

ta que, aun aquellos escritores que miran á ésta con ojos adversos ó indiferentes, no pueden por menos de pagarla algún tributo cuando de la delincuencia se trata, so pena de faltar al principio *suum cuique*, que con razón invocan tan á menudo.

Ahora bien: el número de causas de los delitos independientes de la voluntad de los sujetos se ha multiplicado mucho en poco tiempo y se va multiplicando más y más cada día; elementos de orden antropológico, de orden físico ó de orden social que antes pasaban enteramente desapercibidos ó á los que no se concedía ninguna importancia en la génesis de la delincuencia, la han adquirido hoy innegable, y no pasa día sin que la investigación experimental descubra y ponga de manifiesto nexos y relaciones ayer todavía desconocidos y cuya existencia ni siquiera se sospechaba. Con lo cual se va restringiendo más y más cada vez, aun para los defensores del libre albedrío, la intervención de éste en la etiología de la criminalidad, al propio tiempo que se va ensanchando de una manera asombrosa la intervención de las otras causas, hasta que quede reducido aquel á su mínima expresión, y concluyan por desterrarlo de un modo completo. Entonces no tendrá ya razón de ser el derecho penal, por faltarle su principal base, el libre albedrío, y ocuparán su lugar las disciplinas que se consagran al estudio de las causas referidas, antropológicas, físicas y sociales de la delincuencia.

Y como de todas ellas las que mayor importancia parece que tienen, por reconocimiento casi unánime de los escritores, son las causas sociales, cuyo estudio ofrece de día en día mayor interés y al mismo consagra sus desvelos una numerosa pléyade de pensadores ilustres, resulta que la ciencia con que habrá de reemplazarse el viejo y caduco organismo del derecho penal es la sociología criminal, en la que sin gran esfuerzo pueden ser también incluidas aquellas otras ramas del saber que procuran indagar el valor y fuerza de las causas de índole antropológica y física ó cosmológica.



Para los autores antiguos de derecho penal (incluyendo entre ellos á los actuales defensores de aquel sistema) el problema capitalísimo de su ciencia, en el cual vertieron á torrentes ingenio, agudeza y actividad, era el problema magno de determinar *juridicamente* la medida de la pena, ó sea, determinar con arreglo á los principios inmutables del derecho natural, con arreglo á las exigencias de la justicia absoluta, el *quantum* de pena, de castigo, de venganza, de retorsión, de retribución, que merece *cada hecho* delictuoso. Este último se consideraba como teniendo una existencia por sí, independiente. La misión del juzgador, debía, por tanto, concretarse á poner en claro el hecho, á averiguar la forma y circunstancias en que hubiera tenido lugar, y á imponer al autor del mismo, *quien quiera que él fuese*, el correspondiente castigo, previamente determinado de un modo fijo y taxativo en el Código, de conformidad con los dictados de la razón increada y eterna, con el orden superior del derecho. El trabajo del juez era perfecta y verdaderamente *juridico*: á él no le importaba saber nada del orden real, como no fuera el modo como el hecho hubiera sido ejecutado; á él le era indiferente que en la esfera social en que se movía el reo obrasen tales ó tales otras causas; á él le bastaba con conocer apriorísticamente, por deducción ideal, cuáles son los preceptos de la justicia absoluta; ó mejor, ni esto siquiera necesitaba, porque semejantes preceptos se los daban ya averiguados el legislador, en el Código, y los escritores en sus libros.

Muy al contrario sucede con la ciencia que viene colocándose en el puesto del derecho penal antiguo, ó sea con la sociología criminal. Para ésta el problema fundamental de la administración de justicia criminal tiene que consistir en la determinación *sociológica* de la medida de la pena; ó lo que es lo

mismo, en determinar cuáles son las *causas* de los hechos delictuosos y de cada uno en particular, la fuerza y eficacia de las mismas y los medios de que se debe echar mano para remediar los malos efectos que las mismas hayan producido *ya*, y sobre todo para impedir, hasta donde sea posible, que sigan *en adelante* produciéndolos. Por donde se ve claro que la función del juez y la del tratadista de materias penales es en la sociología criminal mucho más difícil, pero mucho más importante que en el derecho penal; pues para fijar *sociológicamente* la medida de la pena, es preciso indagar con minuciosidad extremada cuáles sean las fuentes de la delincuencia y cuáles los recursos de que se puede y se debe echar mano para cegarlas, desviar la corriente de sus aguas ó neutralizar la acción de las mismas: indagación que supone el conocimiento exacto de los factores que efectivamente influyen en la vida social, de sus cambios, poder, entrecruzamientos, etc.

