PUBLICACIONES

DE LA REAL

ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

— XIV —

El estado peligroso del delincuente
y sus consecuencias
ante el Derecho penal moderno

POR

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid;
Académico Profesor de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

1920

EDITORIAL REUS (S.A.) MADRID

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

817

El sistema penitenciario del extranjero

1914

Comunicación hecha al Real Colegio de Doctores y Abogados de Madrid

CONFERENCIA

LUIS JIMÉNEZ DE ASUA

Abogado de honorario y profesor en la Universidad de Madrid

Académico de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Publicado por el Real Colegio de Doctores y Abogados de Madrid

MADRID

CULTURAL REVISTA DE LA

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

1914

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

XIV

El estado peligroso del delincuente

y sus

consecuencias ante el Derecho penal moderno

CONFERENCIA

POR

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid;
Académico Profesor
de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Sesión del día 27 de Febrero de 1920

MADRID

EDITORIAL REUS (S. A.)

Cañizares, 3 duplicado

1920

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

XIV

El estado político del Reino

1817

consecuencias ante el derecho penal moderno

COMUNICACIÓN

ES PROPIEDAD

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Comodoro de Marina en la Universidad de Sevilla

Académico de Honor

de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Sección del día 27 de Febrero de 1900

Talleres tipográficos EDITORIAL REUS (S. A.)
Ronda de Atocha, 15 duplicado. (880)

SEÑORAS:

SEÑORES:

El hábito del trabajo intelectual y las exigencias de la investigación moderna—poco dada a frases brillantes y sonoros párrafos—me han acostumbrado a expresarme con sencillez, que no he de abandonar hoy ni aun para rendir mi cordial agradecimiento a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que me ha honrado invitándome a tomar parte en estas Conferencias. A esta Casa, que frecuenté en otras épocas, participando en sus trabajos, le soy una vez más deudor de gratitud.

Libre era el tema; pero para mí venía *determinado*. Sólo gusto hablar de aquello que conozco, de las materias a que he consagrado mi vocación y mi actividad. De entre ellas he acotado un sector que preside las nuevas orientaciones de las ciencias penales: EL ESTADO PELIGROSO DEL DELINCUENTE Y SUS CONSECUENCIAS ANTE EL DERECHO PENAL MODERNO (1).

(1) Esta Conferencia es la primicia de un estudio sobre este mismo asunto, que muy pronto verá la luz, con el título de *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. Por eso en la presente Conferencia no hemos añadido nada; se imprime tal y como se pronunció. Quien desee hallar la documentación debida y las citas de las obras escritas por los autores que aquí mencionamos, puede consultar el aludido trabajo que se halla ya en prensa.

I

Para que se hiciera posible en la ciencia jurídico-penal el reconocimiento del estado peligroso del delincuente, se requería, ante todo, que se diera la importancia que tiene al sujeto del crimen, al hombre como tal.

En las construcciones clásicas nada valía el *sujeto del delito como individuo*; todo el valor jurídico se hizo pesar sobre el acto. A mediados del siglo XIX adquiere la *escuela clásica* una perfección y una técnica sorprendentes. Francisco Carrara, el maestro de Pisa, escribe su *Programma del Corso di Diritto criminale*. Los pilares, las paredes maestras, se elevan firmes. El delito es «un ente jurídico», y sobre esta base surge la insuperable construcción. Pero su divorcio de la realidad era notorio y se demostró por el crecimiento de la delincuencia, causado por el olvido en que se tuvo al autor del hecho antilegal: el hombre delincuente. Para que fuese fecunda la labor se precisaba remover el edificio desde sus cimientos, cambiar todo el ángulo visual. El Derecho penal se había construido sobre el *acto*. El porvenir estaba en dirigir la vista hacia el *sujeto*. Sólo de la *Antropología* podía esperarse la revolución en el Derecho. Y de ella vino.

Fué primero una noción antropológica especulativa, que surge con la *teoría correccional*, edificada por Röder. Aquí hallamos el primer atisbo: el Derecho penal comienza a mirar al sujeto, al hombre; no exclusivamente al acto, y no sólo al hombre como ente abstracto y en general, sino al hombre real, vivo y efectivo, a su total y exclusiva individualidad. La pena ya no atiende al hecho aislado, sino al hombre que lo ejecutó.

Pero la teoría correccional röderiana carecía de base sólida. Faltaba en ella el sentido antropológico experimental y carecía de concepción sociológica, que sólo puede suministrar la Estadística. Por eso la doctrina correccionalista, en aquel sentido unilateral y romántico en que Röder la concibió, se relega al olvido como un bello ideal irrealizable.

Minado quedó el terreno de la teoría clásica, al apuntar la idea de atender al autor más que al acto. Después el golpe es aún más fuerte: la *escuela antropológica italiana* surge, y con ella las ciencias penales se remueven hasta el fondo. Su gran mérito es la atención que presta al estudio del hombre que delinquiró; pero la Antropología criminal de Lombroso fracasa por su apotegma primordial: el tipo delincuente. En verdad que no se trata ya de una Antropología especulativa, como la que inconscientemente trazó la escuela correccionalista, puesto que el método experimental trata de darla bases sólidas; pero la Antropología lombrosiana es unilateral y simplista.

La doctrina positivista, después de la revisión crítica a que ha sido sometida durante cuarenta años,

deja en el fondo de la redoma científica, al aquietarse sus agitadas aguas, dos postulados de valor inapreciable: el principio de la defensa social, que aparece con ella, aunque todavía carezca del carácter eficaz que ha de tener después, y el sentido subjetivo que vierte en las ciencias penales.

