

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

PROBLEMAS
DE
DERECHO PENAL

RESUMEN DE UN CURSO DE CONFERENCIAS

POR

D. JOSÉ ANTONIO UBIERNA Y EUSA

Vocal de la Junta de Gobierno.

Presidente de la Sección de Derecho Penal.



MADRID

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE JAIME RATÉS

Costanilla de San Pedro, número 6.

1917

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

PROBLEMAS
DE
DERECHO PENAL

RESUMEN DE UN CURSO DE CONFERENCIAS

POR

D. JOSÉ ANTONIO UBIERNA Y EUSA

Vocal de la Junta de Gobierno.
Presidente de la Sección de Derecho Penal.



MADRID

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE JAIME RATÉS

Costanilla de San Pedro, número 6.

1917

SEÑORES ACADÉMICOS:

Para no traicionar mis sentimientos, ni ocultar la verdad, he de empezar por hacer pública expresión de la gratitud que os debo. Como si ésta no se hallara suficientemente justificada con las inmerecidas distinciones con que me habéis honrado, aviva mi reconocimiento hacia vosotros, propio también de mis dignísimos compañeros de Mesa, la atención que habéis prestado á los trabajos de esta Sección, la solicitud con que habéis intervenido en nuestra labor académica, que se ha visto favorecida con vuestra colaboración y alentada con vuestro aplauso.

Voy á haceros el resumen de las conferencias que se han pronunciado este curso académico en la Sección de Derecho Penal, acto que constituiría un delito de «osadía» del que podríais condenarme reconociendo mi insuficiencia, si al amparo del art. 158 del Reglamento por que se rige esta Real Corporación, no alegara en mi defensa la circunstancia eximente de «obediencia debida» y si no lo vedara vuestra benevolencia, siempre pródiga para conmigo, y que sólo podría inspirar una sentencia absolutoria en mi favor.

Bien sabéis que de todos los conocimientos humanos, sin duda alguna, son los más importantes y pue-

den estimarse como los de mayor interés, aquellos que proporcionan los medios de que se consiga el bienestar y la tranquilidad del mayor número de individuos que integran la esfera social.

Por tal razón, los hombres que viven en un Estado, no pueden disfrutar de tal beneficio si no se halla regulada la vida de relación por buenas leyes, cuya autoridad y eficacia tienen su base en el reconocimiento de responsabilidades é imposición de una justa sanción á sus infractores.

De esta consideración se deduce la importancia que entraña la legislación penal, la necesidad que aparece, cada día más latente, de procurar su perfeccionamiento como uno de los fundamentos del progreso nacional, y, por último, la conveniencia de estudiar preferentemente, por los que amamos la ciencia jurídica, los árdulos problemas que surgen en la órbita de dicho orden.

La constante tendencia á modificar nuestro Código penal, según demuestra la existencia de distintos proyectos del mismo (1), refleja la preocupación viva y hondamente sentida de mantener el Derecho penal—en su carácter legal—en perfecta armonía con las exigencias que la experiencia enseña, y de acuerdo con las modernas orientaciones que defienden los secuaces de las nuevas escuelas penalistas.

La evolución científica de las instituciones jurídicas, el progreso de la legislación penal y la modificación de las doctrinas que aparecen en el estudio de este orden, no pueden desconocerse.

(1) Entre otros: Proyecto de 1839; Alvarez Bugallal presentó dos proyectos (1880 y 1881); Alonso Martínez (1882), Silvela (1884), Villaverde (1891), Montilla (1902).

Del concepto de Derecho penal expuesto por nuestro ilustre penalista Sr. Silvela (1) que le definió como «el conjunto de aquellas condiciones libres para que el Derecho, que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta á él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos adonde la violación llegó», al que merecía veinticinco años después á Franz Von Liszt cuando afirma que el Derecho penal tiene como misión principal «la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente», ó á Saleilles (2) que le conceptuaba como «la sociología criminal adaptada á la idea de justicia», hay diferencia de criterio en la explicación de tal idea y divergencia en la apreciación del carácter y finalidad del derecho indicado.

Tratándose del concepto del delito, aunque la base del crimen sea la misma, se observa igual disconformidad propia de la evolución del Derecho penal. Eran, según las Partidas (3), «malos fechos que se facen á placer de la una parte, et daño et deshonna de la otra», delito en nuestro Código de 1822 (4) se definía como «toda acción ú omisión penada por la ley y ejecutada con malicia» y hoy los tratadistas de Derecho penal, prescindiendo de expresar, aunque no la nieguen, la nota de voluntariedad ó de intención y dando á la idea de delito un carácter de atenuación, le consideran bien como Liszt que dice que «es el hecho al cual el orden jurídico asocia la pena como legítima consecuencia», ya como

(1) *El Derecho penal estudiado en principios*. Tomo I, pág. 76.

(2) *L'individualisation de la peine* (1909), pág. VI.

(3) Proemio de la primera Partida.

(4) También se admitía en el Proyecto del Código penal de Silvela (1884).

Frank (1) que afirma que es «la conducta culpable contraria al derecho», ó como Belig (2) y otros autores que, admitiendo una especial importancia á los hechos definidos, dicen que «delito es el acto *típico* contrario al derecho.....»

Al definir la sanción penal nótese igual diferenciación. Ya no basta que se admita como fin de la pena procurar el escarmiento, conseguir la intimidación de los delincuentes y la seguridad de los hombres de bien, como entendía el Fuero Juzgo (3), pues en nuestros días la pena que un autor define como «el mal impuesto por el Juez penal al criminal por causa de su crimen» debe tener un carácter correctivo, de enmienda para el culpable, y, por tanto, no ser sólo una sanción que castiga sino una medicina que cura.

La idea de venganza privada que en un principio tuvo la pena, fué sustituida por la de la vindicta social y hoy no se reduce á tal carácter, pues á más de tener por fin el restablecer y normalizar la relación jurídica infringida tiende á enmendar la voluntad torcida; de forma que para muchos autores la pena no se emplea para vengar á la sociedad de ataques padecidos, ni para que el reo expie con un nuevo *mal* el mal producido con el hecho delictivo, sino que es un verdadero *bien* para el que la sufre por ser una especie de *tutela*, de *protección*, la que presta el Estado que constituye un medio de mejorar y levantar al agente de la postración

(1) *Einleitende Bestimmungen.*—I.

(2) *Lhere vom Verbrechen.*

(3) «Esta fué la razón (L. 5.ª, tít. 2.º), por que fué hecha la ley: que la maldad de los omnes fuese refrenada por miedo della, e que los buenos visquiesen seguramente entre los malos, e que los malos fuesen penados por la ley, e dexasen facer mal por el miedo de la pena.»

en que se halla, y á la vez impide que realice nuevos delitos, librándose la sociedad de futuros atentados por parte del mismo.

Pues bien, sobre esa legislación tan interesante, sobre esa transformación en la rama del Derecho sancionador, sobre el estudio de problemas que en la literatura jurídica y sociológica hoy se plantean respondiendo á las nuevas orientaciones de la ciencia penal, han versado las conferencias de esta Sección: reconoced, pues, la importancia de los temas y unid á ello la ilustración de los Académicos que las han expuesto, y de este modo justificaréis el éxito de esta labor que enaltece la misión encomendada á la Real Academia de Jurisprudencia.

La crisis del Código penal fué el título de la primera conferencia que con brillante palabra pronunció el notable jurisconsulto y Secretario de esta Sección, D. Enrique Zarandieta.

Conferencia
del Sr. Zaran-
dieta.

Después de hacer un completo estudio histórico del Derecho penal y de examinar, revelando su gran cultura, las distintas escuelas que aparecen en este orden jurídico, analizó el tema de su disertación, elegido, sin duda, por entender que las instituciones de Derecho penal, como todas las del Derecho positivo, están constituidas por principios jurídicos aplicados á los hechos y expresados en esa aplicación por medio de leyes, y que, por tanto, para obtener un conocimiento completo de aquéllas, es preciso, ante todo, estudiar las disposiciones legales que las regulan y así poder deducir si por hallarse en discrepancia con los dictados de la ciencia procede defender su modificación y el alcance que ésta ha de tener.

Y el conferenciante, coincidiendo con los que afirman que hoy nadie defiende, ni sostiene, ni patrocina la estabilidad de nuestro pretérito régimen y que por todas partes el clamoreo de su reforma progresiva álzase robusto é incesante, pues la ciencia con sus doctrinas, nuestros cambios políticos con sus forzadas innovaciones, el orden social con sus propias exigencias, reclaman dicho intento, estudió las modificaciones más convenientes de nuestro Código, que fueron condensadas en las siguientes:

«Necesidad de sustituir el antiguo concepto de la responsabilidad criminal por el de la temibilidad del delincuente; ampliación del número de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, dando entrada en nuestro Código á las modernas teorías de la psiquiatría forense; sustitución de las penas matemáticas por las indeterminadas, y, finalmente, la existencia de una mayor coordinación entre los encargados de juzgar á los delincuentes y los que han de cumplir dichas penas.»

Son, realmente, plausibles tales reformas, adaptadas á las nuevas doctrinas del Derecho penal; pero el examen de nuestro Código demanda otras modificaciones que afectan á la claridad en la redacción de sus conceptos y tienden á la perfección de su estructura.

Disposiciones hay en el mismo (1) que no existían en el Código de 1850, ni de las que aparecen concordantes en los Códigos extranjeros, lo cual indica si no la imposibilidad, por lo menos la evidente improbabilidad de que se cometan los hechos que en aquéllas se castigan; en otros artículos de nuestro Código la poca fortuna en

(1) Arts. 145, 281, 329, etc.

su expresión es manifiesta: por ejemplo, en el art. 372 dentro del concepto de «empleado» se hace relación á los Abogados y á los Procuradores, que, en realidad, no ostentan tal carácter; en el 581 se emplean las calificaciones de *temeraria* y *simple* con respecto á la imprudencia temeraria, y dichas denominaciones, la primera por su significación de «arrojo imprudente, inconsiderado», resulta inadecuada, y la segunda es anodina por su vario sentido; en el 85 se hace cita de otro precepto, padeciendo, indudablemente, un error, puesto que no existe relación alguna entre el artículo citado y aquél; en otras disposiciones, como el art. 404, se establece cierta prescripción que puede considerarse como pueril por no calificarla de ridícula, como hace un tratadista (1); en distintos preceptos se nota el poco acierto que ha presidido en su colocación en el Código, tal sucede con los artículos 55 y 56, que podían formar uno solo; el 480, que debiera de estar colocado después del segundo párrafo del 482, del que viene á ser una excepción, como afirmaba Viada (2), y, por último, algunas prescripciones son tan defectuosas por la confusión de sus conceptos, que ante las dudas que surgen en su aplicación, se explica el deseo de Benthan de que el legislador fuese el mismo que redactara el comentario y que éste formase, en cierto modo, parte del Código y de la ley.

El estudio de las distintas escuelas que se disputan el dominio en la ciencia penal, fué objeto preferente del orador, y es tema obligado en todas las obras que se ocupan de Derecho penal.

(1) Soriano, *La reforma del Código penal*.

(2) *Código penal reformado de 1870*, pág. 624.

Todos recordaréis que la escuela *clásica* (1), por muchos denominada también escuela *indeterminista*, establece como base de la responsabilidad el principio de que el hombre es dueño de obrar ó no, es decir, que sostiene el *libre albedrío* y mantiene el concepto tradicional del delito y de la pena; que la escuela *positivista* se divide á la vez en dos clases ó escuelas: la *antropológica* (2), fundada por Lombroso, en su notable obra *L'onomo delinquente*, y defendida principalmente por Ferri y Garofalo, que intenta estudiar al hombre aislado, y deducir de sus condiciones naturales individuales la explicación satisfactoria del delito, y la *sociológica* (3), que además de dichas condiciones individuales del criminal, atiende también y preferentemente el medio social y físico en que vive, y que, según su fundador Listz, reduce á dos las causas del crimen: 1), «á la idiosincrasia psicofisiológica del agente»; 2), «á las relaciones sociales que al agente rodean».

Las teorías penales que preconizan los escritores recientes más avisados, son, según dice un insigne escritor moderno (4), «teorías que podemos llamar de *composición*, de *transacción*, eclécticas. Por eso, mientras unos se contentan con aceptar de los modernos descubrimientos científicos, antropológicos y sociológicos, lo menos

(1) Entre los modernos tratadistas defensores de esta escuela figuran: Belling, Berner, Binding, Birkmeyer, Gretener, Kokler, Lammasch y Meyer.

(2) Relativas á esta doctrina existen en España, entre otras, las siguientes obras: *La Antropología criminal de Italia* y *El positivismo en la ciencia jurídica y social de Italia*, de Dorado; *Las nuevas teorías de criminalidad*, de Bernaldo de Quirós; *La sociología criminal*, de Martínez Ruiz; *La nueva ciencia penal*, de Aramburu.

(3) Entre otros autores españoles que estudian esta escuela pueden citarse: Gimeno Agius, *La criminalidad en España*; Lugilde, *Morfología del robo*, y Sallillas, *El delincuente español*.

(4) *Problemas de Derecho penal*, por el Profesor D. Dorado Montero (1895), pág. VIII.

posible, manteniéndose firmes en el espíritu de las doctrinas antiguas, de las doctrinas que se dicen «clásicas», y así lo confiesan de un modo paladino (Pessina, Buccellati, Impallomeni, Conti, Garrand, Aramburu y aun Luchini, Liszt, etc.) otros, los de la dirección, que consideran como opuesta (Lombroso y los de su escuela), á pesar de tener la pretensión de construir sistemas enteramente *nuevos*, lo que han hecho es introducir, encajar los resultados de la moderna experimentación en el cuadro general de los sistemas *antiguos*. No de otro modo se explica que continúen todavía pagando á la concepción fundamental «clásica» de la pena como un *mal*, concepción *total* y *esencialmente contradictoria* con las exigencias del determinismo, de la antropología y de la sociología criminales. Ni se apartan tampoco de esta idea madre aquellos autores que han intentado edificar algo así como una *teoría intermedia* entre las dos anteriores contrarias, tomando de la una y de la otra lo que estiman como más aprovechable» (Magri, Alimena, Carnevale, Farde, Poletti, etc.).

