

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

36

(2007)

Principio di legalità e diritto penale

(per Mario Sbriccoli)

TOMO I



giuffrè editore milano

SEBASTIÁN MARTÍN

PENALÍSTICA Y PENALISTAS ESPAÑOLES
A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (1874-1944) (*)

I. Una historia pendiente. — II. Entre la búsqueda de lo irrealizado y la corroboración ideológica de lo tradicional. — III. Las bases de la reflexión: el iusnaturalismo legalista vs la crítica positivista del legalismo (1874-1915). — IV. La defensa política de la legalidad (1926-1932). — V. Revisión jurisprudencial, eclecticismo político-criminal y conciliación garantista (1931-1936). — VI. Guerra, exilio y mediocridad (1939-1947). — VII. Vuelta al mundo penal decimonónico, negación ontológica de la legalidad y reverso disciplinario del principio (1940-1944).

I. *Una historia pendiente.*

La diferencia posiblemente sea la condición indispensable de la objetivación historiográfica. Sólo reconociendo al pasado su propia lógica de ordenación, cualitativamente diversa de la contemporánea, puede garantizarse el efecto epistemológico de la restitución histórica y el efecto práctico de liberar a la historiografía del uso político o, en un sentido más amplio, de emancipar el presente de las constricciones del pasado. La conciencia inexorablemente creciente de la cesura que media entre nuestra actualidad y el más inmediato pretérito explica la progresiva aproximación de la historia jurídica española a momentos cada vez más recientes, abandonando primero el limbo medieval e instalándose, por último, en nuestro más cercano tracto constitucional. A pesar de todo, este desplazamiento del interés científico no ha cubierto aún

(*) Este trabajo se ha elaborado con los fondos del proyecto del ministerio de educación « Vidas por el Derecho », ref. SEJ 01919/2004, y su realización hubiese sido imposible sin la permanente disponibilidad del personal de la biblioteca de mi universidad.

el siglo XX, prácticamente intransitado por la historia jurídica ⁽¹⁾ tanto por una cuestión generacional, puesto que la mayoría de los catedráticos actuales atravesaron los últimos años de la dictadura franquista, como por las razones políticas que acercan demasiado a nuestro presente las tragedias y las intensidades ideológicas del siglo anterior, pesado lastre que no puede carecer de consecuencias científicas.

Rondando la treintena la generación nacida bajo el régimen democrático, y trazado ya por los historiadores sociales y de la política el marco general para la comprensión panorámica de la pasada centuria — escenario frecuentemente compuesto de prohombres eminentes, hitos legislativos, iniciativas e idearios de partidos políticos y acontecimientos singulares —, acaso haya llegado el momento de explorar a fondo el aspecto estrictamente jurídico-institucional de este período, reconstruyendo los avatares del Estado español, desde sus representaciones culturales — fermento ideológico de las clases política, judicial y burocrática — hasta la aplicación de la ley en los tribunales. Con este avance en la objetivación historiográfica de nuestro más reciente pasado no sólo se ganaría en el plano literario, a veces fatigado por la reiteración penosa de idénticos argumentos políticos. También se persigue con él afianzar aquel régimen democrático desde el que ahora se escribe, en el convencimiento de que éste no se sostiene espontáneamente por su racionalidad intrínseca sin el conveniente sustento cultural, al que aquí se trata de contribuir a través de la concepción de este período contemporáneo — que alcanza hasta la constitución de nuestro

⁽¹⁾ Salvando, claro, dignas excepciones, como la de Bartolomé Clavero, quien ya en 1978 abordaba las recomposiciones internas de una civilística superficialmente socializada hasta su pacífico ingreso en el franquismo, en *La propiedad considerada como capital: en los orígenes doctrinales del derecho actual español*, « Quaderni Fiorentini » (QF, en adelante), 7 (1978), 509-548; y una década después se adentraba en « la operación de fraude constitucional » de la posguerra civil para mostrar el ajuste de la ciencia constitucional — y del derecho administrativo — a la nueva realidad, en *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1986 (2^o reimpresión), pp. 144-154. Y la de Carlos Petit, que hizo avanzar la historia disciplinar hasta bien entrado el siglo XX, con uso de fuentes hasta el momento inéditas y abriendo nuevas rutas que aquí no se hace sino proseguir, en *El Código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española*, « Anuario de Derecho Civil » (ADC, en adelante), 49 (1996), 1415-1450.

actual sistema civil — como singularidad cerrada, como acontecimiento histórico clausurado que, en virtud de tal naturaleza, se hace políticamente inutilizable.

No basta con introducir dicho propósito historiográfico sin prestar atención a los supuestos hermenéuticos que lo hacen viable. Esta historia jurídico-institucional del siglo XX resultaría impracticable si la historicidad del derecho se detuviese en la génesis del modelo constitucional, que introduciría una clara fractura respecto del modelo pluralista anterior, pero que absorbería en sus premisas fundamentales la evolución ulterior basada ya en códigos y Constituciones. Operando de este modo, estaríamos abocados a representar la suerte del modelo constitucional como el cumplimiento progresivo de una indeleble sustancia espiritual, materializada institucionalmente en un origen terrenal muy precisamente datado, y que, a pesar de conocer en su despliegue aberraciones transitorias — las cuales, por su intrínseca maldad, sólo confirmarían la persistente validez del modelo ideal —, logran una razonable — y sospechosa — culminación en la etapa actual. Frente a esta representación escatológica, cabría ampliar aún más la historicidad del derecho, renunciando así a representar el período constitucional como la realización paulatina de un idéntico programa espiritual. Entre otras cosas, este enfoque supondría la marcación de las numerosas discontinuidades que atraviesan, entre otras permanencias, a la de los argumentos filosóficos, y dejaría con ello al descubierto la desigual función que tales construcciones teóricas desempeñan en cada estrato del completo yacimiento histórico-constitucional.

Aparte de otros apoyos metodológicos funcionales a la perspectiva aquí adoptada, no quisiera cerrar esta presentación sin mencionar lo que considero su razón de ser. Al apogeo historicista que tiene lugar en la Europa de entreguerras, cuya duración podríamos prolongar hasta los años setenta del pasado siglo, ha sucedido una vigorosa restauración del imaginario ilustrado que sigue tendiendo a representar el movimiento histórico como la paulatina realización terrenal de la razón. Como detrás de las ideas siempre hay hombres, una observación más detenida arroja la conclusión de que, salvo excepciones, los profesionales de la cultura partidarios de tal diagnóstico pertenecen a la generación de *longue durée* que, al menos en

el caso hispano, protagonizó en su juventud la formación del actual régimen político, se incorporó también tempranamente a su puesto profesional y, en la actualidad, domina el panorama académico, político, económico y cultural. Poco se comprende su irremplazable legado intelectual si no se pone en relación con su específico periplo biográfico, conexión que, llevada a su extremo, acaso pudiera sugerir que la parábola de su experiencia guía el sentido de su obra. Saturado el régimen de competencia, instalados en un *presente perpetuo* que parece excluir giros sustanciales voluntariamente anhelados y disueltas en una complejidad irreductible las bipolaridades ideológicas, la generación actual ha de realizar una labor reflexiva acorde con su concreta experiencia si aspira a legar algún aporte sustantivo. De proyectar hacia el futuro las tendencias — económicas, políticas, sociales, culturales — que vienen liberándose desde años atrás, y que hoy son francamente predominantes en el proceso social, se obtendrá un escenario apoyado en supuestos bien diferentes de aquellos que, cimentando el bienestar actual, explican el resurgir del espíritu ilustrado. De ahí que, para poder seguir aspirando a la realización de dicho espíritu, sea necesario adaptar el pensamiento a estos supuestos emergentes (2) .