Claramente se demuestra ya la importancia del sujeto del delito como hombre. Enrique Ferri, recordando el axioma médico de que «no hay enfermedades, sino enfermos», afirmó: «no hay delitos, sino delincuentes». Rafael Garofalo, por fin, da la primera fórmula del *estado peligroso*, al decir que la pena no se debe imponer y medir según la gravedad del hecho, sino en vista de la *temibilità* del culpable.

* * *

A la escuela positivista le faltó el sentido de la realidad. Le faltó sentido crítico y adaptabilidad efectiva. Por eso, la Filosofía, después de haber dejado atrás la metafísica, encuentra insuficiente el mismo positivismo, y su exigencia coordina, armoniza y completa las exigencias de la crítica. Así se origina el Positivismo crítico que nosotros hemos llamado escuela de los juristas, porque se asienta en bases jurídicas y se propone un fin jurídico. Prescindamos de la dirección tímida que este positivismo crítico, presente en Italia con el nombre de *terza scuola*, y fijémonos en la tendencia que se extiende por todo el mundo, designándose, por antonomasia, con el apelativo de *teoría de la defensa social*. Infatigablemente la predicó la «Unión Internacional de

Derecho penal», fundada en 1889 por Gerardo van Hamel, Franz von Liszt y Adolfo Prins. Los tres ya desaparecidos; los dos últimos bien recientemente. La muerte de von Liszt, nuestro maestro, el gran defensor de muchas de las ideas que aquí expondremos, nos entristece aún. Murió el 21 de Junio de 1919, después de grandes sufrimientos físicos y morales.

La doctrina de la defensa social resurge hoy con nueva vida; pero no puede decirse que sea creación de los tiempos modernos; sus precedentes se hallan en las antiguas doctrinas de carácter metafísico: la coacción psíquica, la ejemplaridad, la intimidación, el utilitarismo, etc. El nuevo criterio defensorista abandona el punto de vista empírico, apoyándose en las modernas tendencias antroposociológicas; pero no acepta el tipo delincuente, dándose cuenta de que los estigmas que se suponía le caracterizaban, deben ser apreciados de modo inverso a como lo hicieron Lombroso y sus secuaces. No indican una inclinación al crimen, ni su constitución determina en el que los presenta la determinante de la acción. Los estigmas se explican, en su mayor parte, por la profesionalidad criminal.

La escuela de la defensa social, sin embargo, coloca también al hombre delincuente en el primer plano. Franz von Liszt escribió que «no debe pensarse el acto, sino al autor».

Los norteamericanos hicieron ya notar agudamente la importancia del sujeto. Spalding y Barrows dijeron: «El delincuente debe ser encarcelado, no por lo que hizo, sino por lo que es.»

En esta síntesis de las escuelas penales, hemos tratado de demostrar cómo en las nuevas direcciones de la ciencia va perdiendo importancia el acto delictivo, para dársela, preponderante, al sujeto hombre. En la actualidad esto se ve cada vez más claramente. El criterio de las variaciones individuales, la consideración del hombre determinado, de aquel que ejecutó el hecho, sustituye a las antiguas fórmulas abstractas. El moderno principio defensista ha transformado radicalmente el viejo Derecho punitivo, como lo ha demostrado certeramente Adolfo Prnis. La primera transformación consiste en el abandono del antiguo criterio clásico de responsabilidad e intencionalidad, que se sustituye por la concepción del *estado peligroso*.

La llamada *Política criminal*, que tiende a realizar, dentro de lo que debe ser aquello que es posible, en las circunstancias de lugar y tiempo, es la fórmula más eficaz y fecunda de la doctrina defensista. Gracias a ella los Gobiernos acogen las nuevas ideas, preparando la transformación de las legislaciones. A su impulso aparecen en Europa: el Código noruego de 1902; las leyes inglesas sobre custodia de los delincuentes habituales y sobre los defectuosos de la mente; los proyectos alemanes de 1909, 1911 y 1914; los austriacos de 1909 y 1912; el anteproyecto servio de 1910; los proyectos daneses de 1912 y 1917, y el anteproyecto sueco de 1916. En ellos se realiza la doctrina de la defensa social y se acoge, en mayor o menor medida, el *estado peligroso del delincuente*.

II

Esta noción del estado peligroso es la fórmula moderna con que se trata de sustituir, en materia de responsabilidad criminal, los viejos e infecundos conceptos de *imputabilidad moral* y de *libre albedrío*. Para ver como se va enseñoreando, incluso de las legislaciones, se precisa que hablemos someramente del ciclo evolutivo por que han pasado aquellos conceptos.

* * *

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. Esto es bien sabido. El concepto que los clásicos tuvieron de la imputabilidad se basaba en el libre albedrío y en la responsabilidad moral, cuyas doctrinas supone Carrara aceptadas. Desde este punto de vista la imputabilidad criminal es la misma imputabilidad moral, aplicada al autor de un delito, y puede definirse—como lo hace el padre Montes—el «conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuído a quien voluntariamente lo ejecutó como a su causa eficiente y libre.»

Pero al llegar a este punto surge el problema metafísico. ¿La voluntad humana es libre o es determinada?