Sería ofender vuestra cultura y olvidar mi incompetencia el pretender analizar dichas escuelas, y, por tal consideración, me limitaré á indicar, como punto inicial de la cuestión jurídica planteada, que entre los autores que niegan el libre albedrío, como Forel, que dice que «la ilusión del libre albedrío descansa únicamente sobre el desconocimiento en los motivos de nuestras acciones» (1), ó Fouillé (2) que, manteniendo este criterio, cree que dicha negación, lejos de hacer inútiles las leyes jurídicas y los preceptos mora-

(1) *Ueber die Zurechnungsfähigkeit des normalen Menschen Vortrag.*

(2) *La Liberté et le déterminisme.*

les, las hace más necesarias y más infalibles que nunca, y añade que la responsabilidad social basta para la penalidad social, y la responsabilidad metafísica desaparece, cuya afirmación hace exclamar á un autor (1) que quizá el gran Calderón tuviera presentimiento de esta verdad al escribir en su *Vida es sueño* aquellos versos impregnados de amargura:

Bastante causa ha tenido
Vuestra justicia y rigor,
Porque el delito mayor
Del hombre, es haber nacido.

ó aquellos otros tratadistas que influenciados por la Escuela clásica admiten el libre albedrío, me inclino por estos últimos, ya que, como escribe Cathrein (2), propiamente la libertad en sentido estricto es una propiedad exclusiva de la voluntad nacional y designa la inmunidad, no sólo de estrínseca necesidad, sino también de interior necesidad hacia un determinado querer, ó más precisamente, la aptitud de la voluntad de determinar íntimamente por sí misma á su querer, de querer ó no querer, de querer esto ó aquéllo (libertad de indiferencia), y el hombre tiene el señorío sobre su querer, y por esto también sobre sus acciones exteriores cuando ninguna violencia se le hace.

Conferencia
del Sr. Díaz Valero.

Al hacer la biografía de D. Carlos Díaz Valero dos distinguidos Abogados, el año 1900 (3), admiraban su

(1) Sanz Escartín: *La responsabilidad humana*.

(2) *Principios fundamentales de Derecho penal*, por Víctor Cathrein — traducción de S. de Tejada—(1911), pág. 46.

(3) *Semblanzas forenses por Uno de las Salesas y Digesto* —(III) Marton, González, Serrano, Laysa, Bergamín, Bustamante, Ossorio, Ruiz Jiménez, Planelles, Díaz Valero, Aragón, Ubierna, Romero.

elocuencia, elogiaban su constante actuación en los Tribunales de justicia, y reconocían los éxitos obtenidos en el ejercicio de la profesión.

Estas palabras demuestran que desde hace muchos años se halla conceptuado el Sr. Díaz Valero como una de las figuras más prestigiosas entre los jurisconsultos criminalistas.

La conferencia que le oímos en esta Real Corporación sobre *Recuerdos profesionales*, no sólo fué lo que el orador calificaba modestamente de *charla* ó de *causerie* (empleando un vocablo francés), sino un amenísimo discurso que entrañaba sabias enseñanzas.

Así como el cirujano atendiendo á la enseñanza que reporta, expone las operaciones quirúrgicas en que intervino y describe los casos clínicos, analizando la labor que realizó con el bisturí en los músculos operados, así el orador criminalista nos fué presentando con palabra galana, recuerdos de su vida de Letrado, verdaderos «casos clínicos jurídicos», que envolvían triunfos alcanzados honrosamente en las lides del foro, y que nos interesaban hondamente, no sólo por lo bello de la forma, sino además por la realidad de su fondo, pues al fin y al cabo la experiencia es maestra de la vida, más dura aún, puesto que nos hace aprender sus lecciones á costa de la vida misma.

No hemos de recordar sus frases reveladoras de sutil ingenio, ni los casos jurídicos que relató, propios de su brillante carrera, ni los consejos que avalorados por su saber y contrastados por su práctica profesional, dirigió al elemento joven que se inicia en el ejercicio de la Abogacía. Seguramente están en la memoria de cuantos tuvisteis ocasión de escuchar su interesante conferencia y por este motivo omitimos su descripción.

Atendiendo más que á la importancia del hecho delictivo á las consecuencias que de él se derivan os daré cuenta muy someramente de un caso de los más interesantes de mi modesta «vida forense».

Como sabéis, existe en el Reglamento de penales un precepto por virtud del cual los reclusos mayores de veinte años pueden ser trasladados á otros establecimientos penitenciarios próximos á los puntos de su nacimiento: conociendo esta disposición varios penados, falsificaron sus partidas de nacimiento para que los trasladasen del establecimiento en que cumplían la pena. Procesados por este delito se iba á celebrar la vista del juicio cuando por una confidencia supe que uno de los acusados, defendido mío, se había comprometido á confesarse autor *único* del hecho recibiendo en compensación una pequeña cantidad. Seguro de la inocencia de mi cliente (convencimiento que nacía de la falta de prueba que demostrase su responsabilidad) é inspirandome en impulsos de defensa y en consideraciones de justicia, pretendí persuadirle de adoptar tan enorme resolución que aumentaría varios años de presidio la pena de doce años de prisión mayor que pedía el Ministerio fiscal para todos los complicados, pero mi intento no pasó de intento, pues aun cuando me confesó su inculpabilidad no desistió de su propósito, que le proporcionaría, según decía, medio de continuar la vida tranquila de presidio, dulcificada con los recursos ofrecidos.

En el acto del juicio el penado mantuvo el compromiso contraído y podéis imaginaros la divergencia que surgió entre Abogado y reo, la discrepancia de criterio entre uno y otro y los acentos de convicción empleados en una defensa briosa que respondía tanto como al cum-

pliento de un deber profesional á la persuasión íntima, al convencimiento profundo de la inocencia de un hombre que se confesaba inciertamente responsable de un hecho delictivo.

Os cito este caso que demuestra: Primero que como escribía Aschrott (1) existe una clase de individuos sobre los que no produce efecto alguno el mal de la pena, pues se encuentran bien en la cárcel donde tienen alimento y cuidados; es decir, que hay reclusos que se aclimatan de tal modo á la vida presidiaria que hace pensar si para ellos tiene justificación el final del distico que campea en el pórtico de la Cárcel Modelo: «compadece al delincuente»: Segundo que ante la magnitud de la pena impuesta en dicho proceso por el hecho de procurar el traslado del Establecimiento penal en que cumplían la condena, obsérvase la desproporción del castigo exigido por un delito en que no existe dolo, que falta la malicia: y es que nuestro Código castiga desproporcionadamente, entre otros delitos, la falsificación y á veces prescinde de la intención, elemento esencial de un hecho delictivo, y tercero que debe procurarse acentuar el mejoramiento y reforma del régimen penal para obtener la enmienda del reo, que es uno de los fines propios de la pena.

El conferenciante, con verdadera fortuna y demostrando sus conocimientos en la materia, trazó la línea diferencial del Abogado criminalista con el civilista.

Creemos que en el ejercicio de la profesión de jurisconsulto no debe seguirse el sistema que ha imperado hasta ahora. Debe admitirse en el ejercicio de la Abogacía la especialización que en otros campos científicos

(1) *Strafen-Sichernde Massnahmen, Schadenersatz en Die Reformoes Richsstrafge-
trbuch*, publicado por Litsz y Archroft (1910).

se admite con éxito y á nuestro juicio más aplauso que censura merece el que se deslinden los estudios y sin negar competencia al Letrado para ejercer sus aptitudes en todos los aspectos de su carrera, profundice en determinado orden jurídico y se dedique con especial atención á los asuntos penales, civiles, mercantiles ó contencioso-administrativos, según la preferencia que le inspiren y las condiciones que le distinguan.

Terminó su brillante discurso el Sr. Díaz Valero, haciendo un justísimo elogio de la profesión, verdadero sacerdocio por los peligros á que se expone y el escaso rendimiento que proporciona y añadió que el «Abogado no debe jamás perder la serenidad en sus actos, la prudencia en sus palabras, la corrección en sus relaciones personales y la dignidad en el cumplimiento de sus deberes. Porque la toga es vestidura sagrada que ennoblece y obliga á quien la lleva, y no disfraz que oculte los defectos de los hombres y la alegría insana de las bajas pasiones».

Conferencia
del Sr. Marfil.

Don Mariano Marfil, publicista eminente y jurisconsulto ilustradísimo, dió una nueva prueba de su talento en la conferencia que pronunció sobre *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y las nuevas orientaciones*. El tema no podía ser más interesante ni más sugestivo para los que se dedican al estudio de las ciencias penales, ya que se refiere á la responsabilidad, cuya teoría es la base de este Derecho, y por esta razón, como decía el orador, no abriréis una obra de Derecho penal en la que no veais tratado el tema; ni se ha iniciado una sola reforma de nuestro ya veterano Código en el que no se aborde la modificación

de lo estatuido, y justificadamente, pues no hay ni sombra de unidad entre la legislación común y las especiales del orden penal positivo de España.

Todo eso está proclamando, exclamaba el conferenciante, la necesidad de cambiar de derroteros.

Cuando todo evoluciona, cuando los individuos, las colectividades y los pueblos que se vuelven atrás quédanse, como en el ejemplo bíblico, petrificados, hénos aquí en orden al Derecho Penal que seguimos en el mismo ser y estado que el año 1870.

¡Casi ocho lustros! ¡Y cuán intensamente ha vivido la humanidad ese tiempo! Era aquella época de individualismo exaltado; es la de hoy de socialización. Predominaba entonces un concepto del Estado que la acercaba al Estado—gendarme de Molinari, de Humboldt, de Kant; predomina ahora un concepto que le aproxima al Estado—providencia, en que la «industria de seguridad», es la fase menos importante, y en cambio, la actividad oficial ha llegado á todo. Si nuestros padres, nos decía el orador, levantarán la cabeza y les dijese que un Ministro decretaba el precio de las cosas, y el número de platos de los *restaurants*, y las telas que podían emplearse en los vestidos de señoras, y el azúcar que podía comer, y los días en que habría pasteles, y que el Abogado iba á ser arrancado de su bufete para obligarle á trabajar en una fábrica, y el propietario de una casa á quedarse, por mandato oficial, sin cobrar los alquileres, y el inquilino compelido á tener un número fijo de tiestos y á sembrar en ellos trigo; si esto vieses quedarían asombrados de la vertiginosa velocidad con que ha caminado el mundo de las ideas. Y, sin embargo, eso es una realidad. Pues cuando ese camino ha sido hecho, ¿es lógico, es tan

siquiera posible que lo que era bueno en 1870 lo sea en 1917?

Pero la política es la dueña de los destinos en España, y la política ha ahogado en flor todos los intentos de reforma del Código de 1870. Por abulia en unos, por inconsciencia en otros, por misoneísmo en el resto, vamos arrastrando un Código que no responde al espíritu de la época, y prefiérese el desuso de sus preceptos á la reforma abordada con valentía y decisión.

Después de hacer el Sr. Marfil un estudio completo del concepto y de las clases de *circunstancias* que pueden concurrir en un hecho criminoso, desenvolvió acertadamente la importante cuestión del *arbitrio judicial*, que ya se acepta en muchas legislaciones y se va estableciendo á veces subrepticamente, pero con aplauso unánime, por la jurisprudencia, enmendadora de yerros y complementaria del precepto oscuro.

Nuestro Código penal ordinario, nacido á impulsos de un individualismo exaltado, ajústase al método casuístico, con la obsesión de una sola idea: garantizar al delincuente contra abusos del Juez. A veces el delincuente sale perjudicado por la falta de flexibilidad en el precepto legal.

Los legisladores han reconocido esto. No se trata ciertamente de ninguna novedad. En el proyecto de reforma del Código penal, preparado por el Sr. Cobián y llevado más lejos por el Sr. Alonso Martínez (año 1882), se creó ya una *circunstancia mixta*, ahora consignada en el Código penal español de la zona de Marruecos. En el proyecto de Silvela (año 1884) se distingue entre circunstancias eximentes por causa de imputabilidad y de

justificación; y se adicionaron las atenuantes con otras nuevas, como el haber dado satisfacción al ofendido é intentado reparar el daño, la presentación espontánea y la confesión antes del procedimiento. En el proyecto de Alonso Martínez de 1886 se dió un nuevo paso en el camino del arbitrio judicial. En el proyecto de Villaverde (1891) se admitió como eximente la sordomudez, y pasaron á ser, en clase especial, relación entre la pena y el delito, la reincidencia y la reiteración, además de pasar la vagancia á ser considerada como delito especial. En el proyecto de Montilla (1902), preparado por Bernaldo de Quirós á imitación del Código suizo, se llegó á incluir la sentencia indeterminada, si bien con cierta timidez. En el proyecto de Ugarte (1906), con la colaboración del ilustre maestro Salillas, hubo una espiritualización de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, á través del arbitrio judicial, tomando dos bases ó puntos de partida: el grado de perversidad del delincuente y la trascendencia del delito.

La necesidad de la evolución hacia el arbitrio judicial se presenta todos los días, y la jurisprudencia, al cumplir con su misión dando entrada á las creaciones espontáneas de la multitud, nacidas á impulsos de nuevas realidades, resuelve cuestiones jurídicas, en el sentido de robustecer ese arbitrio.

El orador citó dos casos: español el uno y extranjero el otro, que demuestran este aserto.

El español ha sido ya vulgarizado por la Prensa diaria.

Un hombre sustrae de un corral unos pavos; se prueba, y afirma el Jurado que el delincuente obró, al rea-

lizar los delitos, movido por el hambre aguda y pertinaz de que era víctima, y de esta declaración pretende la defensa deducir la atenuante de arrebató y obcecación. El ministerio fiscal, se opone á la teoría, que juzga absurda é improcedente.

El Tribunal dicta sentencia admitiendo la circunstancia 7^a del artículo 9.º, notándose claramente la evolución indicada, pues este fallo viene á rectificar el criterio mantenido en casos análogos en que anteriormente fué desestimada como atenuante idéntica alegación.

El caso extranjero es este otro:

Mademoiselle Josephine Barthelemy, de veinte años de edad, dió á luz un niño en la noche del 14 al 15 de Agosto de 1916, que algunas horas más tarde arrojaba al retrete de la casa que habitaba en Gennevillers.

En la Comisaría, la joven hizo la siguiente declaración:

Estaba empleada en el hospital militar de Chambley, departamento de Meurthe-et-Moselle. Invadido por los alemanes, los enfermeros fueron de esta nacionalidad. El 20 de Diciembre de 1915, seis de esos enfermeros fueron á buscarme en la capilla del hospital, donde me encontraba. Comenzaron á hablarme en alemán, que yo no entendía, y cuando trataba de hacérselo comprender, cuatro de ellos me cogieron por los brazos y las piernas y me sostuvieron en el suelo, mientras dos abusaban de mí. En Enero último fuí repatriada, y vine á vivir á Gennevillers, donde habita mi hermana. He matado un hijo, porque no era la obra de mi amor, sino de un crimen odioso, y un día podía ser tan infame como sus padres.

La prueba no dejó lugar á dudas. En el pueblo sólo había alemanes en la fecha de la concepción.

Las relaciones carnales de la joven tenían que haber sido con enemigos de su Patria, y como circunstancia especial existía la de que el único hermano varón de la joven había muerto en la guerra.