De aquí resulta que, al propio tiempo que la sociología debe irse y se va subrogando al derecho penal, debe también irse cambiando el espíritu y el sentido de la Administración de justicia criminal, hasta que quede por completo renovado. La antigua aplicación de la pena como *castigo* impuesto á una voluntad rebelde, que comete el delito porque quiere, y sólo porque quiere, pudiendo querer no cometerlo, debe ser reemplazado por un doble concepto: *a)* por la idea de la *reparación civil del daño causado* por el delito, reparación que ha de imponerse y exigirse sin animosidad ni odio contra el reo, como consecuencia natural del hecho ejecutado, y que es lo que constituye la verdadera responsabilidad; *b)*, por la idea de la remoción ó atenuación del *peligro* que para lo *futuro* ofrecen las causas que ahora han originado el delito, y que de no eliminarlas, podrían repetirlo; esta remoción ó atenuación *no implica responsabilidad*, y es lo que constituye la *verdadera función penal*.

La responsabilidad *personal y subjetiva*, consecuencia lógica de fundar la imputabilidad sobre el libre albedrío del sujeto

exclusivamente, tiene que ser sustituida por la responsabilidad *colectiva y objetiva*, que es el resultado de la consideración del delito como un efecto de múltiples causas de origen diferente, que se sobreponen á la voluntad del individuo, y sobre las que esta voluntad nada pudo en el acto de la comisión del delito. Una responsabilidad subjetiva y personal es absolutamente incompatible con la negación del libre albedrío, negación que no puede menos de constituir un postulado del análisis sociológico del delito.

La pena como *retorsión*, como venganza y castigo, exigencia obligada de la responsabilidad personal fundada sobre el libre albedrío, debe ceder el puesto á la pena como medio *preventivo*, exigencia no menos obligada de la responsabilidad colectiva y solidaria, que se funda en la existencia de causas varias y fatales que intervienen en la génesis del delito. A la pena como reacción brutal y ciega, que es como se impone hoy y como tiene que imponerse en el sistema del derecho penal de la justicia absoluta, debe sustituir la pena como reacción inteligente, que después de averiguar las causas de los males y desdichas sociales, trata de ponerles remedio. La reacción que responde al tratamiento penal de la justicia absoluta, es la del niño que se revuelve airado contra la piedra en que tropieza, queriendo castigarla; la reacción que responde ó debe responder al tratamiento penal de la sociología, es la del hombre inteligente y previsor que, después de tropezar y sirviéndole de lección el tropiezo, remueve el estorbo, para que en adelante ni á él ni á otro les cause daño. En suma: en el derecho penal, la pena se imponía (ó debía imponerse, porque no ha sido fiel á la exigencia que su espíritu entraña) exclusivamente como represión, *quia peccatum*; en la sociología, la pena se impone ó debe imponerse exclusivamente como prevención, *ne peccetur*; allí era *castigo*, aquí debe ser *tutela y protección*. Por eso (y sea dicho de pasada) no nos parece aceptable el concepto que de la función penal tiene la escuela antropológica italiana (la pena como medio de defensa ó conser-

vación social), ni nos parece tampoco compatible con ciertas premisas que la misma escuela sienta.<sup>1</sup>

El sistema *jurídico* actual de limitar la esfera de acción de los Jueces y Tribunales, determinando de antemano en la ley los hechos que han de considerar como delictuosos, las penas que pueden imponer y la forma precisa en que han de hacerlo, debe ser reemplazado por el sistema *sociológico* del arbitrio judicial, con el propósito de que aquellos puedan elegir *en cada caso* los medios preventivos y tutelares que estimen más convenientes. Cambiada la pena de jurídica en sociológica, de represión en protección, de cosa *mala* en cosa *buena*, no habrá el menor motivo para *temer* que los Jueces hagan al ciudadano más *mal* que el *absolutamente necesario*, sino que deberá *esperarse* que hagan *todo el bien posible* á él mismo y á la sociedad. Desaparecerá, por tanto, el indefendible aforismo *nullum crimen, nulla pena sine lege*, tenido hoy por todo el mundo como principio poco menos que evidente y axiomático, en cuanto se considera como el *palladium* de la libertad del ciudadano, y se le sustituirá con la grandísima latitud dada al juzgador para que pueda incriminar todos los hechos que le parezcan incriminables y aplicar á sus autores las medidas protectoras y tutelares que estimen convenientes. Es decir, que en vez de reputarse, cual hoy sucede, que el Juez no puede acudir para el desempeño de su función más que á la ley ó leyes previamente promulgadas, lo cual se expresa diciendo que la ley es la *única fuente del derecho* en materias penales, puede y debe hacer uso de todos cuantos medios le sugiera su ilustración y su prudencia, de *todas las fuentes* que un estudio atento, minucioso, realista, *sociológico*, del delito y de sus causas le muestre; no sólo de la ley, sino también de la costumbre, de la jurisprudencia, y sobre todo de los dictados y consejos científicos. El Juez, tal