II. *Entre la búsqueda de lo irrealizado y la corroboración ideológica de lo tradicional.*

Los resultados de una aproximación histórica al principio de legalidad penal dependen en buena medida de *cuándo* se realiza ésta y en qué *campo disciplinar*. Por ejemplo, el tratamiento que el asunto obtiene por parte de la disciplina hipotéticamente más competente para ello puede convertirse, si se encara sin las prevenciones antedichas, en una vía que oblitere el examen de su configuración en la doctrina penal del siglo XX. Efectivamente, de permanecer en los

(2) Se comprende entonces que entre los autores de cabecera de esta orientación figuren aquellos a los que parecía « casi un capricho querer construir la historia universal en función de categorías tales como libertad y justicia », pues quienes hacen del bien la « ley inmanente » del proceso histórico « se han identificado, sin quererlo, con la opresión que pretendían abolir », en Max HORKHEIMER y Theodor ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (1969 — 3ª edición —), Madrid, Trotta, 2003 (trad. Juan José Sánchez), pp. 267 y 268.

límites marcados por la historia legislativa tradicional producida en España, aunque nuestra atención alcance siglos remotos, tropezará irremediabilmente con los comienzos del pasado siglo, tracto histórico que, de abordarse, o se hace de soslayo, o expresando sorpresa ante su singular fisonomía ⁽³⁾ — pues se prejuzga más próxima a la nuestra de lo que realmente es —, o, si atendemos al ámbito de la cultura jurídica, cobrando lo pasado una desorientadora vigencia en el presente ⁽⁴⁾.

Pasemos al ámbito de la penalística actual y la recreación de rigor de los axiomas constitutivos de la disciplina. Aquí aparece el principio de legalidad como « la reacción ilustrada contra la inseguridad jurídica y la arbitrariedad del viejo régimen », una « conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX » fundada en la doctrina del contrato social y en la división constitucional de los poderes estatales, que encuentra su inspiración ética en « la escrupulosa salvaguardia de los derechos y libertades individuales » y su base institucional en « la supremacía del poder legislativo », la cual impide, a través de una « reserva sustancial y absoluta de ley », el establecimiento de delitos y penas por « el Ejecutivo y el Judicial ». Aunque su origen es enteramente espiritual, « la filosofía de la Ilustración », ésta se identifica sin más con « aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar

⁽³⁾ Nos sirve el caso de Juan SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004, grueso volumen que detiene su examen de la legislación en la codificación decimonónica — con menciones insustanciales a regulaciones posteriores (pp. 33, 40, 43-44) — y su estudio de la doctrina en el criminalista Rafael Salillas y el penalista Luis Silvela, autor, este último — según veremos —, característico de la cultura jurídica del cambio de siglo, cuya apertura a la fuente consuetudinaria descoloca a nuestro historiador: « Sorprende en el (*sic*) obra de Silvela su negación del principio de legalidad en el derecho penal que, en esta época, [era] admitido por textos jurídicos y por la doctrina », p. 67, afirmación, por cierto, del todo errada.

⁽⁴⁾ Eso al menos sugieren Emma MONTANOS FERRIN y José SÁNCHEZ-ARCILLA, *Estudios de Historia del derecho criminal*, Madrid, Dykinson, 1990, cuando dialogan con la obra de Franz von Liszt o Quintiliano Saldaña (p. 7), o cuando, corrigiendo « graves anacronismos » a Eugenio Cuello Calón — penalista fundamental en estas páginas, que escribe su primer trabajo en 1901 —, lo colocan entre « los penalistas actuales », p. 24, n. 32.

y participar en ese poder ». Más tarde se aclara que este descenso desde las ideas a la distribución del poder político no es posible sin la mediación del « triunfo de la Revolución francesa », acontecimiento que convierte el principio « en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal liberal » (5).

Un resultado diverso obtenemos de la dogmática constitucional contemporánea cuando se propone rastrear la vigencia histórica de las garantías jurídicas. Pese a situarse también su « origen » en « la Ilustración », y entendiéndose asimismo como « un epifenómeno del principio de división de poderes », la reconstrucción histórica exige ya utilizar el término democracia en « un sentido *comparativo* », esto es, entendiendo que « una Asamblea, por muy censitaria que sea, siempre expresa una voluntad más ‘democrática’ que la voluntad unipersonal del Rey ». Ya recortado el alcance del principio, se hace ahora reconocible en la historia, y pasa a ser, con su consagración constitucional explícita, « *acervo común* de todas las tendencias políticas », signo indiscutible de que « el Estado absoluto había fenecido y con él la arbitrariedad del Derecho penal ». No obstante la pronta victoria, su concreción legislativa no deja de menoscabarlo, según el ejemplo elocuente del código de 1848, cuya « elaboración y aprobación » monopolizó el poder ejecutivo, inaugurando con ello « una constante de nuestra historia constitucional », consistente en « constitucionalizar el principio de legalidad y luego permitir que el Gobierno elaborara y aprobara el Código penal », sin excesiva deferencia por el debate en aquella Asamblea que se reputaba ‘comparativamente’ democrática (6).

El juicio se hace aún más severo en sus exigencias cuando está

(5) Extraigo las citas del último — y quizá el único — estudio monográfico de la dogmática penal española, debido a Rosario de VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 14-29.

(6) Ruíz ROBLEDO, *El principio de legalidad penal en la historia constitucional española*, « Revista de Derecho político », 42 (1996), pp. 140-167, pp. 140-142, 140 n. 12 y 154-158, texto que recuerda mermas aún más sustantivas del principio durante su hipotética realización decimonónica, como la debida al artículo 19 del código penal de 1850, que ampliaba la competencia para establecer penas a la « ordenanza ó mandato de Autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad ». Por otra parte, no se entiende la razón por la que el principio se presenta como una consecuencia inexorable de la división de poderes, cuando de una separación estricta entre éstos se deduce más bien la posibilidad del arbitrio judicial.

presente la valencia política de oponerse a dictaduras y de proponerse reformas democráticas. Así lo demuestran dos prestigiosos penalistas españoles, maestro y discípulo respectivamente (7). En el primer caso, con la sensibilidad democrática despierta, pero aún limitada por los horizontes materiales del momento, se mira con horror el sistema punitivo del arranque decimonónico español, cuando reales órdenes prescribían « la pena de muerte a delitos de Prensa » o « el descuartizamiento de los salteadores de caminos y la exposición de sus restos » (8). Al código de 1848, aquél cuyo inspirador, Joaquín Francisco Pacheco, el primero de los penalistas españoles modernos, presentaba como la abolición de la persistencia del antiguo régimen en territorio hispano (9), se le conceden tan sólo « tímidas conquistas liberales », pronto malogradas por « la reforma reaccionaria » de 1850 (10). Aún más implacable se hace la crítica histórica cuando, saliendo de la dictadura franquista, la ciencia penal siente la necesidad de contribuir a la constitución política de la sociedad. Ahora se reprueba enérgicamente al código de 1848 la imposición de la pena de muerte « por la mera tentativa para

(7) Lo sé por la *Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de derecho penal en el siglo XX* de Antonio CUERDA RIEZU, publicada en el « Anuario de derecho penal y ciencias penales » (en adelante, ADP), 43 (1990), 99-115, sobre la que recibo noticia del penalista Enrique Anarte.