* * *

Hallar los *orígenes de la teoría determinista* es muy difícil. La labor se hace aun más árdua por la existencia de confusiones entre otros conceptos que son distintos, pero que todos se refieren a los actos humanos. La palabra determinismo se ha identificado a veces con la palabra fatalismo, otras con la predestinación y otros, por último, con la presciencia, que D. Adolfo Bonilla San Martín trató de deslindar en su discurso *Estoicismo y libertad*, pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. El determinismo lo que supone es la negación del acaso, mejor dicho, de la *acausa*, de la falta de causa. El determinismo no niega la voluntad como el fatalismo; lo que no admite es la libre resolución y elección, que se hallan motivadas de un modo forzoso, por las representaciones.

El problema del libre albedrío no se planteó hasta Sócrates. Una vez abordado es imposible desconocer que entre los que lo negaron, de un modo más o menos ostensible, están muchos de los más grandes filósofos de la humanidad. Platón dijo: el hombre no es libre; el que tiene un alma buena obra bien y el que la tiene mala, mal. Sobre el pensamiento de Aristóteles, en este punto, cuestionan mucho los autores; pero lo que parece cierto, según un pasaje de su *Ética a Nicomaco*, es que Aristóte-

les creía que el hombre no es libre en el momento de ejecutar un acto injusto, si bien lo es en un tiempo anterior, cuando pudo no contraer malos hábitos, y, sin embargo, los contrajo. Los estoícos quieren coordinar su indeterminismo ético-psicológico, con el determinismo metafísico: *Ducunt volentem fata, nolentem trahunt*, dijo Séneca. Los escolásticos podría afirmarse, en un sentido amplio, que fueron fatalistas. Según Santo Tomás de Aquino la voluntad y el libre albedrío no son dos potencias distintas, sino una misma, consistiendo en una *vis electiva*, que no implica elección de fines (porque la voluntad tiende necesariamente al bien), sino de medios, lo cual es negar la libertad absoluta. Con la Reforma nace un determinismo teológico, que se basa en la predestinación. Por último, hagamos constar que entre los enciclopedistas franceses la idea destaca con claridad en Voltaire: «Etre véritablement libre c'est pouvoir. Quand je peux faire ce qui je veux, voilà ma liberté, mais je veux nécessaire ce que je veux.»

Los penalistas de la Escuela clásica hicieron del libre albedrío un supuesto necesario para sus teorías, y cuando el determinismo surge como escuela filosófica aplicada al Derecho penal, se entabla la polémica. Los cultivadores de las ciencias penales, con tenacidad sin igual, resisten desde sus respectivos puntos de vista, y así, en los países germánicos principalmente, cuando en la Filosofía domina, casi sin contradicción, la teoría del determinismo, los criminalistas actuales están divididos en dos grupos,

aproximadamente de la misma fuerza: indeterministas y deterministas.

Y, a pesar de lo dicho, no puede desconocerse que la concepción liberoarbitrista pura está llamada a desaparecer. Entre los varios sistemas que pretenden reemplazar la noción tradicional de la imputabilidad y responsabilidad basadas en el libre albedrío, pueden distinguirse tres grupos.

El primero niega la responsabilidad moral y la sustituye por la responsabilidad social.

El segundo admite una responsabilidad subjetiva, inherente al individuo, y distinta de la responsabilidad objetiva, inherente al estado social, pero intenta explicarla sin el libre albedrío.

La tercera se abstiene de discutir el problema filosófico de la voluntad libre y, sin negarla ni afirmarla, se fija únicamente, al apreciar la delincuencia, en el peligro que el delincuente supone: *estado peligroso*.

* * *

La *primera posición*, o sea la de los que reducen la responsabilidad a una relación social, comienza por negar la libertad, y, por tanto, la imputabilidad moral. Estas ideas, harto conocidas, se sustentan por la llamada escuela positivista. Pero es pueril afirmar que estos conceptos suponen la negación del Derecho punitivo; lo que implican es su cambio de carácter y de fundamento. Aun haciendo abstracción del libre albedrío, el Derecho penal continúa siendo una función necesaria, sólo que se reduce a ser una función defensiva o preservadora de la so-

ciudad. Lo que será objeto de sus sanciones no será una acción inmoral, sin un acto dañoso. La responsabilidad moral, que no encuentra aquí lugar propio, se reemplaza por la responsabilidad social y la *temibilidad* del agente.

* * *

El *segundo grupo* de doctrinas ha intentado modificar, pero sin suprimirlos, los conceptos de imputabilidad y de responsabilidad moral. Su punto de partida común es una explicación de la responsabilidad sin la intervención del libre albedrío que se considera como una ilusión debida a la ignorancia en que nos encontramos frecuentemente con respecto a las fuerzas que nos determinan. Estas teorías han sido combatidas por Ferri que las tilda de eclécticas. Entre ellas merecen citarse las que han tratado de restablecer la noción de la personalidad como base de la imputabilidad y responsabilidad, y, principalmente, la doctrina de la *identidad individual* y de la *semejanza social*, de Tarde; la de la *normalidad*, de von Liszt, y la de la *intimidabilidad*, de Alimena.

* * *

Veamos ahora el *tercer grupo* de doctrinas que tratan de solucionar el problema de la responsabilidad. Al entrar en esta parte nos encontramos de lleno en el asunto de nuestra disertación. Este sistema se inspira en un sentido realista. Reconoce que existe, de hecho, una contradicción entre la ciencia y la conciencia: los deterministas tendrán razón según la

ciencia; los espiritualistas, según la conciencia. De esta concepción se deriva la necesidad de separar la responsabilidad subjetiva, de la que nada podemos saber, de la responsabilidad objetiva, y tomar únicamente en cuenta *el peligro* que puede amenazar a la sociedad del ejemplo y de la manera de vivir del delincuente. Prins es el más genuino representante de esta teoría.