<sup>1</sup> Véase indicaciones sobre esta idea, que aquí no podemos desenvolver, en nuestro *Estudio crítico* puesto al frente de la traducción española de la *Riparazione alla vittime del delitto*, de Garofalo, y nuestro artículo: *La Responsabilidad por causa de delito y su difusión*, publicado en la *Revue internationale de Sociologie*, 1894.

y como lo requiere la sociología criminal, no es el Juez que se contenta con saber los preceptos del Código penal y del de procedimientos criminales, para aplicarlos, como un patrón inflexible, á todos los hechos que vayan presentándose, sino el que trabaja de un modo infatigable, incesante, por averiguar los gérmenes de malestar social, las raíces de la delincuencia, y por acudir con prontitud y energía, espontáneamente, sin necesidad de que se lo mande el Código y por otros procedimientos que los que el Código le aconseje, si lo cree oportuno ó necesario, á extirpar aquellos gérmenes y cortar aquellas raíces. De donde resulta que así como el *derecho penal* considera como una de sus legítimas conquistas el haber dado origen á los Códigos penales, donde pretendía encerrar todos los principios y reglas de justicia que los Jueces habían de tomar en cuenta, haber evitado con ello toda posibilidad de abusos por parte de los mismos, é impedido todo ataque á la libertad y seguridad de los ciudadanos, la *sociología criminal* debe tener como una de sus más firmes y constantes aspiraciones el devolver á referidos Jueces la libertad y amplitud que los Códigos les han quitado, el *suprimir* esos Códigos como *obligatorios* al menos, y al entronizar nuevamente el proscrito arbitrio judicial, pero no el antiguo arbitrio caprichoso, por virtud del cual los Tribunales podían aumentar ó disminuir, según lo tuvieran por conveniente, la pena, el castigo, el *mal* que hubiera de imponerse al reo, sino el arbitrio ilustrado y racional, por virtud de que los Tribunales puedan y deban hacer uso en cada caso, para curar el mal social que se llama delito y las causas que lo hayan originado, de aquellos medios y resortes que la ciencia (que es lo mismo que decir el conocimiento de las condiciones de la realidad, adquirido á costa de larguísimo esfuerzo) les aconseje. Por lo demás, esta sustitución del arbitrio judicial en la Administración de justicia criminal, arbitrio que es una exigencia de la moderna *tendencia sociológica*, al sistema de la fijación y predeterminación taxativa en la ley de los actos punibles, de las penas y de las facultades que á los

juzgadores les corresponden, sistema que es propio de la anterior *corriente jurídica*, es un hecho que se está verificando ante nuestra vista.<sup>1</sup>

Otra consecuencia de la sustitución de la sociología criminal al derecho penal, consecuencia naturalmente enlazada con todas las anteriores, es la de que los Jueces, al administrar justicia criminal, no estarán obligados á dictar sentencias *definitivas* ni en un plazo fijo, sino que podrán dar providencias *provisionales*, que podrán modificar cuando lo juzguen conveniente, y tomarse todo el tiempo que les parezca necesario para reunir los datos y hacer las investigaciones precisas sobre que aquellas deben apoyarse.

Lo es también la necesidad de no separar el período correspondiente al de la actual instrucción del proceso, de su sustanciación y fallo, del período de la ejecución de la sentencia; antes bien, este último debe ser considerado como una continuación necesaria del primero. La misión del juzgador, en un sistema penal inspirado en el sentido de la sociología, no puede concluir con la publicación de la sentencia, entregando después al reo á otra clase de funcionarios para que éstos la ejecuten: más bien puede decirse que entonces comienza, y que todo lo que antes ha hecho no ha sido otra cosa que preparar los elementos indispensables para que dicha función se cumpla con acierto. Con la pena como castigo, se comprende y aun se requiere tal separación, porque el Juez ha cumplido con determinar (en el fallo) el *cuanto* de culpa en que ha incurrido el delincuente, y el *cuanto* de pena, de castigo, que por ella merece, conforme á los preceptos del derecho absoluto, fijados de un modo claro y terminante por el legislador. Pero con la pena como medio preventivo y tutelar, tal separación es absurda é indefendible, en cuanto nadie mejor que el Juez que ha estudiado la etiología del delito, diagnosticado y pronosticado éste, puede saber cuál es el *tratamiento* (terapéutico

<sup>1</sup> Acerca de todo esto, que aquí no podemos hacer más que indicar, nos hemos ocupado con bastante detenimiento en nuestros *Problemas de derecho penal*, que pronto verán la luz, capítulos 1.º y 2.º

ó higiénico, ó ambas cosas) que debe ser empleado, y la manera de emplearlo.