(8) « Una penalidad medieval ha estado vigente hasta mediados del siglo XIX », se lamentaba, escribiendo sobre el código aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera, José Antón ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia » (« RGLJ », en adelante), 154 (1929), pp. 30-61, p. 33, aduciendo no sólo la brutalidad de las penas, extremo periférico al principio de legalidad, sino la regulación por decreto (real orden de 12 de Junio de 1830 « y otra de 1831 ») de semejantes castigos.

(9) Cf. Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal. Concordado y comentado* (1852 — 3ª edición —), Madrid, Edisofer, 2000, pp. 77-87.

(10) Antón ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código* (cit. n. 8), p. 34. Cf., también, Antón ONECA, *El Código penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco*, « ADP », XVIII (1965), 473-495. Insistiendo más en la ausencia del principio durante el XIX hispano, puede transcribirse el artículo 3º del real decreto de 19 de marzo de 1848 que aprobaba el código: « El Gobierno propondrá por sí cualquiera reforma, si fuere urgente, dando cuenta á las Cortes tan pronto como sea posible », precepto en el que se amparó la remodelación autoritaria de 1850. Hay reciente monografía sobre el asunto: M^a Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC, en adelante), 2004.

destruir la independencia o integridad del Estado », o la previsión de « penas extraordinariamente severas para una serie de delitos de carácter político y religioso », es decir, para los delitos que ocupan aquel terreno difuso en el que la legalidad penal, garantía jurídica de los individuos frente al poder punitivo del Estado, se torna fácilmente en su contrario: instrumento de persecución del adversario político ⁽¹¹⁾.

La alternativa entre la reconstrucción ideológica y legalista por parte de la penalística actual y las aberraciones destacadas con finalidad política por la penalística de los setenta, nos colocan ante el dilema de saber si la historia del principio de legalidad penal es el relato de « un progreso constante hacia la civilización » ⁽¹²⁾ o la radiografía de su incumplimiento crónico. La solución más razonable, en mi opinión, sería renunciar a esta disyuntiva de partida, introduciendo el principio de legalidad en el proceso social como un impelente elemento normativo, determinante de la producción y aplicación del derecho criminal, mas desigualmente materializado: desde la perversión que, consciente de su calado moral, lo instrumentaliza con fines que le son extraños, hasta la reivindicación y codificación más respetuosas. Precisamente porque ha de huirse de las disyuntivas absolutas, pues representan « una muestra de heteronomía » del poder respecto del pensamiento ⁽¹³⁾, deben excluirse

⁽¹¹⁾ Rasgo de la penalidad decimonónica que se hace perfectamente visible desde unos años de transición en que es necesario prescribir la obligatoria renuncia del derecho penal « a convertirse en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad », en Marino BARBERO SANTOS, *Política criminal y Derecho penal en España*, Madrid, Túcar, 1977, p. 30 y, especialmente, la desiderata final: « 11. Presupuestos para su reforma de acuerdo a los principios hoy prevalentes », que no vendría mal hoy recordar, por formar parte también del tan invocado espíritu constituyente español.

⁽¹²⁾ En palabras de Mario Sbriccoli, quien realiza la sugerencia — aquí seguida — de entender la vida de la justicia penal entreverada de « crisis y regresiones », y a veces « sometida a diseños tiránicos y a proyectos de dominio político » que exceden la teratología dictatorial, en Mario SBRICCOLI, *Justicia criminal*, en Maurizio FIORAVANTI (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho* (2002), Madrid, Trotta, 2004 (trad. Manuel Martínez Neira), pp. 159-196, p. 160.

⁽¹³⁾ Para continuar recordando orientaciones dignas de recuperarse, transcribo el pasaje: « La mentalidad dominante presenta con preferencia alternativas entre las cuales elegir [...]; lo que cumple al pensamiento filosófico es no participar en ese juego. La

del conocimiento histórico tanto la posibilidad pura ilustrada, apologeta de la espontánea y progresiva racionalización de la realidad, como la que niega cualquier virtualidad normativa en su vida histórica al principio de legalidad penal, el cual no sólo estaría destinado a ser maliciosamente instrumentalizado, sino que sería precisamente la cobertura ideológica de un dominio político amoral. Quizá con excesiva frecuencia, el análisis histórico que la penalística actual hace de sus axiomas fundadores reproduce acriticamente la mitología de la modernidad ⁽¹⁴⁾, lo que le conduce a hacer ideología, si da la espalda a la realidad histórica, o a la perplejidad, la incompreensión y la estéril crítica del pasado, si tropieza con el precario arraigo institucional y político del principio durante el hipotético período de su realización. Por este motivo, y con una intención primordialmente correctora, en absoluto desencantada respecto de la idoneidad ética de las garantías jurídicas, urge extirpar del razonamiento científico ciertas preconcepciones teleológicas que comprometen el rigor de sus conclusiones.

El verdadero obstáculo a la historia como conocimiento proviene de una oposición simplista — similar en su apariencia a las consignas políticas y no al pensamiento complejo — que contrapone, al estudiar el ocaso del mundo antiguo y el comienzo de la época constitucional, el caos al orden, la tiranía a la libertad, la arbitrariedad a la seguridad. En el ámbito del derecho penal, el citado contraste se tensa hasta su límite máximo, menos como consecuencia de la falta de vigencia del principio en el *ancien régime*, que por razón de la brutalidad de su sistema punitivo. Al estar fundamentada dicha tensión en comprensibles convicciones humanitarias — que escapan, a pesar de todo, al perímetro de la legalidad penal ⁽¹⁵⁾ —, se recae con frecuencia en una batalla entre el bien y

alternativa alegada es ya una muestra de heteronomía [...] La insistencia en la confesión de un punto de vista es la cláusula de conciencia prolongada en la teoría. Lo que le corresponde es el embrutecimiento », en ADORNO, *Dialéctica negativa* (1966), Madrid, Akal, (trad. Alfredo Brotons Muñoz), p. 40.

⁽¹⁴⁾ En el sentido de mitificar determinados principios realizando con ello un « traspaso di un mecanismo di *conoscenza* in un mecanismo di *credenza* », según advierte con atino Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 4, 45 y ss.