¿Qué hacer? «El Jurado—ha escrito un cronista—se hallaba frente á un problema gravísimo. ¿Es sagrada la maternidad en tales condiciones? ¿No es fácilmente comprensible que el sentimiento patriótico suceda al odio contra los autores de una consecuencia aborrecida, incite y conduzca á la resolución de suprimir el hijo del crimen?

Es el problema de la maternidad infamante. En el aspecto de la moralidad absoluta no hay cuestión, no hay derecho alguno á privar á un ser de la vida, sea cualquiera su origen, pero los jurados han tenido que examinar el problema dentro de lo relativo, de lo humano, de la misma presión de las circunstancias.

¿Cómo condenar á una joven influída por un sentimiento patriótico tan absorbente y por un odio tan justificado?»

El abogado defensor de la acusada concretó su excitación al Tribunal de hecho en la forma siguiente:

«No os conozco, señores jurados; pero sin conoceros estoy seguro que ni uno solo de vosotros habrá dejado de experimentar algún duelo y llorar la muerte de un ser querido caído en el campo del honor. Así voy á concretar la pregunta que os va á hacer el presidente. Va á preguntaros si Josephine Barthelemy es culpable de no haber dejado vivir al hijo de los que han matado á los vuestros. Para contestar apelo á vuestros corazones de padres y de franceses.»

El Jurado dió veredicto de inculpabilidad.

En España para resolver ese conflicto entre dos deberes, dentro de nuestro Código, se hubieran podido sentar conclusiones alternativas de exención de responsabilidad ó de atenuación de ella, y como afirmaba el señor Marfil, estos casos son una demostración más de los inconvenientes que tienen las leyes casuísticas, y de la evolución que han experimentado las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal en las nuevas orientaciones jurídicas. La locura, la neurastenia, cuanto guarda relación con las facultades mentales, merece ser revisado. Hoy no podemos seguir á la altura misma que el año 1870.

Conferencia
del Sr. Sartou.

Fundamentada con el criterio de otros penalistas, atesorada con un profundo conocimiento de la materia y engalanada con elocuente expresión, la conferencia que sobre el tema *La fuerza irresistible como eximente de la responsabilidad*, pronunció D. José Sartou y Baquero, fué digno trabajo de tan distinguido académico. Elogios calurosos merecen al conferenciante los trabajos de la Ciencia penal, muy necesarios por cierto, porque hay desgraciadamente escaso afán en nuestra Patria por los estudios de Derecho penal, de tal suerte que así ha podido decir con razón Jiménez Arnal en su obra *El Derecho penal del porvenir*, que no tenemos «escuela penal con verdaderos trazos definidos».

De la misma manera que no tenemos escuela penal, afirmó, citando trabajos, entre otros autores, de Salillas y de Cadalso, no tenemos sistema penitenciario, y siguiendo en el desenvolvimiento de estas ideas, declaró, que el abogado criminalista—que hay muchos y por

ventura excelentes — no es ni por asomo lo mismo que el penalista, cuyo número es escaso. El abogado criminalista para salir airoso de su empresa, necesita de una preparación menos intensa y menos extensa que el penalista, que ha de conocer, y no de un modo superficial, Psicología, Antropología, Sociología, Historia, Geografía, Estadística, Medicina..... que todo esto tiene, y tendrá más cada vez, íntima relación con la Ciencia penal.

De esta falta de verdaderos penalistas se resiente en general toda nuestra legislación penal.

¿Cómo hemos formado —preguntó— nuestro vigente Código penal? Como antecedente citó en primer lugar el laudable empeño de Carlos III de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal, inspirada hasta entonces en la fuerza, en la severidad, en un espíritu de venganza más que en una idea de justicia, y á este propósito y como encargado por el Rey de realizar el proyecto, mencionó á D. Manuel de Lardizábal y Uribe, quien logró en su *Discurso sobre las penas* que penetraran, al decir de Dorado, «á velas desplegadas en España las teorías penales revolucionarias, que ya habían logrado gran difusión por doquiera en Europa».

Las Cortes de Cádiz, aquellas benditas Cortes de las que sus detractores han sabido decir que fueron candidas, y como la candidez excluye la malicia, ya es esto título de honra, hoy que de tal suerte la malicia se enseño-rea de la política: aquellas Cortes que alboreando la luz purísima de la Democracia, sentaron el principio de la Soberanía Nacional, mientras que rindiendo culto á la tradición, decretaron que la Religión Católica es y será perpetuamente la Religión del Estado, aquellas Cortes á quienes los demócratas debemos, decía, profundísima

veneración, pensaron también, y, ¿cómo no?, en la reforma penal, y fruto de sus desvelos en este orden fué nuestro primer Código penal, el de 1822, en el que hay, en opinión de Pacheco, «algo del Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón», examinando entre otros aspectos las circunstancias de agravación, dependientes de la mayor instrucción ó dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad y para con las personas contra quienes delinquire, y las atenuantes que provenían de la falta de talento ó de instrucción del delincuente, de la indigencia de éste y del amor.

El nefasto Rey Fernando VII, nunca bastantemente censurado por la Historia, derogó el Código penal de 1822. Después..... aspiraciones, deseos, estudios, y, por fin, por ley del Reino de 19 de Marzo de 1848, aparece un nuevo Código, en verdad estimable, siquiera no tanto como lo han ponderado sus autores, que indica ciertamente una transformación, influida por la escuela que tiene en Rossi su más genuina representación.

Vienen nuevos trabajos, y de prisa, casi al correr de la pluma, se forma un nuevo Código penal presentado á la Cortes por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, D. Eugenio Montero Ríos, de gloriosa recordación, á quien debe gratitud eterna la legislación española, cuyo Código se puso en vigor el 30 de Agosto de 1870, por Decreto que lleva la firma del Ministro interino de Gracia y Justicia y propietario de Hacienda, D. Laureano Figuerola. Es el vigente. De él ha dicho el maestro de todos, Silvela, que no solamente le sirvió de base el de 1848 y 1850, «sino que es este mismo Código, con

algunas modificaciones más ó menos felices y atinadas». Estamos, pues, en orden al Derecho penal en los años de 1848 y 1850.

Enumeró el disertante algunas reformas introducidas en el Código, que no alteran ni su sistema, ni su espíritu, y dijo que han presentado proyectos de modificación Salmerón, Estrada, Alonso Martínez, Bugallal, Silvela (D. Francisco), Villaverde, Maura, Montilla, Ugarte y Marqués de Figueroa.

Pero si el nuevo Código ha de tener, como afirmó en una solemne apertura de Tribunales, el Ministro á la sazón D. Trinitario Ruiz Valarino, «las mismas orientaciones que el antiguo», no vale la pena de molestarse en la reforma.

La reforma se impone, pero sincera, radical, de verdadera transformación. El Código actual no satisface ni el sentir de los tratadistas modernos, ni las necesidades de la práctica, ni está en relación con los avances de la legislación penal extranjera (evocando, con este motivo, entre otros, el anteproyecto del Código suizo), ni obedece al estado actual de la Ciencia penal.

Al pensar en la reforma es necesario fijar todas las cuestiones que puedan integrarlas, y una de ellas es seguramente el alcance y significación de la *fuerza irresistible*.

¿Qué es la fuerza irresistible? Para nuestra ley, para nuestra Jurisprudencia, para nuestros autores de Derecho penal, es como para Puffendorff la que, «á pesar de la resistencia de una persona, obliga á sus miembros á ejecutar ó á sufrir una cosa».

De tal modo se considera que ha de ser una fuerza material que convierta al agente en instrumento que

obre violentado por ella, que hay, entre otras, una sentencia del Tribunal Supremo que declara que, «aun afirmando el Jurado que el procesado obró en virtud de una fuerza interior que no pudo dominar y sin darse cuenta de lo que hacía, tal afirmación sólo puede apreciarse como circunstancia atenuante de arrebató y obcecación; pero no considerarse como eventiva de la responsabilidad con arreglo al núm. 9.º del art. 8.º del Código, porque para estimarse la exención de este artículo y número es necesario que la fuerza irresistible proceda de un tercero y que la motive una causa ajena á la voluntad del agente».

No se cree que tal modo de pensar cuadre bien con el más elemental concepto del delito, que exige como primera condición la presencia de la voluntad, entendiendo, por el contrario, que siempre que la voluntad no sea libre, ya privándola de libertad una fuerza física, ó una moral, actúa de una manera irresistible, que no puede vencer, y por consiguiente no está sujeta á responsabilidad penal.

La fuerza irresistible física aparece comprendida como causa de exención de responsabilidad en todos los Códigos; exímese de ésta, por el Código mejicano, al que quebrantase una ley violentado por una fuerza irresistible; ninguna acción ú omisión, dice el Código austriaco, constituye delito cuando el hecho es la consecuencia de una fuerza insuperable; no hay crimen ni delito, cuando el presunto reo ha sido impulsado por fuerza irresistible (Código francés); no hay infracción, dice el belga, cuando el procesado ha sido violentado por una fuerza á la cual no pudo resistir.

También se incluye en algunos Códigos la fuerza

irresistible *moral*, como el Código argentino (1) que exime de pena «al que causa un mal por evitar otro mayor inminente á que ha sido extraño, y al que obra violentado por fuerza irresistible física ó *moral*».

La fuerza irresistible moral no sólo puede ser externa sino también interna, cuando procede del mismo autor y que Setti (2) la define como una perturbación *morbosa* de la mente, que dejando al hombre, la mayor parte de las veces, el discernimiento del bien y del mal, la lucidez del raciocinio y la conciencia del propio estado, da tanta impulsividad á algunas de sus ideas y percepciones afectivas, que obliga á ejecutarlas automáticamente.

El orador sostuvo que en realidad no existe tal diferencia entre la fuerza física y la moral, opinando que ambas deben constituir una sola circunstancia de evasión, desapareciendo la que recibe el nombre de «miedo insuperable», que sobre no ser en todos los casos apropiado, es de muy difícil apreciación, por cuanto se refiere al miedo en sí y al mal igual ó mayor que se quiere evitar.

Se observa diferenciada la fuerza ó violencia física de la moral, en el Derecho romano y en los Códigos del Brasil, de Baviera y de Prusia, mientras que no hay tal distinción en los Códigos de Francia, Austria, Portugal, Italia y Bélgica, creyendo un comentarista ilustre, Groizard, que esta diferencia «más que de ideas es de palabras».

Estudiando el concepto del delito y llegando al fin á aceptar que «es un ataque á las condiciones de vida de

(1) Incisos 4 y 5 del art. 81.

(2) *La forza irresistibile*, pág. 14.

la sociedad», se afirma que cuando por las circunstancias especialísimas del agente las condiciones de vida de la sociedad no se vean atacadas, no es posible imponer un castigo á nombre de una sociedad que no tiene que defenderse, y por tanto que no es posible declarar culpable á quien obra como en igual caso obraría el que juzga.

Sosteniendo la necesidad de individualizar á los delincuentes, hasta el punto de que así como ha dicho un publicista médico que «no hay pneumonías, sino pneumónicos», la Ciencia penal moderna declara que no hay delito, sino delincuentes, y exige como antecedente ineludible el conocimiento del estado de la voluntad de cada delincuente en el momento de cometer el delito.

No hay que decir que todos los estados anormales, ni que todas las emociones y pasiones, conduzcan á la irresponsabilidad, porque no fuera justo, dijo Alimena, que sea recluso el loco y quede en completa libertad el emocionado y el apasionado, que exigen de un tratamiento adecuado impuesto por la necesidad de la defensa social. Pero en aquellos casos extremos, en que una causa moral, no ya física, anula la libertad (obsérvese bien que se trata de casos extremos), la irresponsabilidad se impone, porque el delito hay necesidad de *quererlo*, y en tales circunstancias falta de manera visible esta necesaria indicación. Modelos para tales casos extremos podrán encontrarse en los Códigos de S. Merino, Francés, Belga, Maltés, Austriaco, Ticinés y aún van más: los de Montenegro, Uruguay, Chile y Argentina.

El orador planteó otro problema interesante, el relativo á la adopción de medidas *preventivas* y de *seguridad*.

El principio general que dice que es mejor evitar los delitos que castigarlos, requiere el estudio de los distintos medios que sería conveniente establecer para conseguir tal finalidad.

Beccaria afirmaba que se evitan los delitos con una legislación perfecta, que consiste en el arte de proporcionar á los hombres el *máximum* de felicidad ó el *mínimum* de la desgracia, para aplicar esta expresión al cálculo de los bienes y de los males de la vida (1).

Uno de los medios preventivos más eficaces sería el castigar con mayor severidad aquellos actos que, como el uso de armas prohibidas, la embriaguez, la vagancia y otros varios, aunque á primera vista parecen inofensivos, deben prohibirse y penarse rígidamente por lo ocasionados que son á las defraudaciones, á las estafas y á la comisión de otros delitos que podrían evitarse por ese medio.

Medidas de seguridad, son, según Listz (2), medidas públicas encaminadas á la adaptación de los individuos á la sociedad (medidas educativas ó correctivas), ó á la eliminación del cuerpo social de los incapaces de adaptación (medidas de protección ó de seguridad en sentido estricto).

En el anteproyecto del Código penal alemán se contienen preceptos relativos á la adopción de tales medidas, pues se establece (3) que cuando un hecho punible deba atribuirse á depravación ó á holgazanería, el Tribunal, en los casos especiales determinados en la ley,

(1) *Traité des délits et des peines*, traducido del italiano por A. Morellet—(1797), pág. 173.

(2) *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, pág. 252.

(3) Párrafo 18.



podrá disponer además de la pena, ó cuando la pena no exceda de tres meses, en su lugar, la colocación del condenado apto para trabajar en una casa de trabajo, siempre que esta medida parezca precisa para habituar al condenado á una vida laboriosa y conforme á la ley; y cuando el hecho deba atribuirse á la embriaguez (1), el Tribunal podrá añadir á la pena impuesta al condenado á prohibición, por el espacio de un año, de entrar en establecimientos de bebidas, y cuando se haya probado la embriaguez habitual, el Tribunal, además de imponer una pena mínima de dos meses de prisión ó de arresto, ordenará la colocación del condenado en un asilo para bebedores hasta su curación, sin que esta colocación pueda tener una duración superior á dos años, y siempre que dicha medida aparezca adecuada para habituar de nuevo al condenado á una vida ordenada y acomodada á la ley.

En el proyecto del Código suizo (artículos 31 á 33), se establece como medidas de seguridad la educación de los disolutos y holgazanes, la custodia de los delincuentes habituales y el tratamiento de los bebedores habituales, y además se adoptan en los artículos 46 á 48, como medidas *preventivas*, la caución de paz, la confiscación de objetos peligrosos y la publicación de las sentencias.

