosa de conocer y criticar sin prejuicios las actuales tendencias en este punto. Tendencias que, tanto doctrinal como legalmente, se polarizan en dos frentes:

DEFENSISTAS - NEOCLÁSICOS

que mantienen el Derecho penal en una oposición e inestabilidad sumamente peligrosas.

Debemos superarlas... Debemos convertir el eclecticismo en síntesis armónica; debemos mostrar la carencia y la necesidad de un principio ordenador y coordinador de todas esas teorías modernas, manifestación temporal de la eterna disyuntiva

UTILIDAD - JUSTICIA

que secularmente viene amenazando y vigorizando el Derecho penal.

Nos hemos alargado en estas citas por creer oportuno comprobar que la dogmática alemana en cuanto a la retribución no es tan unánime e inconvencible como puede creerse. Ciertamente en Alemania predomina el reconocimiento de la "Vergeltung" como uno de los fines de la pena; pero no creo que en este caso la unidad terminológica signifique unidad conceptual, ni coincidencia en la jerarquización de los varios fines. Me parece que pecan de unilaterales quienes manifiestan la postura retribucionista del Proyecto sin hacer referencia a la diversidad de contenidos insuflados en la "Vergeltung" por las distintas teorías germanas, y a la interna problemática que actualmente bulle en la doctrina y en la práctica. [Cfr. BOOSS, *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht*, en *NJW*, 13 (1960), página 373. En contra, muy enérgicamente, SCHMIDT-LEICHNER, en la misma revista, páginas 996 y sig., y BOCKELMANN, pág. 1284.] No olvidemos tan pronto la gran polvareda que levantó la decisión del Gran Senado el 18 de marzo de 1952, *BGHSt*, 2 (1952), págs. 194 y sigs. Realmente la literatura alemana da la impresión de una casi total unanimidad en el problema del fundamento y fines de la pena, pero el estudio detenido del tema muestra divergencias notables en la formulación dogmática, y más aún en la interpretación de los conceptos "clásicos" y de los textos legales. Estas divergencias, esta oposición, es muy distinta que en Francia, pero —en algún sentido— no menor.

La explicación y confirmación de este punto nos exigiría varias páginas: habríamos de analizar detenidamente los contenidos del concepto equívoco —no unívoco— de retribución en todas sus dimensiones: absoluta, relativa, moral, jurídica...

En el trabajo que pensamos dedicar a este tema, expondremos y criticaremos, sin posiciones prefijadas, la teoría de la Nueva Defensa Social (es la que creemos de mayor actualidad y, en cierto sentido, la más interesante, sobre todo en España), comparándola con la «Vindicta» clásica.

Discutiremos si los fines de la pena deben realizar una función de justicia o sólo de defensa, y, dentro de ésta, si poseen una dimensión de orden jurídico o sólo social, si miran al pasado o sólo al futuro... De estos confrontes esperamos que salte una luz que nos muestre la posibilidad y conveniencia de actualizar —no decimos repetir— la filosófica cosmovisión jurídica de nuestros teólogos clásicos. En concreto —discutidos los fines de la pena— esperamos conseguir actualizar el principio tan acertadamente formulado por CASTRO: el fin que la sociedad pretende con la pena es «castigando se defendere». Pretendemos llegar a la integración científica y vital de la defensa en la retribución, de la utilidad en la justicia.