⁽¹⁵⁾ Aunque originariamente cabe suponer que lo segundo provenga de lo

el mal, cuyo primer mal es impedir realizar bien la ciencia historiográfica. Si se representa el régimen penal *clásico* exclusivamente como el reino del *ius incertum* se cierra el paso a cualquier tipo de comprensión interior al propio modelo que, tratando de averiguar su modo específico — por aborrecible que sea — de organizar la penalidad ⁽¹⁶⁾, logre conocer desde sus funciones políticas hasta sus propósitos morales ⁽¹⁷⁾. Concibiendo el sistema punitivo de la época constitucional solamente como protección institucional de los derechos, se veta todo tipo de acercamiento que aspire a desentrañar el reverso del programa ilustrado, por lo que comporta de replantea-

primero, la separación entre el carácter más o menos humanitario de un régimen punitivo y su articulación de acuerdo al principio de legalidad debe ser una premisa de partida en el análisis de la historia criminal, puesto que son perfectamente concebibles aplicaciones benévolas amparadas, por ejemplo, en la gracia regia — recurso habitual, por otra parte, hasta bien entrado el siglo XX — o en el arbitrio judicial, y, en cambio, modelos de implacable dureza adecuados al principio. Puede citarse como elocuente anécdota la penalidad prevista en el código diseñado por Anselm Feuerbach, acuñador del brocardo latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, cuyo propósito original, no debe olvidarse, era la prevención general: « In legal technique the Anselm Feuerbach's Bavarian Criminal Code of 1813 was a distinctly progressive step, as compared with the eighteenth-century codifications, but in its system of punishment it followed the harsh tendencies of the period: the death penalty, life imprisonment in chains, and the house of correction were the basis of the system », en Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure* (1939), New Brunswick/London, Transaction Publishers, 2007, pp. 99 y ss., donde se detalla la intensidad de los castigos en los primeros códigos ilustrados. Por su parte, un protagonista de estas páginas ya nos advierte que « desde la idea de la *retribución* es posible encuadrar técnicamente el principio *nulla poena sine lege* », en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El principio 'nullum crimen sine lege' y la cuestión de la analogía*, Madrid, Galo Sáez, 1936, p. 8.

⁽¹⁶⁾ Célebre ejemplo del análisis de « la economía del castigo » en la época clásica, centrado además en la experiencia que irradia su influencia por toda Europa, es el de Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), Madrid, Siglo XXI, 2000, pp. 38-74, quien alega que « el suplicio es una técnica y no debe asimilarse a lo extremado de un furor sin ley », p. 39, y parte del principio de que la sucesión de modelos punitivos « es el paso de un arte de castigar a otro, no menos sabio que él », p. 261.

⁽¹⁷⁾ A mi entender, y pese a deslizar juicios morales 'extrahistóricos' o aplicar divisiones anacrónicas, lo consigue en la historia jurídica hispana, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 45, 89 o 117, para tales juicios y divisiones, y pp. 117 ss., 164 ss. y 203 ss., para ejemplos de comprensión interior al modelo antiguo.

miento del diseño del poder y, más en particular, de los procedimientos adoptados para declarar el derecho, instrumento de disciplina social de primera magnitud ⁽¹⁸⁾.

Dejando a un lado los — conscientemente queridos — efectos *positivos*, económicos muy particularmente, de la represión penal ⁽¹⁹⁾, para reconstruir la vigencia decimonónica del principio debemos en primer término reponernos del efecto nocivo que para la historiografía tiene el uso de sus acotaciones temporales, asimilando que el siglo XIX, salvo excepciones transitorias, es la época « del absolutismo en decadencia » ⁽²⁰⁾, con la consiguiente presencia del poder regio en la conformación de las normas políticas, el primordial papel desempeñado por el poder ejecutivo y el frecuente carácter decorativo de la cámara popular, viciada su representatividad desde el origen y convenientemente compensada con la de cuño aristocrático. De interiorizarse tal diagnóstico, bastaría un primer y superficial acercamiento a la « España liberal » para percibir el angosto espacio que deja a la concreción institucional del principio de legalidad, siempre y cuando

⁽¹⁸⁾ Dicha indicación no hace sino seguir las enseñanzas de Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar* (cit. n. 16), autor de esta conocida proposición: « Las Luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas », p. 225. En efecto, la legalidad penal sería para Foucault la ficción jurídica amparadora de la disciplina carcelaria; la prisión se colocaría así en el punto en que « el poder codificado de castigar » se trueca en « un poder disciplinario de vigilar », p. 226.

⁽¹⁹⁾ Ejemplos de racionalización del poder en lo que atañe a los medios empleados, pero de evidente irracionalidad en los fines perseguidos, frecuentemente dirigidos a suprimir la ‘peligrosidad social’ de las capas más desfavorecidas, y cuyo logro había necesariamente de violar los mandatos anejos al principio de legalidad, como el de igualdad ante la ley. Cf., para ello, la valiosa obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure* (cit. n. 15), pp. 101-113.

⁽²⁰⁾ Utilizando una expresión de un autor inspirativo de estas páginas: Otto KIRCHHEIMER, *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos* (1961), Granada, Comares, 2001, (trad. R. Quijano), p. 48, quien recuerda asimismo que « en el largo período de transición del absolutismo a la democracia » la supremacía de la ley sirvió con frecuencia a los gobiernos legales para introducir « leyes represivas que frenaran la actividad de los movimientos democráticos », pp. 152 y 158-166. Se trasluce así también la presencia en este escrito — incluso de su propósito de contrarrestar el contraproducente triunfalismo de la modernidad — de Arno J. MAYER, *La persistencia del Antiguo Régimen* (1981), Madrid, Alianza, 1984 (trad. Fernando Santos Fontanela), donde acaso sobren categorías sociológicas evanescentes y se eche en falta mayor proporción de crónica de acontecimientos tangibles.

no lo cercenemos hasta hacerlo irreconocible. En segundo lugar, hay que rastrear el proceso de publicación y difusión de las normas jurídicas, requisito indispensable para la más elemental eficacia del principio, precario en la historia constitucional hispana hasta el extremo de encontrarnos no con desviaciones anecdóticas dispersas, sino con rasgos estructurales que fragmentan el contenido hipotéticamente unitario de las leyes, fían su publicidad a la instantaneidad de la transmisión oral o impiden el manejo material de las leyes sancionadas por los tribunales ⁽²¹⁾. En tercer lugar, es un componente fundamental de la vigencia del *nullum crimen* el estatuto profesional de la judicatura, basado, al menos en el arranque constitucional, en méritos ajenos a la pericia jurídica, y muy relacionados con la conducta moral o las simpatías políticas ⁽²²⁾; del mismo modo, debería desentrañarse también la racionalidad del cuerpo judicial, con sus debidos antecedentes en la literatura académica y de oposiciones, pesquisa de la que podríamos obtener infiltraciones morales y religiosas ajenas a los requerimientos de la legalidad ⁽²³⁾. Por último, debe descenderse hasta el plano de la persecución del delito y de la ejecución de la pena, cuyas prácticas fraudulentas del ordenamiento vigente llevan, por ejemplo, a una administración del castigo gestionada por la policía y desprovista de tutela judicial ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Vid. Marta LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPC, 2001.

⁽²²⁾ Vid. la tesis ejemplar de Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español*, Madrid, CEPC, 1999.

⁽²³⁾ Infiltraciones no genuinas entonces de tiempos dictatoriales. Baste citar las palabras de un presidente del Tribunal Supremo español en plena República: « bueno es adquirir la técnica que la Universidad prepara, y las investigaciones posteriores aumentan; pero no se puede olvidar que la confirmación solamente se consigue con la práctica continuada y vigilante [...] preparando con visión exacta la vida judicial de España, el Gobierno de la República ha concedido sendas indemnizaciones y viáticos para que funcionarios de la juventud de nuestras Carreras [fiscal y judicial] puedan adquirir en las Universidades y Tribunales del extranjero los conocimientos teóricos indispensables para modificar, en lo que esté justificado, el espíritu de nuestras leyes y las costumbres de los Tribunales; pero siendo esta iniciativa muy digna de loa y de agradecimiento por nuestra parte [...] más beneficiarán a esta causa bendita la rectitud moral y la experiencia de los funcionarios que todas las concepciones científicas », en Diego MEDINA GARCÍA, *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de Septiembre de 1933*, en « RGLJ », 163 (1933), 288-305, pp. 292-293.