En el proyecto austriaco se admiten como medios de seguridad: la custodia de los delincuentes enfermos dementes, de los que poseen tendencias á la embriaguez y de los inimputables autores de hechos punibles; la custodia de los parcialmente responsables condenados á pe-

(1) Párrafo 19 del anteproyecto del Código penal alemán.

nas privativas de libertad, y la de los delincuentes castigados anteriormente con la *Kerkerstrafe*.

Insistió el conferenciante en la necesidad de modificar el Código penal, y afirmó que mientras llega la reforma, y aun después, el Tribunal del Jurado es el que puede con un veredicto honrado salvar las dificultades de tener que encerrar el criterio del juzgador en moldes de la ley escrita, y con una amplitud que no es dado al magistrado, apreciar el grado de responsabilidad del acusado y la intensidad del mal del delito de que responde. Con sus errores, que los tiene—¿qué institución humana se ve libre de ellos?—con sus vicios de organización, que deben ser corregidos, el Jurado es el único que puede realizar esa sublime aspiración del Derecho, de la individualización del delincuente.

Fijándose en el carácter de perpetuidad que ostenta el Derecho penal, es indudable la conveniencia de estos estudios, y terminó su discreto estudio el Sr. Sartou congratulándose de que mientras Europa pone las grandes conquistas del Progreso al servicio de las crueldades de la guerra, alzándose los egoísmos humanos sobre los respetos á la vida, dentro de una Academia que cumple una obra entusiasta y constante por los más puros ideales, se realice, puesto el pensamiento en el amor y en la paz, una hermosa labor de cultura jurídica y social, que es en estos momentos de intranquilidades y de amarguras como pregón de heraldos que anuncian con la voz augusta del Derecho el reinado de la Justicia universal.

La Academia, como decía nuestro insigne Secretario general Sr. Pons Umbert en un, como todos los suyos,

Conferencia
del Sr. Asúa.

bellísimo discurso (1), tiene «elemento joven»; pero oyendo—y claro es que se limita la referencia á la sección de Derecho penal—al Sr. Asúa, de igual modo que al escuchar á los Sres. Zarandieta, García Baxter y Martínez del Campo, nació en mí el convencimiento de que resulta incompleto tal concepto si, haciendo honor á la verdad, no se añade y proclama que dicho elemento es de «valía», por representar el talento, el estudio y la laboriosidad.

La notable y aplaudida conferencia del Sr. Asúa (don Martín), versó sobre *La cuasi delincuencia*, tema en verdad de actualidad, decía el orador, siempre antiguo y siempre nuevo, acerca del cual es preciso analizar lo que los tratadistas del Derecho penal han comprendido dentro de sus amplísimas fronteras, y lo que en la actualidad, dado el adelanto de los conocimientos jurídicos y la revisión de pretéritos conceptos equivocados, debe abarcar con definidos límites y con caracteres propios y esenciales, que separen y delimiten la diferencia entre la delincuencia y aquellos otros actos que gráficamente se han designado con una frase vulgar y corriente, como constitutivos de hechos que bordean el Código penal.

Lo que sí es indudable que, á través de la historia del Derecho penal, la formación é integración teórica del cuasidelito, basábase tan sólo en la conjunción de estos dos elementos: culpa ó negligencia en la acción ú omisión—elemento subjetivo—y un daño causado sin derecho en el patrimonio ajeno—elemento objetivo—; resultando como consecuencia que el dolo, esto es, el *animus*

(1) Resumen crítico del curso de 1915-16 (Real Academia de Jurisprudencia), pág. 60.

nocendi, constituye la infranqueable barrera entre el delito y el cuasidelito.

Pero la definición, opina el Sr. Asúa, que de aquí se desprende y que puede condensarse, diciendo que el cuasidelito «es toda acción ú omisión ilícitas que causan daño á alguna persona interviniendo culpa ó negligencia por parte de otra», no es ni exacta, ni científica, ni mucho menos se encuentra en armonía con el concepto del delito impropiamente definido en el art. 1.º de nuestro vigente Código penal. «Son delitos ó faltas las acciones ú omisiones voluntarias penadas por la ley.» ¿Existe, por ejemplo, voluntariedad en la imprudencia temeraria? No, y, sin embargo, es delito, y como es indudable que la culpa y la negligencia son los motores que dan vida á las penas preestablecidas por los actos dañosos causados por imprudencia temeraria, de ser exacta la definición que apuntada queda, serían verdaderos cuasidelitos el disparo involuntario de un arma de fuego que hiere á una persona ó que llega á privarla de la vida.

Ni pueden conceptuarse como más científicas las teorías de los que pretenden radican las diferencias entre el delito y el cuasidelito, en que aquel entraña siempre una acción, sea dolosa ó culposa, y éste una omisión de cualquier género que sea, ó ya entienden que el primero presupone un hecho propio como fuente de responsabilidad criminal, y el segundo, un hecho ajeno que produce la misma consecuencia.

Más prácticos y previsores los pretores romanos que tanto contribuyeron al adelantamiento del derecho, instauraron la acción *in factum* para perseguir y penar otros hechos no previstos ni sancionados por la ley, á los

que dieron el nombre de cuasidelitos, á diferencia de los que la ley castigaba, que eran los verdaderos delitos. Esta es ya una distinción real y positiva; lo demás es confundir dos ramas del Derecho tan diferentes y que atienden á objetos tan diversos, como al orden penal y al civil, á la esfera sancionadora y á la que se ocupa principalmente del recto regulamiento de la propiedad y de la familia.

Es esto tan cierto, que si la culpa fuese el elemento esencial diferenciativo, todo quedaría reducido á una indemnización civil regulada por la mayor ó menor entidad del perjuicio causado por la usura ó la negligencia, en el resarcimiento del daño consiguiente, con sujeción á lo prescrito en los artículos 1.101 y siguientes del Código civil, y más concretamente aún por la disposición contenida en el art. 1.902 del mismo; y entonces la cuasidelincuencia y el cuasidelito, revelándose contra su propia etimología, encuadrarían lógicamente dentro del Código civil, pero habrían roto toda relación de semejanza ó de analogía con las materias que forman el contenido del Código penal.

Esto, según el Sr. Asúa, es un absurdo, que encerraría dentro del panteón de la Lógica un nuevo cadáver, que es urgente inhumar: el cuasidelito.

Analizando etimológicamente la palabra, llegamos á la conclusión de que significa cerca de, aproximadamente, poco menos que una infracción del derecho; ó lo que es igual, comprende todos aquellos hechos ú omisiones que están tan rayanos con el delito, que casi se confunden con él; y así, ¿es posible que se trate de transplantar tan insana planta en el plácido campo, no turbado por la maldad ni abonado por el encono, del Derecho civil?

Poco importan las concepciones que el delito merezca á las varias escuelas que se agotan en una liza estéril; siempre resultará que al lado de esa definición correrá parejas muy cerca de ella, y á manera de siniestra sombra, el cuasidelito; así para un legalista, según el cual es delito lo que la ley fija y castiga como tal, el cuasidelito debe consistir en un hecho ó en una omisión muy semejantes á las que el Código penal señala una sanción; para un partidario de la escuela clásica, si el primero presupone una infracción consciente del derecho, el segundo ha de representar una infracción consciente también de algo muy próximo á lo que el derecho estatuyó; para los fervientes adalides de la escuela positivista, si el delito se ciñe en la inadaptación al medio, del sujeto agente, el cuasidelito representará una semiinadaptación, un peligro no solamente probable, sino seguro del sujeto que lo comete.

Existe una línea divisoria entre el bien y el mal; hay una norma á seguir, impresa indeleblemente por Dios en el corazón humano; esa es la ley natural, que es la participación ó el reflejo de la ley eterna en la criatura racional; cuanto á ella se ajuste es bueno; cuando los actos de los hombres se van separando de ella, son malos en mayor grado á medida que aumenta la distancia del luminoso guía. Un penalista español, el Sr. Dorado Montero, temperamento ecléctico, anda buscando, cual nuevo Diógenes, algo más importante que un hombre: la Moral, y no la encuentra, porque parte del supuesto de la relatividad de todas las morales, que ni son invariables, ni justas, ni buenas en sí; hoy calificamos como bueno lo que apellidaremos malo mañana; claro está, que desde este punto de vista ni hay verdaderos delitos, ni existir

pueden cuasidelitos; habrá hechos penados por la ley; pero como la punibilidad debe descansar en la justicia absoluta ó relativa, y el basamento de ésta no existe para él, el sistema penal cae por su base y es necesario establecer otras nuevas, en las que no tendrán cabida las penas sino tan sólo la tutela solícita y cariñosa del Estado hacia el ser inferior ó enfermo que desconoce el Derecho.

El Derecho sin la Moral es una palabra hueca; mejor dicho, un sarcasmo; mas conviene dejar á un lado estas disquisiciones para afirmar que si el Derecho, según frase de Lerminier, es la vida, como ésta evoluciona con tanta rapidez y el Derecho codificado se petrifica hasta su renovación, siempre existirá como una zona intermedia entre lo legislado y penado en cada momento histórico, y lo que debiera estarlo porque la conciencia social lo exige como un imperativo histórico en su estado de desarrollo; es decir, así como los delitos varían y aumentan, los cuasidelitos sufren los reflejos de los primeros. Esta movilidad ininterrumpida es indudable que necesariamente ha de referirse, no á los delitos *quia mala in se*, sino á aquellos otros *mala quia prohibita*, que el Estado tiene perfecto derecho á señalar y punir atendiendo á las necesidades de defensa y de protección de la sociedad, cuya custodia le está encomendada.

Mas como el sector del Derecho penal se considera odioso y restringible, y en el frontispicio del mismo se lee con ígneos caracteres *nullum crimen, nulla pœna since lege*, mientras no se establezca un prudente arbitrio judicial, los Tribunales serán impotentes para castigar actos ú omisiones similares de aquellos otros comprendidos dentro del casuismo del Código penal que

no puede abarcar la vida entera, ni sus infinitas modalidades, y que por eso, en cierto sentido, aunque algo paradójicamente, ha sido señalado como la «carta magna del criminal».

Existen muchos hombres perfectamente conocedores de todos los resortes del Código penal, de todos sus requicios, y, por decirlo exactamente, de todos los puntos vulnerables del mismo que le atacan, pero no caen en su esfera, y constituyen, por ende, el verdadero tipo del cuasi delincuente.

«Si pretendiera señalar, nos decía el Sr. Asúa, la variadísima gama que integra la cuasi delincuencia, incurriría en el casuismo impotente que censura. Las casas de compra-venta mercantil, que saltan en sus negocios por encima de los preceptos de la ley de la usura, los anuncios y reclamos en periódicos abroquelados en la impunidad, ganada de antemano, y que reflejan ó la lúbrica inmoralidad, ó son el cebo donde la avaricia se rinde estafada ante el espejuelo de fantásticas rentas, con poquísimas pesetas, manejadas por uno mismo, que producen pingües ganancias, y, por último, la violación constante del art. 15 de nuestra Constitución, cuando se sustituyen unos Gobiernos á otros en el Poder y en la distribución de los cargos públicos, se mancilla é infringe la justicia distributiva, concediéndose los cargos públicos, no según el mérito y capacidad de las personas, aun tan sólo de aquellas que militan en el partido gobernante, son otros tantos cuasi delitos en los que se dan el sujeto activo, el hecho cuasi punible y el sujeto pasivo, que á veces es una persona determinada y otras la sociedad entera, como acontece en el último ejemplo citado, que tiene perfectísimo derecho á ser regida y gobernada

por los hombres más probos, dignos y aptos, pues de otra suerte se lastiman sus intereses colectivos.»

Por eso nos indicaba el elocuente conferenciante, que la revisión del Derecho penal requiere una labor re-constructora, consistente en recabar para su órbita aquello que indebidamente ha sido seccionado de la misma, y nosotros, los españoles, prestaríamos un verdadero y utilísimo servicio á la madre Patria si arrancáramos de las canteras de nuestros grandes filósofos, teólogos y juristas, filones del saber que permanecen muertos é inexplorados y que constituyen, á no dudarlo, la estela luminosa de la tradición jurídica española.

Conferencia
del Sr. García
Baxter.

No afirmaremos con el jurisconsulto italiano Impallomeni (1), que los crímenes pasionales aunque inspiran benevolencia á la pública opinión, reflejan los sentimientos más odiosos y constituyen los delitos más peligrosos y de mayor perversidad en la escala delictiva, pero sí reconocemos que son los más importantes en la vida social, siendo por esta razón el tema elegido por D. Francisco García Baxter *Los delitos de sangre*, uno que se distingue, entre los aquí pronunciados, por revestir mayor interés en lo relativo á la ciencia de la pena.

Comenzó el disertante haciendo con verdadera elocuencia un estudio histórico de la criminalidad en general, para llegar á la consecuencia de que los delitos contra las personas son tan antiguos como la misma Humanidad.

En la antigüedad, los delitos de carácter familiar

(1) *Les délinquants passionnels et le criminaliste Impallomeni*, por Lasserre, París, 1908.

eran más frecuentes, sin duda, porque la familia, más bien tribu, estaba integrada por mayor número de personas, que influídas más de cerca por el elemento primitivo, buscaban en la fuerza la satisfacción más que de sus necesidades, de sus pasiones y ansias de poderío.

La obra científica de Prims, eminentísima por todos conceptos, con toda claridad nos lleva al convencimiento de cómo el crimen ha podido servir muchas veces de medio para escalar el poder y colocarse en plano superior en algunas sociedades. Los hechos no lejanos de Auvernia, con todos sus crímenes, nos lo demuestran, y nuestra época feudal es otra prueba que asevera este imperio del crimen en algunas edades.

El delito y la virtud, marchan juntamente en la vida de la Humanidad como la vida y la muerte. Pretender hacer desaparecer por completo, en absoluto, el delito de sangre, es algo tan imposible como oponerse á las leyes de la Naturaleza. Nuestra pretensión, por tanto, debe ser la de reducirlo lo más posible, restar á la criminalidad el mayor número de individuos, disminuyendo así la proporción de los que se oponen y estorban el ordenado desenvolvimiento social.

Sobre si el delincuente es responsable ó no, sobre si obra libre y conscientemente ó por el contrario al delinquir se encuentra esclavizado á influencias que le predisponen en tal sentido, son distintas las opiniones, las cuales fueron examinadas detenidamente por el orador.

Esta pretensión de considerar al delincuente como hombre libre y consciente, es de todos los tiempos, porque aun en aquellos en que el fatalismo era teoría que influía poderosamente, no vemos que con el criminal se

guardaran las consideraciones que podrían nacer de suponer que hubiera obrado fatalmente; y esto es natural, porque de pensar en contrario equivaldría á presumir la existencia de un Dios bueno y otro malo.