Estas ideas nos llevan a una consecuencia perfectamente lógica: que la discusión sobre libre albedrío y determinismo es infecunda para el Derecho penal. La resolución de este problema—si es que puede tenerla—debe remitirse al campo de la Filosofía. Lo que interesa a los penalistas es la noción del *estado peligroso* que el delincuente representa para la sociedad. Desde el momento que este estado se comprueba existe la necesidad de defenderse, ya sea el acto libre o determinado, ya proceda de un responsable o de un incapaz. Más tarde, cuando se trate de determinar la clase de medida con que se vaya a actuar la defensa es cuando se deben tener en cuenta la peculiar condición del sujeto peligroso, a fin de individualizar el tratamiento.

III

La *noción del peligro* que el delincuente representa aparece con una gran precisión en la *temibilità*, de Rafael Garofalo, como fórmula de un criterio positivo de la penalidad. Esta palabra la creó su autor «para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente».

Ya Anselmo Feuerbach—que en muchas cuestiones se adelantó a su época y que es un verdadero precursor de las modernas doctrinas—había dicho que la palabra *peligrosidad*, expresa, tan sólo, aquella cualidad de la persona que hace presumir fundadamente que violara, en efecto, el derecho. Esta definición se reproduce, en nuestros días, casi con las mismas frases, por Storch.

Mas cuando el concepto de estado peligroso se adopta por la moderna escuela de la defensa social, en su dirección eficaz que la política criminal significa, no tenemos más remedio que confesar que se pierde aquella concepción clara y generalizada de la temibilidad definida por Garofalo, que nosotros hacemos nuestra. Las discrepancias y vaguedades surgen en lo tocante a su extensión, originando las acerbas críticas de Birkmeyer, enemigo decidido de estas

*

ideas, que anatematiza desde su criterio clásico intransigente.

La fórmula concreta de estado peligroso (*état dangereux*) se reserva por algunos, incluso por el mismo von Liszt en su *Lehrbuch*, para aplicarla al «delincuente por naturaleza», aunque habla además del «peligro general» de los enfermos mentales, que también señalan los grandes psiquiatras, como Bleuler, Aschaffenburg, Näcke, etc. Otros, como Max Ernest Mayer, en su reciente *Tratado*, la circunscriben, casi exclusivamente, a los delincuentes de responsabilidad disminuída.

Apresurémonos a hacer constar que von Liszt, en su ponencia al Congreso de la Unión Internacional de Derecho penal, celebrado en Bruselas el año 1910, amplía mucho más su concepto del estado peligroso, y lo hace extensivo a los jóvenes delincuentes, a los que delinquen por vagancia y por alcoholismo, a los enajenados y disminuídos mentales (en algunos casos) autores de delitos, y al reincidente múltiple; llegando incluso a considerar en estado peligroso a ciertos individuos que aún no han delinquido: como niños y adolescentes abandonados, dementes peligrosos y bebedores habituales.

Pero advirtamos todavía algo más transcendental. Franz von Liszt no podía renegar de sus ideas. Su principio de que «no debe pensarse el acto, sino al autor», le obliga. Por eso establece como norma de la penalidad, en la doctrina de la prevención especial, el *carácter antisocial del delincuente* (*anti-soziale Gesinnung*), que, a mi entender, es igual en

el fondo, que decir «estado peligroso». Mittermaier reconoce el imperio de esta concepción del carácter antisocial del agente. Muy próxima también es la expresión que emplea Spira: imagen moral (*sittliches Konterfei*) del infractor. En cambio von Li-lienthal dice, con toda claridad, que para el fin de la punición se debe atender al estado peligroso del delincuente, probable o probado por el acto. Augusto Köhler, en su nueva obra, pone de manifiesto la analogía en el pensar que existe entre esos autores, por lo que respecta a este punto.

Ahora bien, determinar en la actualidad el concepto del estado peligroso, con una definición acabada, es casi imposible, oponiéndose a ello la diversidad de pareceres entre los escritores y la vaguedad en que se diluye la idea clara, dada por Garofalo.

Todo lo que puede decirse con respecto a la noción que se han formado los modernos autores sobre el estado peligroso del delincuente es que *consiste en la probabilidad de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito*. Parecen coincidir en este concepto penalistas de ideas tan diferentes como von Liszt, Garçon, Kulischer, Mittermaier, etcétera.

Advirtamos antes de pasar adelante que el concepto de peligro, aplicado a esta teoría, conserva su sentido genérico de riesgo; pero es preciso hacer notar que nos referimos aquí al *peligro subjetivo*—estado peligroso del delincuente—y no al *peligro objetivo*, que es el que dimana de ciertos actos punibles, como la tentativa, la instigación, los delitos

de peligro común, etc., en los cuales no se castiga en razón del daño producido, sino teniendo en cuenta el riesgo del bien jurídico amenazado de un modo inminente. A esto es a lo que llamó Carrara «peligro corrido» (*pericolo corso*), del que no tenemos para qué ocuparnos aquí.

* * *

El problema del estado peligroso y, más especialmente, la *extensión que debe darse a esta idea*, ha sido objeto de aguda controversia en los *Congresos de la Unión internacional de Derecho penal*, tanto en las reuniones generales como en las de los grupos constituidos por las varias naciones a que pertenecen los miembros que la integran.