Y es asimismo consecuencia de la transformación del derecho penal en sociología criminal la de que la duración del medio preventivo de que haya de hacerse uso en reemplazo de los actuales castigos no pueda ser determinado de antemano, á lo menos de un modo fijo é invariable, con tanto mayor motivo cuanto el caso de delincuencia sea más grave y complicado; lo mismo que el médico no puede fijar por anticipado, sino aproximativamente, el tiempo que será necesario para curar una dolencia ó enfermedad, tanto menos cuanto más graves y complicadas sean éstas, ni puede asegurar que eventualidades no conocidas en el primer momento no le obliguen á variar su juicio respecto de las causas del mal y del medio de combatirlas.

Finalmente, de que el cambio del criterio *jurídico* por el *sociológico* en la administración de justicia penal, con todas las consecuencias que quedan enumeradas, se está ya verificando, tenemos pruebas irrefragables en la renovación científica y legislativa que estamos presenciando en este orden, renovación, á mi modo de ver, mucho más importante y trascendental que la que produjeron Beccaria y su escuela; y en el nacimiento y creciente extensión de instrucciones que no pueden en manera alguna hermanarse con el antiguo sentido de la pena como castigo y expiación (*quia peccatum*), y que, en cambio, son una consecuencia obligada de la concepción de la misma como medio tutelar y preventivo (*ne peccetur*): tal ocurre con los manicomios criminales, con los asilos de corrección para jóvenes, vagabundos, etc., con la individualización de la pena, con la latitud que para administrar justicia se va dejando poco á poco á los Jueces penales, con la adopción de medios preventivos de todo género, con la responsabilidad subsidiaria que se exige á ciertas personas por los hechos punibles realizados por otras, con las sentencias indeterminadas, con la liberación condicional de los penados, con la supresión de las penas cortas, con

las constantes reformas del régimen penitenciario...; pudiéramos decir que con todas las instituciones cuya adopción reclaman los penalistas de las más distintas y aun opuestas procedencias científicas, y que poco á poco van penetrando en los Códigos de los países civilizados.

Claro está que la sustitución de que se habla no puede hacerse de un modo brusco, porque las reformas y los cambios verificados de esta manera no son viables; pero lo que nadie puede poner en duda, con sólo fijarse un poco en la historia de la penalidad, singularmente en la de este siglo, es que el cambio se ha venido realizando evolutiva y lentamente, que se está realizando con gran fuerza en nuestros días, ante nuestros mismos ojos, y que es lícito confiar en que continuará realizándose en lo sucesivo hasta que no se hable más de la pena como castigo (lo mismo que no se castiga ya á los locos, como en tiempos pasados), sino de la pena (si se quiere conservar el nombre) como medio de prevención; ni de determinación del cuánto de expiación, de retribución, que corresponden, por exigencia abstracta del *derecho*, al autor, sea quien quiera, de cada delito, por el solo hecho de haberlo realizado libremente, sino de aplicación á aquel del medio tutelar que deba aplicársele, por reclamarlo así la *realidad social*. Si este momento llega, como creemos que llegará, la cuestión que hoy se debate con tanto interés, acerca de las relaciones entre el derecho penal y la sociología, sobre todo la sociología que se dice criminal, habrá perdido todo su sentido.

PEDRO DORADO,

Catedrático de la Universidad de Salamanca.

### SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Singular fenómeno presenta la razón humana. En su deseo de alcanzar la verdad, analiza, investiga, descubre leyes y establece teorías; pero cuando quiere profundizar, no puede conocer la esencia de las cosas; y nosotros, que la seguimos en su análisis é investigaciones, que aceptamos sus leyes y que nos complacemos en sus teorías, también como ella, no pasamos de la corteza y tratamos de las cosas sin saber lo que son. Las ciencias jurídicas y las políticas presentan casos numerosísimos de esta ignorancia; vivimos en el Estado, perpetuamente discutimos sobre el mismo, y no sabemos qué es el Estado; con la pluma y con la espada se ha peleado por la soberanía, y todavía no hay opinión fija sobre este poder; ¿qué más? La jurisprudencia secular se dedicó á perfeccionar y pulir el orden jurídico, y hoy se remueve la base de este orden, intentando probar que el trabajo antiguo ha sido perdido. Triste consuelo presenta Fiore al indicarnos que en otras ciencias sucede cosa análoga, pues consolarse de males propios, porque también existen en los extraños, no es cosa de discretos: mejor es reconocer humildemente esta ignorancia, y puesto que la razón se nos ha dado para razonar, ponerla constantemente en ejer-