⁽²⁴⁾ Puede mencionarse el ejemplo — continuamente invocado por los penalistas

De forma que, para concluir, la contradicción que hallamos en el siglo XIX hispano entre el principio de legalidad y su materialización efectiva no se debe a factores fortuitos ni tampoco « intrínsecos al principio »⁽²⁵⁾, sino a la incapacidad sustancial del llamado Estado liberal de derecho para poder realizar uno de sus hipotéticos postulados fundadores, que, en múltiples ocasiones, queda adaptado al engranaje efectivo de las instituciones como marchamo de legitimidad. En efecto, la aporía sucede entre modelos: entre aquél que implica garantía de los derechos frente al poder público, cuya vigencia política es igual de efímera que celebrado es su éxito teórico, y aquel otro en el que los derechos carecen de garantía institucional y, con frecuencia, conforman un capítulo a disposición del poder público. Reducida la norma fundamental a *Frame of Government*, suprimida la independencia de una judicatura transformada en órgano subalterno del ejecutivo, subordinados los derechos al dictado de la ley y excluida del procedimiento legislativo una representación parlamentaria sustantiva, el principio de legalidad penal, inicialmente pensado como garantía frente al dominio político, pasa a ser, en buena medida, uno de los principales instrumentos de tal dominio, en cuanto pauta y modo para crear y aplicar el derecho, y como correlativa supresión de otras fuentes que, a pesar de todo, no logra erradicar⁽²⁶⁾.

que poblarán los presentes párrafos — del arresto quincenal por impago de multa al que se sometía a individuos sospechosos según el criterio unilateral e incontrastable de la autoridad gubernativa. Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo Derecho penal. Escuelas y códigos del presente y del provenir*, Madrid, Paez, 1929, pp. 129 y 130.

(25) Siguiendo la acertada advertencia de Luigi Ferrajoli, según la cual deben distinguirse escrupulosamente la debilidad intrínseca del principio de legalidad — pues el silogismo judicial es « un'illusione metafisica », al igual que es imposible una perfecta representatividad democrática — de los factores extrínsecos, evitables y reducibles, que lo merman, como la subordinación del parlamento y la justicia al ejecutivo, el razonamiento moral — *potere di disposizione* — de la judicatura o la tipificación penal de categorías no empíricas, rasgos que concurren en el modelo penal hispano del XIX. Vid. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004 (8ª edición), pp. 12 y 19.

(26) Cf. Bartolomé CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 52 y 60 ss, a quien también se debe un reciente recorrido crítico del dogma constitucional de la división de poderes, del que unánime y acriticamente se infiere el principio de legalidad: *El Orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad constitu-*

Si la existencia del principio ha sido atribulada durante el siglo XIX, más problemática se hace aún cuando el poder llega al extremo de declarar a determinados seres humanos « culpables de existir » (27). Del mismo modo que el carácter intachable de los mandamientos éticos ilustrados condicionan el análisis historiográfico, la rotundidad de la irrupción totalitaria ensombrece todo lo acaecido con inmediata anterioridad, convirtiendo *ipso facto* las ideas y prácticas pretotalitarias en antecedente y cómplice del terror o en consciente resistencia y cauto presagio de lo que se avecinaba, es decir, restándoles buena parte de su especificidad (28). Así pues, la consecuencia de conferir al siglo XIX el mérito de la realización del principio de legalidad se transmuta en la reducción de la historia de su quebrantamiento al tiempo del totalitarismo. En el estudio del principio de legalidad durante la primera mitad del siglo XX, conviene entonces continuar evitando las prenociones habituales de la penalística actual, para la que, en efecto, la « crisis del principio » proviene, por una parte, de la contestación doctrinal debida a las escuelas positivista y correccionalista, ambas defensoras « del arbitrio judicial y de la sentencia indeterminada » (29), y por otra, de su abolición explícita en los regímenes nazi y soviético. Es comprensible que, al seguir el relato teleológico, y horrorizado por la cercana barbarie totalitaria, se exclame: « creíamos que bastaba el siglo XIX

cional, Madrid, Trotta, 2007, pp. 124-128. Para el marco teórico-jurídico de este estatismo liberal europeo, Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 139 ss. El marco teórico-político del caso hispano lo suministra Antonio RIVERA GARCÍA, *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, donde — pp. 20-23 y 96 ss. — se explica la proveniencia moderantista de la « omnipotencia del ejecutivo » que mina los derechos individuales, entre ellos la legalidad penal.

(27) George STEINER, *Gramáticas de la creación* (1990), Madrid, Siruela, p. 14.

(28) Valga el ejemplo de Francisco Muñoz Conde, quien abre su muy elogiable monografía sobre Mezger con un capítulo — « los antecedentes » — sobre la « dogmática jurídico penal en la República de Weimar » en el que trata de describir « cómo muchas de las ideas que Hitler tomó para ‘renovar’ el Derecho penal estaban ya implícitas en planteamientos que se hicieron en la etapa anterior », en *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 30 ss. y 51.

(29) Rosario de VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal* (cit. n. 5), pp. 22 ss.

para proteger esta criatura del siglo XVIII guarecida por las declaraciones de derechos »⁽³⁰⁾, desconociendo, por ejemplo, la efectiva vigencia de tales declaraciones en el Estado liberal, el uso clasista del derecho penal decimonónico, la tipificación de delitos en este derecho contra « la dignidad, la fe ó los intereses de la nación »⁽³¹⁾ o la inclusión de cláusulas indeterminadas que daban cobertura a prácticas arbitrarias⁽³²⁾, factores que, de aspirarse a una reconstrucción rigurosa, han de considerarse jalones de la organización política burguesa.

Para proporcionar algo de espesor al recorrido historiográfico común, puede añadirse que, durante este período, además de su absoluta violación por los regímenes dictatoriales, el principio encuentra su primera oportunidad de realizarse institucionalmente, en un contexto constitucional de base democrática y con garantía jurisdiccional de los derechos. En el plano teórico, si nos referimos a la doctrina producida bajo la II República, junto a las negaciones explícitas — fundamentadas de diversa forma y con distintos fines — del principio de legalidad, lo habitual es encontrar su reconocimiento expreso, desprovisto del — hoy comúnmente atribuido — « fundamento político-democrático » y acompañado del beneplácito a instituciones — in-

⁽³⁰⁾ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Panorama de la justicia penal*, en VVAA, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, p. 722. Sobre decir que no existe en estas líneas ni un ápice de comprensión y disculpa de la barbarie, ni tampoco insinuación de que ésta sea sólo y simplemente continuidad de la iniquidad inherente al modelo liberal.

⁽³¹⁾ Delito contemplado entre los que « comprometen la paz ó la independencia del Estado » y recogido en el art. 150 del *Código penal de 1848*, que permanece intacto en la revisión de 1850 y que experimenta una revisión secularizadora en el *Código penal de 1870*, cuyo art. 149 restringe el delito a « la dignidad ó los intereses de la Nación », aunque, según se cita en la nota siguiente, amplía el círculo de su aplicación. Cf. Jacobo LÓPEZ BARJA (et. al.), *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, Akal, 1988.