Ahora bien: ¿nace de nuestro orgullo esa teoría que considera al criminal libre y consciente, excepto en casos de locura, ó por el contrario tiene como único fundamento el ser una manera insustituible de defensa social? Sea una ú otra cosa, la consecuencia es la misma: que la pena debe existir, por ser ella garantía para la colectividad.

El orador cita como elementos que influyen en la criminalidad, el primitivo, el social y el de herencia, y hace una consideración de lo que él llama influencia de carácter político, el caciquismo, y otros de carácter jurídico, entre los que señala el Jurado y la pena de muerte. Refiriéndose á dicho carácter, habló de la perniciosa intromisión de la política en la Administración de justicia y cómo debido al caciquismo se prepara una prueba testifical y hasta se influye en el veredicto del Jurado.

El orador se refirió á uno de los puntos más debatidos y de mayor importancia del Derecho penal: «supresión de la pena de muerte».

Al hablar de esta pena, recaba para España la gloria de haber sido español el primero que la combatió, argumentando su tesis en caso de utilidad pública—refiérese al fraile Martín Sarmiento—, que pocos años antes que Beccaria hizo pública su opinión sobre la pena de muerte.

El Sr. García Baxter, sentimental defensor de la abolición de la pena capital, reconoce que debe de existir

en los Códigos de toda sociedad, por estar demostrado estadísticamente que en los países en que se llegó á suprimir, aumentó la criminalidad. Cita el caso de una discusión habida en la Cámara francesa, en la cual, el mismo Briand reconoció ante los datos de la realidad la influencia de la pena de muerte en la criminalidad.

Como no puede pasar del campo doctrinal la frase de un célebre tratadista *conocerlo todo y perdonarlo todo* ya que, según ha escrito Bentham, «¿qué otra cosa podría la perversidad humana desear más que una ley que garantizase la clemencia para todos los delitos»? No puede menos de admitirse los medios represivos enérgicos y eficaces que están en relación con la magnitud del mal que se castiga.

Por esto nos parecen exactas las siguientes palabras de Pacheco (1): «déjense á un lado las exageraciones, refrénesse, como es forzoso hacerlo en estas materias, á la imaginación, considérense los instintos de la humanidad, pésele la enormidad á ciertos crímenes y la conciencia del género humano en esta consecuencia dolorosa, que la pena de muerte es en sí legítima y en ciertos casos indispensable. Ninguna otra es expiación suficiente, ninguna otra satisface las vivísimas alarmas, los nefandos horrores con que conturba algún crimen la sociedad entera.

Mr. Foquet, dice ser precisa, porque ella infunde miedo «á la bestia feroz» y la evita cometer los crímenes más horribles. Maxwell afirma que hasta el loco es susceptible al castigo.

«Borrar de las páginas de un Código penal la pena de

(1) PACHECO: *Código penal*, pág. 33, tomo I.

muerte, escribe Garofalo (1), vale tanto como entregar indefenso al Estado ante un porvenir cuyas contingencias se desconocen. Muy por el contrario, conservando dicha última pena, nada se pierde, pues el Estado no está obligado á hacerla ejecutar, pudiendo además ejercitar la prerrogativa del indulto; así se ha practicado sistemáticamente en Bélgica desde 1863 y en Italia desde 1876.»

«La abolición de la pena de muerte, en una palabra, es una renuncia injustificable del Estado á un derecho para cuyo ejercicio se halla plenamente capacitado, y de cuyo abandono pueden derivarse gravísimos trastornos».

En el Congreso de Antropología de Roma de 1885, Venturi razonaba el criterio abolicionista en esta forma (2):

La sociedad tiene el deber y el derecho, en orden al criminal, de defenderse contra el enemigo que intenta perjudicarla. Es fuerza que, á tal derecho y á tal deber, corresponda la doble facultad de eliminar de su seno á ese individuo, colocándole en condiciones que anulen su nocivo influjo, y, en segundo término, la de ejercitar todos los medios aptos para lograr, si es posible, la regeneración de ese sujeto y su retorno al ambiente social. El objeto de la pena es, por tanto, á la vez defensivo y educador.

No debe apreciarse la duración del castigo sólo por la entidad objetiva del delito, sino también por las necesidades de la defensa social y por la disposición del reo para enmendarse.

(1) *El delito como fenómeno social*, por Garofalo, traducción Lombardía, p. 216.

(2) VENTURI: En el Congreso Internacional de Antropología reunido en Roma (sesión de 20 de Noviembre de 1885).

Sabemos perfectamente que ciertos criminales son en absoluto irredentos á causa de sus tendencias congénitas al delito; de aquí dedúcese imperioramente la licitud del derecho social á expulsarles para siempre de su seno.

El respeto á los sentimientos populares cabría acometer la sustitución de la última pena por cualquiera otro medio de eliminación que pudiera responder de que alteraría el orden social, alejando del trato de sus compatriotas al criminal, bien por la prisión perpetua ó por el confinamiento y la deportación á las colonias, etc.

Empero, importa notar que, en orden á la seguridad social, esos medios no son ya tan eficaces como la pena capital, repugnando imponer á la sociedad ultrajada y amenazada por un malvado, la obligación de costear los gastos que ocasione la vida de su enemigo, siendo así que el dinero que distraiga esta empresa será mejor empleado en instituciones de interés general ó socorriendo á personas dignas de protección.

Por último, en el citado Congreso de Antropología de Roma, de 1885, se presentó una proposición por monsieur Loy (1), en la que, considerando que la evolución procede por medio de la selección, y que la pena de muerte representa justamente la eliminación del cuerpo social de los criminales vulgares, no susceptibles de adaptación á la vida de la sociedad, se declaraba que esta pena se conforma en absoluto con los principios de las ciencias naturales y antropológicas, y en el Congreso de médicos y alienistas de Ginebra de 1907, se llegó á la conclusión de que era necesaria la última pena.

(1) Sesión de 20 de Noviembre de 1885.



Sin embargo, como sabéis, muchos son los tratadistas que no coinciden con esta opinión, fundándose, entre otras consideraciones, en que la pena de muerte no presenta ninguno de los caracteres requeridos por la ciencia penal.

1.º *Es ineficaz.* La estadística ha demostrado que en los países en que ha sido suprimida su abolición y su remplazo por un castigo menos inhumano, no han causado aumento de la criminalidad.

2.º *No intimida.* No ha detenido jamás al individuo determinado á cometer el crimen.

3.º *No es moralizadora.* Sobre este punto parece inútil insistir; varias ejecuciones así lo demuestran.

4.º *No es necesaria.* Podía serlo en siglos precedentes; hoy el Estado dispone de medios de coerción suficientes para prevenir nuevos crímenes; los establecimientos de detención están organizados convenientemente para asegurar la vigilancia de los detenidos y las probabilidades de evasión son cada vez menos frecuentes y más peligrosas para aquéllos.

5.º *Es contraria á la doctrina de la enmienda.*

6.º *Es la única entre todas las penas no susceptible de gradación y arbitraria en su aplicación.*

7.º Pero, sobre todo, es *irreparable*, y es esta la objeción más fuerte, porque es la única sin réplica y la que jamás dejará de oponérsele.

Y además alegan en defensa de su criterio la tendencia abolicionista que existe en todas las naciones, pues en los últimos cincuenta años ha sido abolida la pena capital en Grecia, en Rumania, en Portugal, en Holanda, en Noruega, en los cantones suizos de Friburgo, Neuchâtel, Ginebra, Zurich, Balle-Ville, Tesino, Berna,

Argona, en Italia, en Venezuela, Brasil, Uruguay y en varios de los Estados Unidos del Norte América, aparte de que en otros Estados, aunque se conserva la pena de muerte, en la ley nunca se aplica.

Y coincidiendo con este criterio, el insigne Canalejas decía (1):

«Desde que Beccaria planteó el problema de la abolición de la pena de muerte en su famoso libro *Tratado de los delitos y las penas*, los grandes maestros de Derecho penal y la legislación de los pueblos más adelantados trabajan por eliminar de la realidad lo que es un vestigio de los tremendos castigos que se imponían en la Edad Media á los culpables.

Mittermaier, Bentham, Suizot, Rossi, Sismondi, Lucas y muchos otros escritores ilustres, han propugnado por la desaparición de esa horrible pena.»

A nuestro juicio, puede conservarse en la legislación penal la pena de muerte con las siguientes limitaciones:

1.º Que se reduzca su aplicación á contadísimos casos.

2.º Que no ha de estar probado el hecho por presunciones, ni indicios, sino por una prueba plena que conduzca á la seguridad absoluta de la realización del crimen por el delincuente.

3.º Que se adopten determinadas medidas de garantía en el procedimiento, entre otras, la de que se acuerde la sentencia condenatoria por unanimidad de los jueces que la dicten, y

4.º Que se conserve la gracia de indulto para esta clase de penas.

(1) Prólogo de D. José Canalejas á la obra *Sobre la pena de muerte*, de Petro Ellero, traducción de D. Antonio Gómez Tortosa, 1907.

Con la pena de muerte nótase en España una particularidad. Parece como si á pesar de ser defendida su abolición en el terreno doctrinal, al llegar el momento de implantarla se teme adoptar tal medida, y resulta que entre dos miedos, uno el de privar á la sociedad de un arma que se considera necesaria, por su ejemplaridad, para el castigo de ciertos delitos, y otro el de que al cumplirse la pena se cometa una injusticia cuya reparación resulta imposible, se opta por conservarla en el Código, pero la frecuente aplicación de la gracia de indulto se encarga de que rarísima vez se cumpla el fallo que impuso tan gravísima sanción.

Terminó su aplaudida disertación el orador exponiendo que, no obstante, ser casi nula la acción de los Gobiernos para preparar al pueblo con el fin de hacerse honrado por medio de la cultura y el bienestar, la criminalidad no aumenta á pesar de explotarse inícuamente, fundados en una equivocada pretensión económica, todo género de pasiones, juego, prostitución y alcoholes.

Llamó también la atención respecto de los delitos denominados involuntarios, grandes catástrofes que por impericia y abandono en muchos casos dan lugar á numerosas desgracias. Estas representan mayor cifra que las que arrojan las estadísticas criminales, y pueden ser remediables más fácilmente.

Conferencia
del Sr. Soto Hernández.

La autoridad que goza el Sr. Soto Hernández (D. Antonio) en el campo jurídico, se cimentó con su notabilísima conferencia sobre el delito más variado, más amplio y por sus especiales formas más pintoresco de todos los del Código penal: «delito de estafa».

Estamos en tiempos de verdadera *timocracia*, nos decía el conferenciante, en que la mala fe es erigida como sistema y en que se esgrimen toda clase de astucias, se emplean todos los medios de propaganda sutil y de artera publicidad é inventiva, para que eludiendo toda responsabilidad de orden penal se realice el delito de estafa, que pudiera definirse como el apoderamiento de las cosas ajenas no *invito domino*, sino con el parente concurso de la voluntad equivocada, descarriada, engañada de su dueño.

Siendo la característica de la estafa el dolo, el señor Soto hizo observaciones acertadísimas para distinguir el dolo civil y el criminal y deducir que la estafa no es sólo lo que se comprende en los preceptos del Código como tal delito, sino que además tiene ese carácter y debieran constituir hechos delictivos otros muchos actos del comercio de los hombres, en cuyo fondo existe un lucro exagerado, que persiguen un fin ilícito, y son causa muchas veces de perjuicios de gran magnitud.

Se lamentaba, con tanta elocuencia como razón el conferenciante, de que quedaban impunes muchas estafas cometidas por los vendedores de sustancias alimenticias, que ni en la cantidad ni en la calidad corresponden al precio que por ellas se ha pagado.

Censurando la libertad excesiva en que se desenvuelve el comerciante, llamó la atención acerca de la necesidad cada día mayor de intervenirlo ó someterlo á normas más justas y equitativas, porque tan usurero es el que presta una cantidad con intereses fabulosos, como el que vende un artículo con un sobreprecio crecidísimo, tanto más si ha habido por parte de los comerciantes del mismo ramo una previa confabulación para sostener la

ficticia carestía de la mercancía; puesto que esto, convertido en especulación culposa, produce el desequilibrio de las leyes de oferta y demanda, y acarrea una serie de males de verdadera consideración.

Analizó la ley francesa sobre fraudes de 1851 y la reforma de 1863 en el Código penal de 1810, por las que se establece la incautación y decomiso de mercaderías, cuya cantidad ó calidad no sean buenas, publicando las sentencias condenatorias en extracto ó literales en los periódicos, para su mayor publicidad, por cuenta del condenado, y exponiendo en el escaparate ó puerta de las tiendas durante varios días, una placa ó cédula, en la que consta la pena impuesta y el hecho castigado, y afirmó que produce este sistema resultados favorables.

Sostuvo que en España debía establecerse esta incautación y este procedimiento, pues son muchos los establecimientos que expenden la mercancía adulterada y en malas condiciones ó con inexactitud en la marca ó procedencia, el peso ó medida, no atreviéndose el comprador á denunciar al comerciante por los variados trámites que exige la comprobación de la falta cometida, y además opinaba que debía establecerse un *precio fijo público* en todos los comercios, que sería una garantía de seriedad para el comprador.

Respecto al criterio del legislador de tener exclusivamente en cuenta la cantidad á que asciende lo defraudado para la imposición de las penas que señala el artículo 547, cree el Sr. Soto Hernández que dicho método es injusto, porque atiende sólo al daño objetivo y en éste la cantidad, que para un perjudicado puede ser nimia, por poseer otros medios de fortuna, para otros será

excesiva y quizás ocasione su ruina, pues no hay nada más relativo que la fortuna.

Apartándonos del criterio sustentado por Pacheco (1) y otros autores, opinamos con el conferenciante que no es justo el sistema legal, y además creemos que, al lado de la censura indicada, pueden señalarse dos más con respecto á nuestro Código: una que se deriva de su defectuosa estructura, pues la misma prescripción, aun cuando los términos de su expresión no coincidan, se contiene en el núm. 3.º del art. 548 que en el núm. 4.º del 592, y así resulta que el mismo hecho reviste carácter de delito ó de falta, según se aplique una ú otra disposición, y también creemos que no es completo el indicado Cuerpo legal, ya que, imitando á los Códigos de otros Estados (2), debía considerarse como delito de estafa y castigarse como autor del mismo al que cometa un fraude, explotando en su provecho las preocupaciones, la superstición ó la ignorancia del pueblo, por medio de una supuesta evocación de espíritus, ó prometiendo descubrir tesoros, ó hacer curaciones, ó explicar presagios ó valiéndose de otros engaños.