La cuestión se presentó ya al Congreso del grupo belga, reunido el 19 de Diciembre de 1892; y se discute en el X Congreso general de la Unión, celebrado en Hamburgo en 1905; en el del grupo húngaro, en sus sesiones de 1907-1908; en el de Rennes, de 1910; en el general de Bruselas del mismo año; en el nacional de Berlín de 1911; y, últimamente, en el de Copenhague de 1913. En ellos se acepta la fórmula sólo parcialmente y se pone de manifiesto la discrepancia entre el grupo germano-belga, que quiere dejar amplio arbitrio al juzgador y hacer extensiva la noción del estado peligroso a ciertos individuos que aún no han delinquido, y el grupo francés, capitaneado por Garçon, que se opone a esas ideas, desvirtuando el principio y haciéndole infecundo.

Ese concepto parcial con que se acoge la fórmula

del estado peligroso requería *clasificaciones de los que se encuentran en tal situación*. Muy variadas son las categorías establecidas por los penalistas. Así, por ejemplo: profesionales y reincidentes, irresponsables y disminuídos mentales, delincuentes vagos y bebedores, delincuentes menores, etc., etc.

No queremos insistir en esta cuestión de las clasificaciones—tanto más expuestas a error, cuanto más amplias y detalladas pretendan ser—, porque, como luego veremos, sólo generalizando la fórmula del estado peligroso, puede dar las consecuencias fecundas que deben esperarse para el porvenir en la lucha contra el crimen.

Pero vamos a tratar con más detenimiento un asunto muy controvertido: ¿Debe extenderse, sin cortapisas, el concepto del estado peligroso a los individuos de *imputabilidad disminuída*?

Los casos intermedios entre la salud mental y la locura deben ser tomados en cuenta por el Derecho penal, pero el problema estriba en saber cómo debe apreciarlos y si es posible, entonces, hablar de «imputabilidad disminuída» o «atenuada», o si sería preferible, en atención al estado peligroso, abandonar toda idea de castigo, aunque fuera mitigado.

Esta transcendental cuestión de los defectuosos se resolvía por la escuela clásica mediante la fórmula de la responsabilidad y de la pena atenuadas. Es decir, que puesto que se supone que la imputabilidad no es completa, se precisa tratar de medir la pena por la responsabilidad. Pero este sistema es absur-

do: se somete a una pena disminuída a aquellos hombres que por no ser enteramente locos son más peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos que los hombres enteramente sanos, y saben escoger los medios y las ocasiones para realizar sus propósitos. En efecto—como dice certeramente Adolfo Prins—, puesto que el defectuoso, menos responsable, puede ser, al mismo tiempo, el más peligroso, la imposición de una pena reducida comprometería el orden público. La situación se considera, pues, por los clásicos de una manera errónea. El delincuente defectuoso no es un criminal respecto del que sea preciso tomar menos garantías que respecto del normal. Los normales cometen, en ciertos momentos, actos amenazadores, pero vuelven después al camino regular; los defectuosos permanecen siendo defectuosos; de una manera permanente se encuentran en un estado peligroso para ellos mismos, para su ambiente inmediato y para la sociedad. Estas palabras son muy ciertas; mas, a pesar de ello, las legislaciones—incluso los modernos proyectos—no se han atrevido aún a romper abiertamente con el pasado. Pero esa timidez no sólo se muestra en los legisladores. Penalistas de tan elevada categoría científica como von Liszt se prestan a transacciones perjudiciales, admitiendo en ciertos casos, para los individuos de imputabilidad disminuída, una pena atenuada, mereciendo por ello los acerbos reproches de Torp y de Prins.

En suma, sólo la fórmula del estado peligroso resuelve esta cuestión. Cuando se trate de disminuía-

dos mentales, la pena debe dejar paso a la medida de seguridad.

* * *

Merced a los esfuerzos de von Liszt y Prins, el estudio de la noción y de la naturaleza del estado peligroso se ha convertido hoy en la *cuestión fundamental*, tanto desde el punto de vista científico, como del legislativo. Pero—como hemos advertido—hay que reconocer que su concepto no está aún firmemente delimitado, ni enteramente fijo. Adolfo Prins habla ya, en su obra más certera, «del estado peligroso del delincuente en general», y parece que pretende construir una teoría acabada que sustituya enteramente a los clásicos conceptos de imputabilidad y responsabilidad. Y esto es lo que se precisa.

No patrocínemos a medias las ideas fecundas: reprobemos toda transacción. Aceptar el estado peligroso como fórmula parcial, coexistente con los conceptos de imputabilidad y culpabilidad, en el viejo sentido, hablar de peligro para la sociedad en ciertos casos y entender que no existe en otros, es un grave error.

El delincuente revela con sus actos una temibilidad evidente que amenaza a los coasociados. Trátese, pues, al infractor de la norma como un ser peligroso, y no se hagan distinguos que dañan a la fecundidad del concepto. Los positivistas italianos han sido más lógicos que los modernos defensistas. Para ellos esta idea, en el más amplio sentido, es la fórmula positiva de la penalidad.

Sintetizando. Debe someterse a tratamiento ase-

gurativo, no porque el hombre que ha cometido una transgresión sea libre en el obrar, no porque sea idéntico a sí mismo y semejante a los demás, no porque sea normal, ni intimidable—como quieren los que hablan de imputabilidad dentro de la doctrina determinista—, sino porque constituye un peligro social, porque con sus actos revela su *temibilità* o *estado peligroso*.