⁽³²⁾ Por utilizar el código penal de 1870, aprobado bajo la vigencia de una Constitución — la de 1869 — que se pretende democrática y protectora de derechos, pueden citarse: « Art. 138. Será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte: [...] 3^o. El español que [...] favoreciere el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior ». « Art. 149. El funcionario público que abusando de su cargo comprometiere la dignidad ó los intereses de la Nación española de un modo que no esté comprendido en este capítulo, será castigado con las penas de prisión mayor é inhabilitación perpétua ». Artículo, este último, superstite en el 236 del código de 1928, el 136 del de 1932 y el 131 del de 1944.

dividualización penal, sentencia indeterminada, peligrosidad social, arbitrio judicial — que, observadas de forma retrospectiva, comprometen su integridad. De otra parte, en la doctrina franquista, acompañando a la ideología de que el nuevo régimen se reviste, abiertamente negadora del axioma, hallaremos su estratégica persistencia, trasferida incluso al código de 1944, y obligatoriamente condescendiente, a través de diversas excusas, con su reiterado y estructural incumplimiento por parte del « nuevo Estado ».

De tan sumaria presentación debiera deducirse que la historia efectiva del principio comienza con su modulación institucional de la segunda posguerra ⁽³³⁾, y que su condición genuina no es la de ser un atributo de la razón política inexorablemente destinado a materializarse, sino un principio de organización racional del poder punitivo sumamente frágil, irrealizable por completo y constantemente en peligro si no se rodea de los convenientes apoyos jurídicos y culturales. Elaboradas estas páginas en un momento en que parece definitiva y pacíficamente asentado, es natural que se sublime hasta convertirlo en un « parámetro de racionalidad de cada sistema penal » ⁽³⁴⁾, destinado en nuestra particular prospección a resaltar las áreas en que el pensamiento penal anterior incumple su más exigente delimitación contemporánea ⁽³⁵⁾. Sin embargo, conocidos

⁽³³⁾ Con mayor acierto que las reiteradas visiones panorámicas, Roberto BERGALLI cifra el comienzo del principio « cuando la forma del Estado constitucional de derecho adquirió plenitud en tiempos recientes », inflexión sustantiva respecto « del derecho penal de los Estados meramente legales », *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, « Jueces para la democracia », 32 (1998), pp. 58-63.

⁽³⁴⁾ En expresión de FERRAJOLI, *Diritto e ragione* (cit. n. 25), p. 13.

⁽³⁵⁾ Que representa inmejorablemente Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, (cit. n. 25), pp. 71 ss., sobre el principio de estricta legalidad. Véase también Luis ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en « Revista española de derecho constitucional » 8 (1983), 9-46, quien también solapa orígenes doctrinales y arranque institucional, pues no repara ni en la inexistencia de « asamblea legislativa democráticamente representativa », ni en la problemática independencia de los tribunales respecto de la administración durante la época liberal, ambos fundamentos del *nullum crimen*, y que el autor mismo, al menos en lo concerniente al primer requisito, no llega a incorporar a su discurso: « desde el plano del Estado, en su proyección normativa sobre los individuos, la determinación legal de la conducta prohibida y de la pena responde a la necesidad de *hacerles presentes* (sic) *su voluntad de ordenar o prohibir* una conducta concreta », p. 16.

los avatares que atraviesa hasta su única y reciente institucionalización histórica, consciente entonces de su vulnerabilidad, contingencia e historicidad, se tratará no exclusivamente de cotejar, siguiendo un propósito ético actual, lo pensado en la doctrina pasada con el *modelo límite* de su concepción democrática contemporánea, sino de singularizar los contornos efectivos que obtuvo el principio en cada momento de su formulación, sin posterior comparación con parámetro ideal alguno, aunque persiguiendo todavía animar el vigoil esfuerzo de su conquista y mantenimiento. Sólo de esta forma se podrá aspirar a dilucidar las razones de un maridaje — el que contraen el principio y las tendencias que degenerarán en prácticas autoritarias —, que no ha de ser comprendido como un síntoma de esquizofrenia científica. Valga por ahora advertir, desde un enfoque general, que si contemplamos el principio de legalidad penal también como una técnica de organización social, inscrita necesariamente en la lucha por el dominio político, las contradicciones internas del pensamiento penal comienzan a disiparse. Por otra parte, contra lo sugerido por la reductora imagen académica de la controversia entre la escuela clásica y la positivista ⁽³⁶⁾, algunas tendencias que se reputan síntomas del declive de la reforma penal ilustrada, ya se encuentran de forma embrionaria en ésta, ya sea la potencial relevancia del « conocimiento del delincuente » — que abrirá la puerta al concurso de las ciencias psicológicas y antropológicas —, la « necesidad de una individualización de las penas » — suscitada por la proporcionalidad matemática de los crímenes y los castigos ⁽³⁷⁾ —, la idea de la defensa social, apoyada en concepciones orgánicas de la sociedad ya en circulación durante el régimen liberal o, finalmente, el arbitrio judicial, incubado precisamente en una de las primeras consecuencias del principio como es la prohibición de denegación de justicia. Diseñado, pues, el marco interpretativo general, adoptadas las precauciones pertinentes y presentados los distintos niveles de lectura aquí ensayados, cumple ahora narrar la vida del principio en la experiencia cultural hispana.

⁽³⁶⁾ Contra la cual no cesa de alertarnos Mario SBRICCOLI. Vid., por ejemplo, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, en « Quaderni fiorentini » 3-4 (1974-75), 557-642, pp. 566-567.

⁽³⁷⁾ FOUCAULT, *Vigilar y castigar* (cit. n. 16), pp. 25, 103, 132, 198 y 277-278.

III. *Las bases de la reflexión: el iusnaturalismo legalista vs la crítica positivista del legalismo (1874-1915).*

No se comprende el debate científico producido en las décadas de los treinta y los cuarenta si prescindimos de su inmediata antesala, a la que todos los autores se refieren continuamente. Si bien con tonalidad genuina, también en España se produce la confrontación entre una escuela basada en los postulados tradicionales y otra, de composición unipersonal, pero de prolífica actividad, que recoge las influencias de la antropología criminal. La modulación precisa que recibe el principio de legalidad en los autores seguidamente presentados, más que caracterizada por la defensa clásica contra la negación positivista, ha de entenderse relacionada con la oposición entre, de un lado, la creencia en un orden natural objetivo meramente declarado — y defendido — por la ley penal, y de otro, la negación de tal creencia y la aspiración a basar el derecho penal, no en una legalidad legitimada de forma trascendente, sino en otro tipo de legalidad, igualmente objetiva, pero estrictamente racional, histórica, humana y de horizonte utópico ⁽³⁸⁾. Así, al derivar la legislación penal del orden divino, existe tanta negación del principio entre sus defensores iusnaturalistas como afirmación en su crítica positivista, que aspira a construir un sistema penal asentado sobre otro tipo de legalidad, más representativa que la tradicional.

Nos encontramos ante la disciplina con mayor grado de diferenciación de toda la enciclopedia del derecho, en cuyo seno se desarrolla uno de los debates más intensos de la ciencia jurídica del cambio de siglo. La revolución traída a la disciplina por los positivistas italianos no pasa desapercibida en España, donde proliferan traducciones, estudios monográficos y premios oficiales que incentivan el estudio de las corrientes del derecho penal extranjero ⁽³⁹⁾. Sin embargo, la plena

⁽³⁸⁾ Entendiendo esta dimensión utópica no en el sentido corriente, sino en relación a su carga antagónica y destructiva del orden vigente; es decir, del mismo modo que lo entendió Antón ONECA en su comúnmente simplificado texto *La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1951, pp. 85 ss.