Estudió el orador los delitos de estafa cometidos por las Sociedades, las cuales gozan de completa libertad (excepto las de Seguros, que están intervenidas por la ley de 14 de Mayo de 1908) y cuyos hechos delictivos se presentan mediante una gran variedad de procedimientos.

La frecuencia con que se manifiesta este delito, y la amplitud de sus formas se debe á que, como escribía Landeira (3), «los asombrosos adelantos de la industria, las

(1) *El Código penal concordado y comentado*, tomo III, pág. 351.

(2) Art. 425 del Código de Méjico.

(3) LANDEIRA: Prólogo á la obra *Estudio práctico del delito de estafa en las Sociedades por obligaciones*, por G. Grandjean, traducción de Soto Hernández, pág. XII.

conquistas con que diariamente se enriquece la ciencia y su aplicación á la vida real, engendran una febril agitación y una ansia de riquezas, de comodidades y de bienestar que sugieren mil formas de rápida adquisición, que unas veces conducen al encumbramiento y otras al fracaso. Los hombres se asocian para acometer empresas lucrativas, se busca el concurso de los que tienen algún dinero, atrayéndolos con halagadoras promesas de ganancias deslumbrantes, los esfuerzos se adunan, los negocios se multiplican y todos corren con ciego frenesí tras del lucro apetecido y redentor; pero, como á la acción sigue siempre la reacción, la complejidad de elementos y de medios lícitos, puestos al servicio de un interés legítimo, va seguido de otros procedimientos no menos complejos en que la ficción, la falsía y la mentira ocupan el lugar de la buena fe para realizar, por artes péfidas y sutiles, ganancias reprobables y explicaciones escandalosas».

Los medios para corregir esta clase de «ataques» hacia las gentes que piensan encontrar la felicidad, la belleza, la salud, el vigor físico, ó una remuneración provechosa, etc., cree el Sr. Soto que pueden hallarse estableciendo los grandes periódicos una vigilancia exquisita, eliminando los anuncios que á simple vista son un señuelo para los incautos, suprimiendo el reclamo encubierto ó hábilmente tendido como una red, procurando que las Autoridades indaguen dónde se albergan los autores para prevenir el delito, y considerando aquéllos como circunstancias agravantes, porque se valen de la imprenta, aplicando por analogía la circunstancia quinta del art. 10 del Código.

Don Gerardo Doval no necesita de presentación en esta Academia, donde tantos trabajos científicos ha realizado, merecedores todos ellos de alta estimación.

Conferencia
del Sr. Doval.

Recuerdo, y el recuerdo va acompañado de honda complacencia, que cuando en el año 1900 se discutía en la Sección primera de esta Corporación una modesta Memoria sobre *Intervención de la Iglesia en el Estado y sus mutuas relaciones*, el Sr. Doval intervino por vez primera en nuestra labor académica, y realizó como adalid de los ideales católicos una brillante campaña, produciendo con su cálido verbo, admiración entusiasta en sus secuaces, réplica ardorosa de los contrarios y recibiendo de unos y otros aplausos de homenaje á la convicción de su doctrina y á la elocuencia de su palabra.

Su conferencia versó sobre *La culpa como facultad soberana del Jurado, según el art. 2.º de la ley por que se rige*, é hizo un estudio completo de este Tribunal, al que ha de estimarse como soberano para la apreciación de la responsabilidad por haberle conferido la ley esta facultad mucha más ampliamente que al Tribunal de derecho, toda vez que éste ha de juzgar con arreglo á su Código y en aquella institución no hay más ley que la conciencia de los juzgadores.

La evolución que notábamos en el Derecho penal, el avance y transformación de sus instituciones, se acentúa considerablemente tratándose del *arbitrio judicial*, que fué uno de los puntos defendidos por el orador.

A los Tribunales de justicia debe reconocerse la facultad de apreciar libremente el hecho, ya que, como dice un escritor, «la regla no es jamás tan absoluta que pueda prescindir de la razón», y el Juez es el llamado á armonizar ambos elementos: la ley y el hecho concreto.

Röder (1) defiende la aplicación de tal facultad en materia criminal y dice: «El verdadero derecho exige..... que pueda el Tribunal juzgar *ex æquo et bono* y por analogía según pensaban los romanos y la *Constitutis criminalis Carolina*, de Carlos V.»

Giner también proclama el reconocimiento del arbitrio judicial y defiende la analogía en la interpretación de esta rama jurídica (2) y otros muchos autores mantienen esta doctrina.

Imperaba en los Códigos españoles el interés de anular la facultad del Juez para apreciar libremente el hecho y aplicar una sanción adecuada dentro de los límites establecidos previamente en la ley penal, é inspirándose dichos cuerpos legales en la famosa máxima de Bacón *optima lex quæ minimum arbitrii judici relinquit* reducían de tal forma el arbitrio judicial que la misión del Juez quedaba limitada á comprobar la existencia del hecho delictivo, á apreciar los caracteres determinados, las circunstancias aplicables é imponer al culpable la pena en la clase y cuantía taxativamente fijada en el precepto legal.

Pero este criterio se ha impugnado por los tratadistas y ha ido rectificándose en los nuevos Códigos europeos que conceden á los Tribunales mayor amplitud para que apliquen al delincuente la sanción en el grado y forma que le convenga y resulte más justa, y es discreto pensar que el Derecho penal en lo futuro adquirirá un marcado carácter preventivo de profilaxia social llegando á la máxima *individualización de la pena* que

(1) *Respuesta á varias consultas sobre derecho penal y sistemas penitenciarios* (citada por Dorado *Problemas de Derecho penal*, pág. 264).

(2) *Resumen de Filosofía del Derecho*, pág. 211.

con gran acierto defendía el conferenciante y que constituye un problema magistralmente planteado por el Profesor Saleilles (1) y otros tratadistas.

Este escritor sienta dos conclusiones: de una parte la de conservar la responsabilidad moral fundada en el libre albedrío como base de la condena, de otra parte fundar la penalidad sobre un principio completamente distinto, la *individualización de la pena* (2).

La importante, muy importante cuestión, escribe el mismo autor (3), es saber las bases para diferenciar las penas aplicables y aplicar el género de pena que conviene á cada individuo.

Y se llega á una teoría verdaderamente admirable que consiste en autorizar al Juez para que pueda imponer varias categorías de penas, diferentes por su carácter y su régimen, de suerte que tendría, para un hecho delictivo cualquiera, sanciones de categorías diversas para aplicarlas según los delincuentes. Tendrá así dos escalas de penas; y según la naturaleza del agente, el Juez aplicará uno de los dos grupos. Es el llamado sistema de penas paralelas (4).

Es indudable que las exigencias de la individualización moderna nos conducen á admitir el sistema indicado. Pero lo que es realmente delicado y difícil es determinar las bases de apreciación que el Juez deberá tener para aplicar una ú otra categoría, y para ello no puede admitirse más criterio de distinción que la apreciación de motivo; de manera que el motivo servi-

(1) *L'individualisation de la peine*, pág. 229.

(2) *Idem idem*.

(3) *Idem idem*.

(4) Sobre este punto escribió un notable trabajo en la *Revue pénitentiaire* 1896, M. Garçon, con el título de *Les peines non deshonorantes*.

rá á la vez de medida para la duración de la pena y de criterio de diferenciación para fijar su naturaleza y su régimen.

Los criminalistas que han defendido este sistema han tomado como punto de partida para admitir esa doble escala de penas, en materia penal, la diferencia de delitos políticos de los delitos de derecho común.

Se ha considerado que sería injusto aplicar á un delincuente político una pena de idéntico carácter que aquellas destinadas á los malhechores ordinarios: para aquéllos las penas serán una forma de intimidación, que constituyan una medida de orden público que tiene por fin poner en seguridad los perturbadores del mismo, mas no deben ser infamantes, las cuales se reservan para los facinerosos ó criminales de otros órdenes.

Deducimos, pues, que la clase de pena y su duración debe depender no sólo del hecho delictivo, sino del motivo que originó tal delito, de la intención que perseguía el agente y de la apreciación que se haga de los sentimientos de aquél; así, cuando los delincuentes obren influenciados por una pasión vil, la pena ha de tener un carácter especialmente correccional á la vez que sancionador y debe ser cumplida bajo una disciplina regulada; pero si se trata de individuos de conducta ejemplar y cuyo sentimiento no esté viciado, la sanción ha de ser más benigna y solamente ha de consistir en la privación de la libertad.

Y otra consecuencia de esta doctrina es la de admitir la agravación de la pena, sistema implantado en el anteproyecto del Código penal alemán (1) en los siguientes términos:

(1) Párrafo 18.

«Cuando el hecho punible manifiesta una brutalidad especial, maldad ó depravación, ó cuando las condenas anteriores del autor hagan suponer que la ejecución ordinaria de la pena no ejercerá sobre él el efecto conveniente, el Tribunal podrá disponer la agravación de las penas de reclusión ó de prisión.

Las agravaciones consistirán en suministrar al condenado menor cantidad de alimento y un lecho más duro. Ambas agravaciones pueden imponerse al mismo tiempo, pero en este caso se suspenderán cada tercer día. Su duración en conjunto no excederá de cuatro semanas. Las agravaciones no podrán ordenarse más de una vez para las penas inferiores, á seis meses, y para las de mayor duración, á lo más, tres veces cada año. El intervalo entre dos agravaciones será, por lo menos, el doble de la duración de la agravación precedente.

Si el condenado á la pena de prisión se ha conducido bien durante un año, por lo menos, el Tribunal podrá suavizar ó suprimir las agravaciones para el restante tiempo de pena.

Las penas agravadas de reclusión y de prisión se aplicarán solamente á aquellos condenados que, según el dictamen del médico del establecimiento sobre su salud, sean capaces de soportarlas. No se impondrá ni á las mujeres en cinta ni á las que amamanten á sus hijos. Cuando por estas causas la agravación no parezca admisible, el Tribunal decidirá sobre ello. El Tribunal, teniendo en cuenta la supresión de la agravación, podrá elevar la pena de un modo proporcionado.»

Toda pena de privación de libertad—escribe Aschrott(1)

(1) *Strafen, Sichernde Massnahmen, Schadenersatz en Die Reform des Reichsstrafgesetzbuch* publicado por Litsz y Archrott, 1910.

para justificar el sistema — supone una lesión de la riqueza nacional. Todavía no se ha llegado á aprovechar el trabajo de los penados de modo que cubra el coste de las prisiones; pero, además de esta consideración, no debe olvidarse que el penado, en la vida de libertad, no solamente se mantiene él mismo, sino que también sostiene á su familia, mientras que cuando está encerrado en la prisión aquélla tiene que ser socorrida casi siempre por la asistencia pública. Cuanto más duraderas son las penas de privación de libertad, mayor es la lesión que producen en la riqueza nacional. Por esta razón es muy racional plantear la cuestión de si estas penas deben acortarse aumentando, como compensación, su dureza, pues frecuentemente una pena corta y severa es un medio penal más eficaz y adecuado que una pena de larga duración.

Algunos hechos punibles denotan sentimientos tan viles é infames en sus autores, que en estos casos la conciencia popular no se contenta con una simple detención, sino que exige una pena corporalmente sentida por el delincuente (1).

El conferenciante abogó por la formación de distintos escalafones para la Magistratura á fin de que especialicen sus estudios y su profesión los funcionarios judiciales en el orden civil, criminal ó contencioso-administrativo en que presten sus servicios, si bien no entendemos que basta con esa división, sino que, á fin de intensificar los estudios y para perfeccionar el criterio de judicial, nos parece necesaria con Paul Lapié una «reforma de

(1) Según escribe el notable profesor Sr. Coello en su obra *La reforma de la legislación penal alemana*, pág. 26, en el proyecto alemán, á juzgar por lo dicho en la exposición de motivos, solamente se ha tenido en cuenta este último punto de vista para fundamentar las agravaciones.

la educación profesional que obligara á los estudiantes que se destinan á la Magistratura, á hacer en las facultades de letras trabajos de historia crítica y de moral social, que dieran á los jueces métodos más seguros para descubrir la verdad».

Y, por último, el Sr. Doval demostró la necesidad de modificar radicalmente el sistema celular español; la conveniencia de suprimir las cárceles con el régimen actual y crear en sustitución de ellas reformatorios y planeó otras varias reformas que confirmaban la competencia de este notable criminalista en la ciencia penal.

Los autores de la Escuela clásica del Derecho penal se dedicaron preferentemente á examinar los elementos generales de la represión ó á determinar los sistemas de ejecución de la pena sin profundizar el estudio, ni analizar especialmente las clases de infracciones y su origen, la participación y condiciones que concurren en el agente y otros problemas de la esfera penal; así se observa que aun cuando expongan doctrinas jurídicas y planteen cuestiones de dicho orden, como sucede en las obras extranjeras de Faustin Helie, Blanche y Garrand ó en las de los autores españoles de Goyena, Pacheco, Alvarez, Vizmanos, etc., siempre lo hacen con un carácter general; hasta que el profesor alemán Liszt inició el Derecho penal especial, y hoy son muchos los tratadistas que siguen esta orientación, dedicando sus estudios á una rama determinada de la ciencia, á un sector del Derecho penal; criterio seguido por el Sr. Moreno Calderón que especializa sus estudios—que son constantes—en una materia tan importantísima en el orden jurídico que examinamos, como es la *estadística*.

Conferencia
del Sr. Moreno
Calderón.

La estadística, á la que Ferri y los escritores de la escuela positivista dieron toda la extensión é importancia que merece, es el material inmediato de la sociología criminal ó un cálculo de probabilidades, como es la táctica militar, según reconocía el primer Napoleón.

Importante es siempre la estadística, porque es la «teneduría de libros del medio ambiente» ó, como decía el Sr. Burgos Mazo, es el «presupuesto numérico de la ciencia del legislador»; pero tratándose del Derecho punitivo, su estudio es de mayor interés, porque á la estadística criminal con razón se la ha considerado como el sistema penal en acción.

El disertante con verdadera maestría habló de la *reincidencia* y expuso que los delitos son subjetivamente considerados en caso de aparecer tal circunstancia, y considerados objetivamente en caso de primera delincuencia, y afirmó que el estudio de los primeros delitos nos da el estado social de un pueblo, pero no el grado de su intensidad criminal: aquél denuncia un estado patológico, éste acusa una perturbación endémica.

La estadística comparada de los primeros delincuentes da siempre la menor ley de proporción: á mayor número de población, mayor número de delincuentes, cuya relación se explica porque si bien se encuentra atenuada por las circunstancias del lugar y del tiempo, por las influencias del medio social y por las condiciones económicas, en cambio se agrava dicha proporción, entre otros motivos, por la reincidencia.

El grado ó la proporción de la criminalidad se estudia en el reincidente que ha sufrido ya los efectos de la sentencia con el cumplimiento de la pena que en la misma se le impuso.