Generalizando este concepto muchas cuestiones, actualmente muy controvertidas en la esfera jurídico-penal, se solucionan sin esfuerzo. No habrá ya lugar a discutir el problema de la *imputabilidad disminuida*—a que antes aludimos—, que con el estado peligroso se zanja definitivamente. Ya no habrá que buscar el fundamento de la punición de la *culpa penal*—ese segundo grado de la culpabilidad, cuyo concepto se discute todavía—, en la «previsibilidad y vicio de la voluntad», ni en un «vicio de la inteligencia», ni en la «sospecha de dolo», ni se podrá decir por más tiempo que sólo «se castiga por excepción»; la fórmula del estado peligroso resuelve plenamente el problema de la punibilidad de los delitos culposos.

La generalización de la teoría de la temibilidad del delincuente requiere que se haga un mayor empleo—que el que hoy se da, incluso en los modernos proyectos y anteproyectos—de las *medidas asegurativas*, con las que, a diferencia de las penas clásicas, se procura prevenir más que reprimir, y ya que la pena se mantenga todavía, se precisa despojarla de su viejo sentido expiatorio. Aceptada íntegramen-

te la fórmula del estado peligroso, la pena—si es que no acaba por desaparecer totalmente, reemplazada por las medidas de seguridad—no será una *venganza*, ni una *expiación*, ni tan siquiera una *medida correccional* en el romántico sentido röderiano; será un medio que participe del triple aspecto intimidante, correctivo e inocuizador, según los casos; una *pena adaptada al carácter y naturaleza del agente*; es decir, lo que los alemanes llaman, con frase intraducible, *Gesinnungsstrafe*, que levanta las airadas y monótonas protestas de von Birkmeyer y de su discípulo Augusto Köhler.

Es evidente también que la fórmula del estado peligroso exige que se *otorgue a los juzgadores el más amplio arbitrio*, y que no se tase *a priori* el *quantum* de la pena—y menos aún el de las medidas de seguridad—; el delincuente debe estar sometido a tratamiento penal hasta tanto que cese su estado peligroso y no debe prolongarse más allá de lo que reclame su temibilidad; esto es, que la «sentencia definida» debe sustituirse por la *sentencia indeterminada*.

Mas la noción del estado peligroso no debe circunscribirse tan sólo para los que ya han violado la ley. El peligro se manifiesta, en efecto, por el crimen; pero para el grupo germano-belga, a que antes hemos aludido, el estado peligroso se manifiesta también antes del crimen, y entonces la sociedad debe defenderse. Prins es también, en este punto, quien mejor concreta la doctrina justa. Mas para que pueda intervenir se precisa—según el sabio profe-

sor belga—que se trate de seres anormales, defectuosos, degenerados. Por tanto, con respecto a los hombres anormales que aún no han delinquido, la sociedad quedaría desarmada. Se precisa, pues, un paso más: cuando se trate de individuos inclinados al delito, cuando por su mala conducta, sus antecedentes, etc., se puede inferir que van a violar la ley y perturbar la paz social, es necesario que el Estado actúe con medidas preventivas y aseguradoras, aunque se trate de hombres normales.

No puede desconocerse que todo este sistema pugna con el clásico principio *nulla poena, sine lege*, que el maestro Dorado Montero confiaba en que dejaría de ser necesario en un Derecho penal del porvenir. Ante el riesgo de ver en peligro las garantías individuales que afectan a la libertad del ciudadano, y por el miedo a la arbitrariedad de los juzgadores, se han levantado—sobre todo en Francia—grandes objeciones contra la generalización del estado peligroso. Mas no se olvide que, en la actualidad, las conquistas de la Revolución francesa han pasado ya al fondo de lo inconsciente y que el juez no necesita, para respetarlas, que los Códigos sean hierros que traben su actividad. Y, sobre todo, téngase presente que ya no se trata de un Derecho penal vengativo y expiatorio, que explicaría el deseo de tomar precauciones contra los abusos, sino de una defensa social consciente y tutelar.

* * *

Ninguna legislación se ha atrevido aún a aceptar la fórmula del estado peligroso con un criterio amplio, capaz de sustituir a los antiguos conceptos de imputabilidad y responsabilidad. Pero el estudio de las *legislaciones extranjeras* nos demuestra que en cierta medida, y de un modo esporádico, el criterio de la temibilidad se va abriendo camino.

Una de las leyes más avanzadas, en este punto, es la ley egipcia de 4 de Junio de 1909, sobre la vigilancia de policía aplicada a las personas peligrosas, esto es, a todo individuo notoriamente conocido por su habitualidad en atentar o amenazar contra la persona o propiedad ajenas. Según el art. 6.º, la prueba del carácter peligroso del individuo consiste en la notoriedad pública, y no es preciso probar su participación en un delito determinado, sino que basta comprobar, de una manera genérica, un modo de vivir peligroso para la sociedad en la que este individuo desarrolla su existencia. Esta notoriedad puede demostrarse incluso por testimonio de sus vecinos.

También es muy digno de elogio el § 43 del proyecto del Gobierno austriaco de 1912, en el que se establece que: «La pena debe regularse según la culpabilidad y el estado peligroso del autor...» En torno a este paragrafo se ha discutido mucho. Birkmeyer, siempre desde su punto de vista clásico, le dedica una extensa monografía, censurándole torpemente, y pidiendo que se suprima el concepto y la palabra referente a la temibilidad del individuo. Y sin embargo, ahí están, en germen, las más fecundas

consecuencias de una defensa social inteligente, si, el día en que el proyecto sea Código, se maneja con acierto por los juzgadores el principio transcrito.