⁽³⁹⁾ Ejemplifican este interés el discurso, cargado de severos reproches, pronunciado por Félix de ARAMBURU sobre *La nueva ciencia penal. (Exposición y crítica)*, Madrid, Fernando Fé, 1887, y la monografía, de tono más admirativo, aunque no carente de original crítica, escrita por Dorado Montero bajo el título de *La Antropología criminal en*

incardinación de la penalística española en la controversia mediterránea no la sustrae de la diatriba académica que caracteriza el campo del saber jurídico hispano del momento. En efecto, pese a su mayor grado de autonomía respecto de otras materias, también en el derecho penal contienden los defensores del *orden jurídico católico-liberal* ⁽⁴⁰⁾ y sus detractores *krauso-positivistas*. Los nombres propios conceden mayoría a la doctrina ortodoxa, integrada, entre otros, por Luis Silvela y José María Valdés Rubio; Pedro Dorado Montero representa en solitario la conciencia crítica de la asignatura ⁽⁴¹⁾.

En lo que concierne a la legalidad penal, su hipotético valimiento proviene de la escuela que en estos momentos se proclama mayoritaria. Semejante conclusión se explica sólo por las deficiencias interpretativas de la lectura *presentista* de las fuentes doctrinales pretéritas. Me refiero, en términos generales, a dos negligencias cometidas habitualmente por esta lectura « estéril »: en primer lugar, se realiza una selección de contenidos que omite o minimiza, como si fuese el juicio de un menor de edad, toda referencia teórica considerada acientífica desde los parámetros actuales de valoración de la cientificidad, con la visible finalidad de « mostrar cómo se ha llegado a las opiniones de nuestros días » ⁽⁴²⁾; en segundo lugar,

Italia, Madrid, Revista de Legislación, 1889. De forma colateral, suministra útil información sobre el influjo del positivismo penal en la doctrina española, Carlos PETT, 'Qualcosa che somiglia all'ammirazione'. *Ecos de la civilística italiana en España*, en « ADC » 67 (2006), 1429-1478, pp. 1440 ss.

⁽⁴⁰⁾ Trato de esquematizar esta mentalidad jurídica ortodoxa de la España de la Restauración en *Fe católica y razón liberal en el derecho político. La anónima relevancia de Juan de Dios Vico y Brabo (1845-1908)*, en Adela MORA (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo XX*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 272-374.

⁽⁴¹⁾ Aunque sin obra sistemática, el penalista Jerónimo Vida se suma en sus artículos y conferencias a las nociones que Dorado difunde infatigablemente. Cf. Carlos PETT, *Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado*, en « QF » 35 (2006), 255-338, pp. 323 n. 178, 324 y 325 n. 183, única aproximación a este significativo penalista que conozco.

⁽⁴²⁾ Me permito transcribir la valiosa consideración escrita por Elias Canetti en 1967: « Todos los libros que lo único que hacen es mostrar cómo se ha llegado a las opiniones de nuestros días, a las opiniones vigentes sobre los animales, el hombre, la Naturaleza, el mundo, me desagradan. ¿Y adónde hemos llegado? Buscamos en las obras de los pensadores del pasado las frases que poco a poco nos han llevado a nuestra visión del mundo y con ellas se forma un corpus. La parte más importante de sus opiniones, la errónea, la lamentamos. ¿Puede haber una lectura más estéril que ésta? », en *La*

suelen tomarse en consideración las representaciones teóricas como un refrendo o una crítica de lo oficialmente legislado, pretiriendo con ello el sentido propio de la producción científica. Partiendo de este enfoque, una vez prescrita en el art. 1^o del código de 1870 la necesaria predeterminación legal de la conducta punible, algunas afirmaciones de Silvela y Valdés Rubio no harían sino afianzarla. En efecto, el derecho penal se considera el producto de la « función punitiva » del Estado, cuyo propósito principal es « declarar en la Ley penal lo que es delito ó falta y las penas correspondientes á cada uno », haciendo inadmisibile la declaración de « nuevos delitos y penas » por los Tribunales, « porque de lo contrario se caería en la arbitrariedad ». El delito constituye una « infracción de la ley escrita », una conducta « ilegal » consistente en « el acto ú omisión previsto, definido ó declarado como delito, y penado por la ley positiva vigente », fuente exclusiva del derecho penal. La consecuencia de la negación de esta norma « consignada en el Derecho positivo » ha de ser « la pena jurídica », sólo aplicable cuando existe « un delito ó falta previamente cometidos » (43).

Con tales antecedentes, la legislación penal vigente y la doctrina que dice explicarla mantienen aparentemente firme la existencia del principio. Olvidemos, por el contrario, lo previsto en el código y tratemos de ofrecer una visión completa de esta penalística, sin amputar sus contenidos con el fin de ajustarla a propósitos presentes. Comencemos conjeturando sobre la fisonomía teórica más apropiada a las exigencias de la legalidad. Si de formar abogados y jueces se trata, y si la actividad de éstos ha de ajustarse en el procedimiento

provincia del hombre. Cuaderno de notas (1942-1972) (1973), Madrid, Taurus, 1982, (trad. Eustaquio Barjau), p. 277, libro sobre cuya pista me pone Esteban Conde.

(43) Son expresiones de José María VALDÉS RUBIO, *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia* (1889) I, Madrid, Francisco de Sales, 1903 (3ª edición, corr. y aum.), pp. 14, 22, 25, 36, 91, 101. En el esclarecedor proemio de la segunda edición del tratado de Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* I, Madrid, Ricardo Fé, 1903, se halla también una vigorosa defensa de la legalidad penal frente a las propuestas de Dorado, que de implantarse convertirían los códigos en una suerte « de normas directivas » de las que « los funcionarios de la ciencia social podrán prescindir cuando les parezca adecuado », p. XIII. La primera edición de este tratado data de 1874, y puesto que « no han cambiado las ideas del Autor hasta el punto de que necesite una rectificación fundamental » (p. V), señala el arranque del período que tratamos ahora de bosquejar.

a lo prescrito por la ley penal, el tipo de saber más apropiado debiera instruir en el manejo técnico del ordenamiento vigente. La complejidad científica del derecho penal de entre siglos, sin embargo, es bien distinta de la dogmática jurídica. Su condición epistemológica es más bien la de una disciplina moral y especulativa cimentada sobre « fundamentos inmutables » e « invariables principios ». El referente semántico que articula todo el discurso es la existencia de un orden natural, continuo e indisponible cuya comprensión está trabada estructuralmente al saber teológico en el que se formaron todos los licenciados en derecho y cánones, que ahora ejercen de catedráticos. Las discrepancias no se suscitan por la desigual interpretación de que es susceptible la legislación vigente, sino por el grado de identidad — o diferencia — entre tal legislación y el orden inmanente que ha de materializar. Las prioridades temáticas son asimismo deudoras de esta configuración teórica: mientras que carece de relevancia el análisis de las fases que atraviesa la elaboración jurídica del delito y de la pena, atrae todas las atenciones la llamada « vida del delito », problemática muy vinculada al dogma católico del libre albedrío, cuya traducción jurídico-penal es la importancia consiguiente de todo lo relativo a la culpabilidad y la imputabilidad del delincuente. Por último, el profesional que trata de formar este derecho penal no es tanto un « jurisperito », experto en leyes y sentencias, como un « jurisprudente », un « sacerdote de la Justicia » conocedor de las leyes morales eternas a las que « arregla y normaliza su propia vida, ejercitando las virtudes individuales y sociales », y regulando « después la conducta de los demás » al traducir « el ideal en preceptos si legisla » o al dar « a cada uno lo suyo en justa sentencia, si administra justicia » (44).