La reincidencia no hace mayor el delito, afirma Dorado, en sí mismo considerado, como una entidad objetiva independiente; pero sí hace mayor la capacidad delictiva, y, por lo tanto, el peligro social que envuelve, y refiriéndose á esta circunstancia Ingegnieros escribe que la posición jurídica de los delincuentes se modifica, si la represión se funda sobre su temibilidad y no sobre su responsabilidad.

Impúgnase por algunos autores la legitimidad de esta agravante, que, según dicen, infringe la regla *non bis in idem*, el principio de que nadie debe ser juzgado y condenado dos veces por el mismo delito, y afirman que si en la segunda condenación ó en otra ulterior se agrega una pena ó una fracción de pena á la correspondiente por el delito que se juzga, en razón de un delito precedente ya juzgado, aquella pena ó fracción de pena es un segundo juzgamiento y condena por el hecho precedente: admítase por otros que para que la reincidencia sea una presunción de perversidad, es preciso que haya conexidad.

Exceptuando España y alguna otra nación en que la reincidencia va disminuyendo, se observa que el crecimiento de la misma es un fenómeno que tiene carácter general.

Según datos proporcionados por varios tratadistas (1), Alemania, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Italia y Rusia son los países en que es mayor la proporción, produciéndose este mal al excesivo abuso que los sistemas represivos dominantes hacen de las penas de cárcel de poca duración.

(1) MATTEOTTI: *La Recidiva*, Milano, 1910.

El conferenciante se ocupó también de la prescriptibilidad de la responsabilidad penal, principio que tan especial preferencia ha merecido á los penalistas.

Algunos como Muteau (1) separan la prescripción del delito de la prescripción civil; otros como Carrara (2) se pronuncian contra la interrupción por actos de procedimiento en materia criminal; Groizard (3) expone los fundamentos de la prescripción en el orden penal, y otros combaten este principio.

Prescindimos de analizar esta cuestión que el Sr. Moreno Calderón inició como base para estudiar si debe aplicarse la prescriptibilidad á la reincidencia—tema que también ha sido desenvuelto en esta Corporación por otros distinguidos Académicos—, y nos limitamos á exponer que los antiguos jurisconsultos, como hacen notar Vera y Caravantes, extendían la reincidencia á sólo tres años, y que otros autores, como M. M. Chaveau y Helce Faustin, sostienen que si la perpetración de los delitos se verifica en épocas remotas, debe desaparecer la presunción de perversidad que la ley supone en el nuevo delito. ¿Cómo suponer que el delincuente haya sido impulsado á cometer el segundo delito por un hábito depravado, cuando testifican contra este hábito primero los años de una conducta ejemplar? ¿No ha debido servir esta conducta para regenerar al delincuente?

En obras sociológicas, en tratados de Derecho penal y en publicaciones de orden docente, se examina un

(1) *De la prescription de la action publique et de l'action civile en matière penal*, 1895.

(2) *Programma*.—Parte generale, párrafo 718.

(3) *El Código penal de 1870*, tomo II, pág. 592.

problema tan interesante como el relativo al efecto que produce la instrucción en la penalidad.

Beccaria (1), proclamando como uno de los medios de prevenir los delitos la ilustración acompañada de la libertad; De Fleury, afirmando que «la instrucción aun siendo elemental, hace que las malas impulsiones, en lugar de atravesar cerebros varios, encuentra en su camino imágenes que puedan detenerlas», y Guizot al decir que «por cada escuela que se abría se cerraba una cárcel», mantienen el criterio general que estima favorable la instrucción para la disminución de la criminalidad.

Por el contrario, Bornet, dice: «La criminalidad, lo mismo que la locura y el suicidio aumentan los progresos de la instrucción». González de Alba, escribía: «La idea vulgarísima de que la instrucción analfabética elemental y limitada es un preservativo eficaz á la delincuencia y que la ampliación de la escuela disminuye la población de la cárcel, resulta ya un verdadero tópico, que es ineficaz para solucionar el problema aterrador de la progresiva delincuencia», y otros muchos autores también sostienen idéntica opinión.

El notabilísimo trabajo estadístico del Sr. Moreno Calderón, nos demostraba también ese aumento en la delincuencia juntamente con el crecimiento de la enseñanza, pero á nuestro juicio existen dos razones fundamentales que lo explican:

1.^a Que no es realmente la instrucción, sino la educación la que ha de influir en la disminución de los actos delictivos.

(1) Obra citada, pág. 176.

2.^a En que es mucho más amplia hoy la esfera del Derecho penal; con los adelantos en los órdenes industriales y científicos, con el refinamiento de los sentimientos, con el avance de la civilización, se aumentan los hechos que pueden estimarse como constitutivos de delitos y por esta consideración se aumenta la criminalidad.

«Hay más delincuentes, afirma el distinguido publicista señor Die y Más, pero es porque hay más delitos, y hay más delitos porque hay más derechos, y hay más derechos porque somos seres, sociológicamente considerados, más perfectos, y somos más perfectos porque sabemos más.»

Y aparte de estas consideraciones, bien podría suceder que hoy se cometan igual número de delitos que antes, que quizás no sea tan considerable el aumento de la delincuencia; pero ciertos adelantos en la esfera científica, la perfección de los medios que pueden emplearse para averiguar los hechos delictivos y la existencia de la policía judicial, contribuyen de tal suerte al descubrimiento de aquéllos, que de día en día va reduciéndose el número de crímenes ocultos y es indudable que este factor debe ser atendido también para explicar el resultado que ofrece la estadística.

Conferencia
del Sr. Marqués
de San Eduardo.

Con insuperable maestría, el Sr. Marqués de San Eduardo disertó sobre *Delitos de engaño*, tema semejante al desenvuelto por el Sr. Soto Hernández; pero como esta clase de delitos tienen ancho campo para su desenvolvimiento y tanta es la variedad de sus modalidades, ya que con razón decía el Rey Sabio *non podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaños*

los unos á los otros (1), el conferenciante estudió la institución bajo un prisma diferente, expuso nuevos casos reveladores del ingenio de los delincuentes y de la credulidad de las víctimas, analizó distintas cuestiones, demostrando al hacerlo sus sólidos conocimientos en la materia y prestando á la exposición de sus doctrinas el atractivo de la amenidad y de la elocuencia.

El Sr. López de Saá expuso el concepto genérico de los delitos de engaño y la necesidad de emplear para evitarlos, en cuanto se refiere á la sustitución de personas, entre otros medios de identificación modernos, el de la dactiloscopia, que es, como escribe Reyna Almandos (2), una ciencia de aplicación fundada en una verdad absoluta; su base es fisiológica; su fin jurídico y social y cuyo sistema por sí solo basta para conocer individualmente al delincuente cuando se la emplea con el método ideado por D. Juan Vucetich, sin necesidad de recurrir á la antropometría ó sistema de Bertillon.

Combatió, razonando su criterio, la teoría francesa de la maniobra fraudulenta, sin la que no se considera realizada la estafa como elemento objetivo de engaño capaz de seducir al avisado con medios más poderosos que la simple patraña ó mentira.

Coincidiendo con el Sr. Soto, abogó, en cuanto á la alteración del precio natural de las mercaderías, su peso y calidad, por que se adopten determinados procedimientos de prevención, como el precio fijo é igual para todos, expuestos á la vista del público, y por que se haga uso de la saludable sanción de la pena pecuniaria, consistente en el resarcimiento del daño y en el pago de

(1) Partidas: Ley VII, tít. XVI, pág. VII.

(2) *Dactiloscopia argentina, su historia é influencia en la legislación.*

una multa con apremio personal en caso de insolvencia, y nos parece acertado este procedimiento sin creer que pueda ser impugnado á nombre de principios liberales ó por entender que representa un ataque al derecho de libertad, recordando que el ilustre Azcárate, autoridad en la materia y que no puede tildarse de parcial, defiende el apremio personal aplicable al insolvente que, solicitando beneficio de pobreza, fuese condenado en costas por su temeridad.

El conferenciante se ocupó de aquellos casos en que la estafa ó el engaño se producen mediante el uso de documentos falsos, creyendo que no es justo que se atienda á la falsedad como delito más grave, puesto que se trata de un delito, por así decirlo, medial para la consecución de un lucro, que es lo que verdaderamente caracteriza el hecho delictivo final; rara vez la falsificación de documentos aspira á otra cosa que á conseguir un elemento doloso para la realización de una estafa.

Es indudable que la estafa ha evolucionado en cuanto al medio empleado para su existencia, pues al «engaño», elemento esencial para esta clase de delitos, le ha sustituido, en ciertos casos en que se opera sobre negocios financieros ú operaciones mercantiles, el «error», y no es menos cierto que el desenvolvimiento de la esfera económica é industrial facilita la realización de esos delitos, y que el aumento de las necesidades de la vida social influye en la creciente aparición de tales hechos en el campo penal.

Por último, hay un tipo convertido por el adelanto de los tiempos en delincuente modernizado que presenta un carácter especial, pues realiza simultáneamente y de

modo que sirve de complemento el uno al otro, los delitos de robo y estafa.

Nos referimos á los ladrones internacionales que, lujosamente ataviados y con elegantes modales, frecuentan la vida de sociedad, encubriéndose con títulos ó nombres ilustres y dirigen sus *ataques*, bien aislados ó en bandas, á los grandes hoteles, á empresas bancarias ó á familias de elevada posición social.

De estas modernas formas de presentarse el delito de estafa, podrían citarse recientes y sensibles casos que demuestran la sagacidad, el cinismo y la perversidad de sus autores.

En la vanguardia de los publicistas españoles que estudian los problemas penitenciarios, figura D. Antonio Martínez del Campo y Keller que disertó acertadamente sobre el siguiente tema *Resultados prácticos de la aplicación de la ley de libertad condicional en España*.

Conferencia
del Sr. Martínez
del Campo.

Empezó su discurso ocupándose de las corrientes modernas del derecho penal que desdeñan el estudio del delito para prestar preferente atención al análisis del delincuente. En este punto—decía—marchan paralelas las dos escuelas que en la actualidad ejercen preponderante influencia en esta rama de la ciencia: la positivista y la correccional. Esta evolución ha dado origen á un nuevo sistema punitivo del que son parte integrante tres modernas instituciones: la *condena condicional*, la *sentencia indeterminada* y la *libertad condicional*, partes de un todo orgánico que no pueden separarse sin menoscabo de todo el sistema; la primera, *condena condicional*, se funda en la falta de eficacia que ofrecen para la corrección las penas que privan

de libertad por corto período de tiempo, y, en nuestro país, á más de este motivo, la organización deficiente de los establecimientos en que las condenas se cumplen.

En España, cuando ya se encontraba este sistema establecido en Inglaterra (1887), Bélgica (1888), Francia (1891), Portugal (1893), Noruega (1894), Estados Unidos de América (1902), Italia (1904), se implantó por la ley de 17 de Marzo de 1908, que pretendía erigir sobre la remisión de la pena asignada á la primera culpa la corrección del que comparece ante la justicia, más que como reo, como víctima de un momentáneo apartamiento de la senda del bien obrar. La inejecución de la pena en que incurre le llama al arrepentimiento por la gratitud y por el temor, previniéndole á la vez contra los riesgos del contagio con reclusos envilecidos en los hábitos del crimen.

Pasó luego el conferenciante á estudiar la *sentencia indeterminada*, establecida por Brockway en el Reformatorio de Elmira y aceptada en teoría por Prins, Saleilles, la escuela italiana representada por Ferri y Garofalo, en Alemania por Von Liszt, y á cuya tendencia no es ajena España, pues iniciada por Alfonso de Castro, la estudian y desenvuelven, Montesinos, Concepción Arenal, Dorado Montero, Aramburu, Lastres, Moreno Calderón y Jiménez Asúa. También los Congresos Internacionales, desde el de Cincinnati de 1870, hasta el de Wáshington de 1910, y los nacionales de Valencia de 1909 y la Coruña de 1914, se han ocupado extensamente de este lógico sistema de penar, fundado en que el hombre no debe permanecer en la cárcel si está corregido, y no debe salir de ella si es incorregible. Examinó

las diferentes tendencias que, ó bien admiten la indeterminación absoluta ó solamente la relativa, y aquellas otras que aceptan la indeterminación en cuanto á la clase ó solamente en cuanto al tiempo que ha de durar la pena.

El sistema de la *libertad condicional* descansa en dos principios: uno por el cual la libertad, fundada en una simple suposición de buena conducta futura, no es definitiva, sino revocable cuando el penado cometiese un nuevo delito ó violase ó intentase violar la obligación de residencia en el lugar que determine el acuerdo, concediéndose la libertad, y otro que establece que dicha libertad impone las obligaciones de someter la conducta, por el tiempo de pena que faltaría, á la inspección que se estableciere y la de adoptar un oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviese medios propios de subsistencia.

Sus ventajas son: que concede el paso gradual de la reclusión á la libertad, que es un medio de prueba para saber si está corregido el culpable, y que éste hace una vida honrada para no volver á la prisión.

La ley española de 23 de Julio de 1914 adoptó una institución que ya tenía existencia legal en otras Naciones, pues el art. 411 del Código de instrucción criminal de Austria, crea un derecho de atenuación especial, puesto en manos de la justicia; el Código de Uruguay (art. 93) dispone que el otorgamiento de la libertad condicional corresponde á la alta Corte, ó, en su defecto, al Superior Tribunal de justicia en Sala plena; el Código italiano la admite en su art. 16, y los Códigos alemán (art. 23), húngaro (art. 98) y holandés (art. 15), también establecen la libertad condicional.

El conferenciante relacionó la libertad condicional con otras instituciones semejantes, como la libertad sobre palabra, reducción del tiempo en las sentencias, y aludió á los indultos, que es un medio también de conceder la libertad, pero sin garantías científicas de ningún género.

Fijándose en los resultados obtenidos con la nueva institución, se afirma que con relación al penado dentro de la prisión se habían alcanzado ventajas por la fuerza moral que ejerce obligando á los penados á observar buena conducta, modificando su carácter y corrigiendo sus costumbres. Fuera de la prisión es un tránsito entre la reclusión y la libertad; el liberado pone especial cuidado en no cometer faltas para no volver á la prisión, se acostumbra al trabajo y se habitúa á convivir con la sociedad sin dañarla, y á la sociedad á relacionarse con él. Con relación á la prisión, sirve para mantener la disciplina y mejora el régimen interno, pues los penados se esfuerzan en trabajar para obtener premios, y con relación á la sociedad es beneficiosa desde el momento que devuelve al delincuente corregido, y le convierte en un hombre útil, que en vez de consumir, produce.