Estos preceptos, de carácter un tanto general, sobre el estado peligroso del delincuente son poco frecuentes en las leyes. Su reconocimiento se hace, por la mayoría, de un modo parcial, para casos concretos, con respecto a ciertos individuos que han quebrantado ya la ley, frente a las cuales se establecen, principalmente, medidas de seguridad. Así, pues, las categorías de infractores que los modernos proyectos mencionados, de Suiza, Alemania, Austria, Servia, Dinamarca y Suecia, consideran en estado peligroso, son: los delincuentes por vagancia; los bebedores autores de delitos; los criminales habituales, profesionales e incorregibles; los delincuentes enajenados, anormales, etc., y los menores que han vulnerado la ley.

Raros son los preceptos en que se reconoce el estado peligroso antes del crimen. Citemos como ejemplo laudable la ley egipcia de 1909, antes mencionada, y como caso particular el reconocimiento de la temibilidad de los niños y adolescentes desvalidos, abandonados y pervertidos, para los que se han creado toda una serie de medidas y establecimientos de educación ciudadana, entre los que descuella el grupo de las *George Junior Republics*, en Norte-América.

* * *

Nuestras leyes vigentes, basadas, casi todas, en los viejos principios, desconocen el estado peligroso del criminal. Tendríamos que remontarnos a nuestro Derecho histórico para encontrar disposiciones en las que—si bien inconscientemente—se tuvo en cuenta la temibilidad del infractor.

Pero no sólo está ausente de nuestro Derecho la fórmula del estado peligroso, sino que se menosprecia el sujeto del delito como hombre, y se atiende al acto más que a la conducta del que lo ejecutó. La única excepción atinada se halla en el art. 17, párrafo segundo, del Código penal de la Marina de Guerra, y en el 173, párrafo primero, del de Justicia Militar, en los que, al hablar de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, se ordena tomar en cuenta el *grado de perversidad del delincuente*.

En lo tocante a medidas de seguridad contra individuos en estado peligroso, todo está por hacer en nuestra Patria. Ausentes de nuestras leyes están los medios defensivos contra los delincuentes habituales, profesionales e incorregibles; ausente el asilamiento de bebedores; ausente la casa de trabajo para los que violan las leyes por vagancia, considerada como delito en el Código de 1848, y que hoy, con un criterio absurdo, se aprecia como agravante.

El precepto que el Código penal contiene sobre los *locos e imbéciles* en los párrafos segundo y tercero, núm. 1.º del art. 8.º, podía llegar a ser una medida de seguridad; pero, en realidad, hasta que se

terminen las obras del manicomio judicial que se construye en la Colonia penitenciaria del Dueso, carecemos todavía de un establecimiento que responda a las exigencias modernas, donde recluir y tratar a los delincuentes enajenados peligrosos.

Lo legislado entre nosotros sobre menores que han delinquido no puede ser más arcaico y absurdo. Está en lo cierto Cuello Calón cuando afirma que «respecto de la infancia y de la edad juvenil hay que derribar hasta sus cimientos los preceptos del Código».

Y si es viejo y malo lo que las leyes establecen, no es mejor lo que en la práctica se hace. El Reformatorio de Alcalá de Henares—creado en 1901—donde son enviados los menores de veinte años—según el Decreto de 1907—es un edificio sin condiciones, un antiguo hospital en que es imposible ensayar procedimientos modernos. De la llamada Escuela de Reforma de Santa Rita—de iniciativa privada—más vale no hablar, silenciarse es lo más piadoso. Los Asilos Toribio Durán, de Barcelona—también de carácter privado—son merecedores de aplauso, pero en ellos sólo ingresan niños errantes.

Después de varios intentos llegan a España los Tribunales para niños; pero el desacierto parece presidir todo lo que se hace entre nosotros, en lo tocante a la infancia y la adolescencia. El Decreto-ley de 25 de Noviembre de 1918—que desarrolla las bases de 2 de Agosto del mismo año—se inspira más en el tímido modelo belga, que en los amplios sistemas norteamericanos.

He aquí lo poco que se halla en nuestras leyes relacionado, más o menos directamente, con el concepto del estado peligroso y las medidas aseguradoras y educativo-correccionales. Nadie dudará de que no puede ser más imperfecto.

De los Proyectos de reforma del Código penal español, el único que tuvo en cuenta la temibilidad del culpable, fué el Proyecto Montilla de 1902. En él se creaba la retención indeterminada para los reincidentes y la casa de incorregibles; se regulaba con acierto el problema de los dementes y anormales; se trazaba un atinado sistema relativo a los menores, etc. Pero surgió una de esas crisis habituales en nuestro país, que esterilizan toda labor técnica, y las Cortes no llegaron a discutirle.

Poco o nada esperamos del porvenir. En España la política se entromete en todo y lo corrompe todo, con sus luchas menudas de personalismos. Un Código moderno sólo puede ser redactado por un técnico, al que se encargue la tarea con la plena responsabilidad de su nombre, como han hecho Suiza, Dinamarca, Suecia, etc. Entre nosotros cuando se acude para elaborar una ley a una persona competente es de una manera extraoficial, para comodidad del ministro y remedio de su ignorancia enciclopédica. Así preparó Bernaldo de Quirós el Proyecto de Código penal de Montilla, y así colaboró Salillas en el de Ugarte de 1905. Cuenta el primero que se le habilitó para realizar su trabajo el «propio tocador del Ministro» y en aquél «ambiente de perfumería—agua de Colonia y jabón de olor—se engendró apresuradamente»

el Proyecto. De este modo no se puede hacer cosa seria.

Un día—si al fin llega—un Ministro encasacado leerá desde la tribuna un Proyecto o unas Bases de Código penal; probablemente no se habrán hecho trabajos preparatorios, ni los especialistas habrán sido oídos. En unas pocas sesiones—como cuando se elaboró el vigente—las Cámaras discutirán y aprobarán el nuevo cuerpo legal. Y las doctrinas modernas, la fórmula del estado peligroso, las medidas de seguridad, la sentencia indeterminada y tantas otras instituciones desconocidas del legislador, quedarán ausentes de la nueva ley. Allá, en los libros, en las monografías, en los artículos, que fuimos escribiendo con deseos de reforma y puros propósitos, quedarán las nuevas orientaciones. Hablamos demasiado bajo, demasiado serenamente para que nuestras palabras lleguen al impuro dominio de la política.

* * *

Concluyamos. Hemos esquematizado en la doctrina y en las leyes la última de las posiciones que se adoptan ante el problema de la responsabilidad. Indudablemente es la más fructífera y, tal vez, muy factible, a pesar del temor de ver comprometidas las garantías individuales. La generalización de esta fórmula exige—como hemos visto—que se modifique todo el ángulo visual. El derecho punitivo clásico y expiatorio, va muriendo y está a punto de caer en la fosa que él mismo se ha ido cavando por su falta de eficacia en la lucha contra el delito. En el Derecho

penal del porvenir el miedo a la arbitrariedad de los juzgadores no será el fantasma que obstaculice la tarea defensiva, pues los jueces del sistema penal nuevo, verdaderos médicos sociales, no tendrán, como tampoco las tienen los médicos del cuerpo, otras limitaciones que las que les impongan su prudencia y honradez, unidas a su competencia científica, que deben alcanzar el máximum posible.

Reemplazando a los antiguos principios clásicos, que eran grandes monumentos de lógica, pero cuya ineficacia práctica ha denunciado, con triste elocuencia, el creciente aumento de la criminalidad en todos los países, alborean estas modernas concepciones que convierten el derecho represivo en un verdadero *Derecho penal preventivo*, protector de la sociedad, y que, tal vez, por esto mismo, tenga que llegar a ser un verdadero *Derecho protector de los criminales*. La paradoja que parece resultar de estas ideas no está más que en la superficie de las palabras, puesto que, en el fondo, al defender a la sociedad contra el peligro que el delincuente representa, se emplean medios tutelares y asegurativos frente al delincuente, como se usan también con respecto a los incapaces en general, que son temibles para la sociedad.

En su más amplio sentido, en las regiones de la utopía, habló de este Derecho protector de los criminales el maestro Dorado Montero, muerto para desdicha de la ciencia española, en plena madurez de pensamiento y en plena actividad de su inteligencia.

El Derecho de los delitos y de las penas, se desgaja, cada día más, del tronco del árbol jurídico, para buscar nueva savia en los campos fecundos de la *Medicina social*.

ESTO ES TODO LO QUE ME
HABÍA PROPUESTO DECIR

OBRAS DE LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

- La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas »a posteriori«.**—Madrid: Reus, 1913.
- La recompensa como prevención general. El Derecho premial.** Madrid: Reus, 1915.
- Derecho penal. Contestaciones al Programa para las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y Ministerio fiscal.** Primera edición.—Madrid: Reus, 1915 (*agotada*).—Segunda edición enteramente refundida.—Madrid: Reus, 1920.
- El Derecho penal del porvenir. La unificación del Derecho penal en Suiza.**—Madrid: Reus, 1916.
- El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916.** Estudio crítico seguido del texto íntegro de la parte general del Anteproyecto, traducido directamente del sueco. Madrid: Reus, 1917.
- La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas.**—Madrid: Suárez, 1918.
- Programa de Derecho penal (Universidad de Madrid).** Segunda edición, reformada.—Madrid: Suárez, 1919.
- Bibliografía crítica. Tres trabajos del Profesor Thyrén** (Separado de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año II).—Madrid, 1920.
- El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno.** Conferencia pronun-

ciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.—Madrid: Reus: 1920.

EN PRENSA

- Trabajos de Derecho penal**, tomo I (*curso de 1916-1917*).
En colaboración con mis alumnos Riaza, Viñas, Porpeta, Villegas y Sierra.—Editorial Reus.
- El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo.**
- Adiciones al Programa del curso de Derecho criminal desarrollado en la Real Universidad de Pisa**, por el Profesor Francisco Carrara. Parte general, 2 vols. (traducido sobre la 10.^a edición italiana).—Editorial Reus.

EN PREPARACIÓN

- Trabajos de Derecho penal**, tomos II y III.
- Estudio de los delitos en particular.** *Notas sobre la Parte especial del Derecho penal, para uso de los estudiantes.*
- Justicia laudativa y Derecho penal.**
- El Derecho penal y las garantías individuales.**
- Literatura penal española.** Exposición sistemática y crítica de Bibliografía de estudios penales españoles.
- Tratado de Derecho penal.** En colaboración con Eugenio Cuello Calón, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Barcelona.

TRADUCCIONES

- Tratado de Derecho penal**, de Franz von Liszt (traducido sobre la 20.^a edición alemana). Segundo y tercer tomo.—Madrid:Reus, 1916-1917.