Enumeró los principales defectos observados en la aplicación de la ley y entre los cuales se cuenta que en las penas de corta duración no surte efecto el sistema, pues el período de libertad es muy limitado, y, por tanto, la prueba es insuficiente; que por fijar generalmente el liberado su residencia en pueblos donde no existen autoridades conecedoras de la ley, se le pueden irrogar perjuicios por no enviar las comunicaciones mensuales obligadas, y manifestó que tal vez sería

conveniente que á los reincidentes se les propusiera solamente por la primera condena.

Refiriéndose al funcionamiento de las Juntas asesora y provinciales, dijo que en ellas se había concedido demasiada intervención al elemento político y escasa al elemento técnico, y abogó porque hubiera un representante de la Academia de Jurisprudencia en dichas comisiones.

Dijo que el plazo de las propuestas es demasiado extenso, lo que origina perjuicios á los penados, y censuró la demora que se observa en resolver las propuestas, lo que en muchos casos hace ilusorio el beneficio. Se lamentó también de que siendo obligatoria la asistencia á las Juntas, no se imponga sanción por faltas, y, por último, expuso la necesidad de que se consigne en presupuestos alguna cantidad para estas atenciones, y de que se cree un organismo que, perfectamente documentado, lleve al momento la situación de cada uno de los liberados.

Confirman los brillantes resultados obtenidos con esta institución, los trabajos estadísticos del extranjero, y respecto de España, la siguiente observación contenida en la Real orden de 26 de Enero último, que dice:

«La aplicación no interrumpida de la ley de Libertad condicional, desde que en 1914 fué promulgada, ha venido á demostrar su bondad, así en el orden jurídico, por lo que respecta á la ejecución de la pena, como en el penitenciario, por lo que atañe al tratamiento y reforma del culpable.

»La modalidad establecida para que el último período de aquélla se extinga extramuros de las penitenciarías, constituye lo más esencial é importante de la nueva

institución, porque pone al penado en contacto con la sociedad, para que ésta le observe y pueda apreciar si su conducta en el período de prueba que la libertad condicional representa, le hace acreedor al beneficio concedido.

»En los dos años de aplicación de la mencionada ley han sido libertados 2.141, y sólo á 35 se les ha revocado la citada libertad.»

Y, por último, manifestó el orador que estas instituciones progresivas no surtirán el debido efecto mientras no se construyan correccionales adecuados con arreglo á plan científico, se modifique la perniciosa ley de indultos de 1870, y sobre todo se atienda á la vigilancia del liberado y se ejerza una acción directa y eficaz por medio de un patronato bien organizado, que recoja al que delinquiró, evitándole caer de nuevo y contribuyendo á hacer de él un obrero honrado y laborioso.

Conferencia
del Sr. Ossorio.

Don Angel Ossorio y Gallardo que figura en la cúspide de los jurisconsultos españoles, honró la tribuna de esta sección pronunciando un interesantísimo discurso sobre *El fracaso de la moral en el sistema penal*.

Examinó nuestro Código y magistralmente fué señalando sus imperfecciones, sus incongruencias, su desorden, y junto á tales censuras nos fué mostrando aquellas reformas que demanda la experiencia y que inspirándose en los dictados de la justicia deben tener existencia legal.

Empezó el conferenciante ocupándose de los delitos contra la seguridad del Estado lamentando la benignidad que emplea nuestro Código penal para castigarlos, pues en el orden de la delincuencia no cabe cri-

men más considerable ni de mayor gravedad que el que se comprende en los artículos 136 y siguientes de dicho Cuerpo legal y el legislador manteniendo un criterio de discreta elasticidad, no señala una pena fija y determinada, sino que admite una amplitud bastante para castigar al autor con las penas de cadena perpetua á muerte.

El criterio mantenido en nuestro Código quizás responda al generoso propósito de disminuir en cuanto sea posible la pena capital, rindiendo así tributo á los sentimientos defendidos por muchos autores partidarios de su abolición, pero creemos que aquellos criminales que atentan á la integridad nacional, á la vida de España, merecen, cuando no concorra ninguna circunstancia modificativa, la pena mayor y en este sentido debe modificarse nuestra ley penal de acuerdo con la legislación anterior (1), á fin de que exista proporción entre la magnitud del delito y el castigo impuesto.

No podrá negarse, aludiendo á los preceptos que se refieren á los delitos contra el derecho de gentes, que es una gloria para nuestro Código el haberse adelantado á los de las demás naciones europeas que no habían incluido en sus prescripciones los delitos de esta índole, de tal suerte que el ilustre Pacheco se lamentaba de que las reglas de nuestra legislación no tuviesen reciprocidad en los Códigos extranjeros, mas tal elogio no puede referirse á la determinación de dichos delitos, ni á la estructura del articulado, pues aquélla carece de una expresión adecuada y éste de la claridad debida.

1) En las Partidas (ley I, tít. II, pág. VII), en la Novísima Recopilación (ley II, tít. VII, lib. XII), en el Código de 1822 (art. 251), en el de 1850 (art. 140), se imponía pena de muerte.

Y el Sr. Ossorio fué analizando con suma pericia el texto de nuestro Código, y al referirse á los delitos contra la Constitución nos decía, que observando como se encuentran desvirtuados y desatendidos algunos preceptos de la ley fundamental del Estado, causa asombro contemplar los hieráticos artículos del título II de nuestra ley penal, velando por la virginidad del Código político; al tratar de los delitos contra los derechos individuales, indicaba que lo primero que debía hacerse era modificar el Código para ponerle en armonía con la Constitución vigente, pues como aquél hace relación á la de 1869 hay divergencia entre dichas leyes, y no se hace referencia en el Código penal á algunos de los derechos individuales; al hablar de los delitos contra la autoridad, defendía la aplicación de una penalidad severa, puesto que es preciso para que la autoridad pueda cumplir su elevada misión, velando por los intereses públicos, á fin de que pueda ejercer su ministerio, que tan necesario es para la vida social, no solamente que se la revista de la consideración necesaria, sino además que se castigue sin lenidad cuantos hechos delictivos se cometan contra ella; al ocuparse de los delitos contra la honestidad se extrañaba el orador que no tuviera sanción como delito el extravío sexual de hombre con hombre por estar considerado como un problema de orden moral al que únicamente, si se producía escándalo, alcanzaba la punibilidad señalada para este delito, y al examinar los delitos contra las personas, exponía que el título VIII, aparte de que contiene algunos delitos completamente inéditos, como sucede con el duelo, incluye el homicidio, cuya impunidad va adquiriendo carácter alarmante, pues la estadística enseña que han

sido absueltos más de la mitad de los procesados por este delito, cuya anomalía creía el conferenciante que en parte se debe á la forma como se constituye el Jurado, á la deserción del mismo de aquellas personas de cultura y de posición independiente que debían intervenir, á la diferencia, á veces, entre las armas oratorias del Fiscal y Abogado defensor, al desvío de ciertos Letrados por el ejercicio de la profesión en lo criminal, y principalmente al desquiciamiento de la vida social y al resquebrajamiento de las costumbres públicas.

Insistió en la necesidad de reformar nuestro Código penal anticuado, incompleto y en el que falta *sentido social*, proclamando la precisión de que el Poder público se preocupe de tan importantísimo problema, si bien añadía que la ley penal, por muy perfecta que sea, no basta para impedir el aniquilamiento de un pueblo, pues es sólo una pequeña arma para reparar hechos punibles para reprimir actos delictivos, pero no para desviar de su anárquica senda la masa social.

Terminó el orador su notabilísima conferencia diciendo que la vida social está sin defensa, pues el Código ha pensado en defender al individuo librándole de todo ataque en su persona, en su propiedad ó en su honor, pero ha prescindido por completo del elemento social.

La necesidad de reformar la legislación penal ha sido el punto de convergencia de las conferencias celebradas.

Han sido unánimes las censuras á nuestro Código, como consecuencia de la apreciación de su deficiente expresión y del anómalo criterio legal que se refleja en algunos de sus preceptos y tales reparos conducen á la

Conclusiones.

deducción indicada ó sea el reconocimiento de la urgente precisión de modificar nuestra ley penal.

Las reformas que se presentan relativas al Derecho penal son más difíciles y arriesgadas que las que se refieran á otro orden jurídico cualquiera, por la trascendencia que implican y la importancia que entrañan, pues aquéllas afectan á una materia en que se ventila el honor, la libertad, la propiedad y hasta la vida del hombre, y ante sentimientos tan íntimos é intereses tan valiosos las innovaciones que se defiende, tienen que estar plenamente justificadas por responder á las exigencias de la experiencia y hallarse inspiradas en las modernas orientaciones de la ciencia penal.

Afirmase que según es de delicada la materia, así es de costosa la obra.

El obrero marmolista puede dar en el bloque un golpe indebido que llegue á inutilizar la obra que ejecuta; pero el daño es más pequeño, el quebranto es menor si se compara con el del diamantista, que al dar un golpe desacertado en la piedra que talla, quizás lesione una fortuna por el crecido valor de la materia en que labora. ¡Y qué fortuna mayor que los sentimientos á que afecta la ley penal!

El Código penal no debe limitarse á ser la mera exposición de los preceptos de orden sancionador, sino que debe contener, aun cuando con esto se crea que invade el legislador la esfera de orden doctrinal, determinadas declaraciones que pueden facilitar la percepción de elementos jurídicos que tienen aplicación en el indicado Cuerpo legal; como no se comprenden en los moldes del actual Código todos los hechos que hoy tienen el carácter de delictivos, y que como tales se reco-

nocen en leyes posteriores y además, aceptando no sólo el elemento represivo, sino el preventivo que requiere la adopción de cuantos medios tiendan á evitar la realización de delitos, debe ampliarse el campo del Derecho penal, incluyendo en el mismo aquellos actos que, siendo de mera prevención por su índole, por el carácter de sus autores, por la intención que revisten, pueden estimarse como actos sujetos á responsabilidad criminal; en los delitos de estafa debiera sustituirse la pena que hoy consiste en privación de libertad por la de indemnización de daños y sanción pecuniaria, con apremio personal en caso de insolvencia, y rectificarse el criterio que se sustenta en el Código de señalar la gravedad de la pena, según la cuantía del daño ocasionado; las circunstancias modificativas de responsabilidad podrían modificarse en sentido progresivo para que se amolden á las nuevas doctrinas de Derecho penal, y, por último, debe predominar el arbitrio judicial, es decir, que el juzgador ostente la facultad de aplicar la ley con amplitud para llegar á la individualización de la pena.

Y á más de estas reformas que podrían implantarse en el Código penal, en el orden procesal también se han señalado dos modificaciones importantes: que en los juicios en que interviene el Jurado se diera á conocer al mismo, antes de emitir veredicto, la ley y sus sanciones punitivas, para evitar la anomalía de que á este Tribunal no se le pueda hablar de pena y dicte sus fallos, desconociendo el alcance que han de tener en orden á la penalidad de los delincuentes; y que se reforme el procedimiento para castigar los delitos contra el honor, á fin de que, reduciendo los preceptos, abreviando los trámites, se ofrezcan unas actuaciones rápidas para es-

clarecer el hecho y sea inmediata la imposición del castigo debido, con cuya medida se disminuirían considerablemente los delitos de este orden y no quedaría, como hoy lo está, indefenso el honor.

No puede con justicia decirse de nuestro Código penal que contiene «infinitas superfluas que añaden mucha mayor confusión á la jurisprudencia», como escribiera Sampere (1) refiriéndose á la Nueva Recopilación, ni se está en el caso de imitar la petición de las Cortes de Valladolid de 1523 al suplicar á Carlos V que diputara personas que vieran las pragmáticas «y de los que usan y deben guardar haga en Ordenamiento de las leyes breves, para que aquellos se guarden y lo demás se anule y revoque», pero sí ha llegado, á juicio nuestro, el momento de modificar radicalmente nuestra legislación penal y reemplazar el anticuado Código de 1870, y no se alegue, como dice un autor, que la lentitud en la aludida reforma legislativa se explica por la naturaleza propia de la obra de codificación en presencia del cuerpo político que puede darle autoridad legislativa, pues que la redacción de un Código presume una preparación especial por una consagración continuada en el estudio de una materia, es decir, un trabajo técnico, científico y el cuerpo político que debe sancionarlo no tiene tecnicismo ni ciencia, pues en España, á más de que muchos de los individuos que ostentan investidura parlamentaria tienen preparación adecuada, la Comisión codificadora, compuesta de jurisconsultos notables, puede intervenir de un modo eficaz en la preparación del cuerpo legal: reforma que nosotros defendemos con tan-

(1) *Historia del Derecho español.*

ta insistencia impulsados por el convencimiento de que un nuevo Código penal que aceptara las enseñanzas que presta la experiencia, que ampliase su órbita para incluir en ella los delitos que hoy viven en leyes distintas y que se inspirase en los modernos principios de la ciencia penal, seguramente había de proporcionar efectos saludables en la vida social.

HE DICHO.

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

CURSO 1916-17

ORADORES	TEMAS	FECHA
Sr. D. Enrique Zarandieta Ilmo. Sr. D. Carlos Díaz Valero. . . Sr. D. Mariano Marfil.	<i>La crisis del Código Penal Español.</i> <i>Recuerdos profesionales.</i> <i>Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y las nuevas orientaciones.</i>	Febrero 6.—1917 Febrero 13. »
Sr. D. José Sartou y Baquero.	<i>La fuerza irresistible como circunstancia eximente de responsabilidad penal.</i>	Febrero 26. »
Sr. D. Martín Asúa.	<i>La cuasi delincuencia.</i>	Marzo 6. »
Sr. D. Francisco García Baxter.	<i>Los delitos de sangre.</i>	Marzo 20. »
Ilmo Sr. D. Antonio Soto Hernández.	<i>Consideraciones sobre el delito de estafa en las sociedades modernas y medios para su represión.</i>	Marzo 25. »
Sr. D. Gerardo Doval.	<i>La culpa como materia de la soberanía del Jurado, según el art. 2.º de la ley por-que se rige.</i>	Abril 3 »
Sr. D. Antonio Moreno Calderón. . .	<i>Estudio jurídico penitenciario sobre la reincidencia</i>	Abril 10 »
Excmo. Sr. Marqués de San Eduardo.	<i>Los delitos de engaño.</i>	Abril 17. »
Sr. D. Antonio Martínez del Campo y Keller.	<i>Resultado práctico de la ley de libertad condicional en España.</i>	Abril 24. »
Excmo. Sr. D. Angel Ossorio Gallardo	<i>El fracaso de la moral en el sistema penal español.</i>	Mayo 1. »
Sr. D. José Antonio Ubierna.	<i>Resumen de las conferencias.</i>	Mayo 6. » Mayo 25. »

REAL ACADEMIA
DE JURISPRUDENCIA

—
CURSO DE 1916-17

II

ARM/101