Descendamos a las concepciones jurídicas estrictas para corroborar lo antedicho y confirmar la nula semejanza entre tales planteamientos y los requeridos por la concepción moderna de la legalidad. El derecho no es aquí ordenamiento de leyes positivas en vigor, sino un precipitado terrenal de un perfecto y antecedente *ordre naturel* de estirpe católica. La atención científica se concentra en desentrañar los principios universales regidores de dicho orden, los cuales pugnan inexorable y espontáneamente por materializarse

(44) VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 57-60.

en el proceso social. El cumplimiento externo de « mi esencia », la realización efectiva de la naturaleza objetiva e incontrovertible de la sociedad, que es la « armonía » entre todas las esferas de la actividad humana, conforma el sentido del « Bien », entendido aquí como una categoría moral « de igual naturaleza » que el derecho, en la que éste debe subsumirse. Concebido así el derecho como un « orden ético, moral o espiritual » que trata de realizar el más envolvente y global orden divino ⁽⁴⁵⁾, el derecho penal se reputa « jurídico » porque persigue « la realización de la justicia », es decir, « la vocación y el propósito de hacer siempre el bien con laboriosidad, de inspirar en todos los actos la conducta en la equidad y rectitud, iluminadas por la ciencia y por el amor y temor á Dios » ⁽⁴⁶⁾.

La actividad legislativa que ha de tipificar la desviación punible no se concibe tampoco como una decisión institucional originada en la soberanía popular, ni aparece por ningún lado, en consecuencia, el requisito de la reserva de ley. La potestad legislativa, atribuida al Estado en su conjunto, sin división estricta de poderes, se interpreta de forma bien diversa: « Ciertamente que para nadie medianamente ilustrado — arguye Silvela — el legislar es un acto de la voluntad arbitraria, ni de una persona, ni de todo un pueblo, en el sentido de que por él se cree ó se forme un derecho que antes de ser declarado no existía »; antes bien, consiste en « dar una forma práctica, temporal y transitoria á lo que por su naturaleza es eterno é inmutable ». Si para algo ha de concurrir la voluntad de los ciudadanos es para proveer de órganos al Estado y de esta forma « constituir el poder legislativo », el cual habrá de desplegar la función punitiva en conformidad con los « principios de justicia » ⁽⁴⁷⁾.

Si bien pudiera creerse ajustado a las exigencias del principio el que la articulación del saber penal tradicional gravite sobre las figuras del delito y de la pena, debe replicarse que ni la escuela ortodoxa renuncia a indagar en el temperamento psicológico del

⁽⁴⁵⁾ SILVELA, *ob. cit.*, pp. 35-39 y 69.

⁽⁴⁶⁾ VALDÉS, *ob. cit.*, p. 61. El cumplimiento del derecho que el Estado ha de garantizar consiste, efectivamente, en conformar « la vida social con la ley objetiva bajo los dos aspectos de ‘no hacer el mal’ y ‘hacer el bien debido expresa y tácitamente’ », p. 15.

⁽⁴⁷⁾ SILVELA, *ob. cit.*, pp. 67 y 88; VALDÉS, *ob. cit.*, p. 25.

delincuente ⁽⁴⁸⁾, ni tampoco deriva ambas instituciones jurídicas de un poder legislativo autónomo determinante de la praxis judicial. Su delimitación conceptual requiere más bien el auxilio de la « Ética », que « contribuye a fijar exactamente la apreciación de los hechos perturbadores de las relaciones jurídicas y, por lo tanto, constitutivos de delito o falta ». No basta así con representar el delito como una conducta « ilegal », sino que han de concurrir necesariamente los requisitos de inmoralidad y de injusticia ⁽⁴⁹⁾. Trazados el orden jurídico y el orden moral católico como dos círculos concéntricos, sustancialmente idénticos, aunque de menor radio — por cuanto vinculado exclusivamente a los hechos externos — el primero de ellos, es previsible que se recuerde que « todo delito es pecado, aunque no todo pecado es delito », coincidiendo ambos « en cuanto uno y otro nacen de determinaciones libres de la voluntad que se aparta del bien ». « El delito — concluye Silvela, con escasa precisión para la mirada contemporánea — es lo injusto, lo malo; se confunde con lo inmoral, con lo irreligioso y con otras nociones más o menos afines » ⁽⁵⁰⁾. La pena, por su parte, constituye la respuesta social institucionalizada al quebranto delictivo con la finalidad de restaurar la armonía, la « afirmación categórica » de la colectividad « absolutamente indispensable para su ordenado funcionamiento » ⁽⁵¹⁾.

La definición del derecho penal que obtenemos de este esbozado *percorso* no puede entonces asimilarse a la actualmente sostenida en virtud de la concepción democrática del principio. Siendo « el orden la manera de ser de las cosas », y su « quebrantamiento un hecho anormal cuya desaparición pide la misma idea de orden », la rama jurídico-penal se conceptúa en virtud de su función, que no es otra que la restauración del orden jurídico perturbado. Silvela la

⁽⁴⁸⁾ SILVELA, *ob. cit.*, « El sujeto activo del delito en general », pp. 160 ss.; VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 342 y ss. donde desfilan alcohólicos, enfermos mentales o epilépticos.

⁽⁴⁹⁾ VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 59, 101 y 129. Aún más: « Así como Derecho es lo recto, el delito es lo torcido », p. 103.

⁽⁵⁰⁾ SILVELA, *ob. cit.*, pp. 55 y 97. Con mayor claridad, Valdés piensa que muchos de los criminales que quedan impunes por ineficacia de la represión del delito indemnizan de alguna forma á la víctima « por medio del sacerdote y bajo secreto de confesión », *ob. cit.*, p. 24.

⁽⁵¹⁾ SILVELA, *ob. cit.*, p. XIV.

denomina — con significativo uso de las mayúsculas — « el derecho para el restablecimiento del Derecho », o, todavía más elocuente, « el Derecho del Estado nacional para la reparación del Derecho del Estado natural » (52). Ni siquiera el legalista Valdés, que tilda el derecho penal de « conservador de las instituciones del Estado, porque mediante él se hace cumplir la ley », circunscribe el delito a la infracción de las disposiciones legales, puesto que para él también es el delito « una negación del orden ético, de la ley del bien » y el derecho penal un intento ineludible de recomponer la « armonía social », de reparar « el orden jurídico perturbado criminalmente » (53).

Basta con lo expuesto para demostrar hasta qué punto es discutible la hipotética defensa del principio de legalidad por parte de la doctrina tradicional. Desencantado el mundo desde hace al menos décadas, en proliferación creciente las divergencias en torno a los atributos del orden natural, asediada la elitista producción académica por un descontento popular sin traducción textual propia y admitida la separación entre la religión y el derecho por los mismos autores oficiales, debe reputarse errónea la consideración de estos juristas como garantes de un orden de justicia objetivo e intangible, haciendo así del iusnaturalismo católico una suerte de guardián secular de la dignidad humana. Sucede más bien justo lo contrario: desempeña aquí el escolasticismo una función legitimadora de la distribución efectiva del poder político, atribuyéndole cualidades providenciales, indisponibles por acuerdo colectivo, en pleno tiempo constitucional. Se trata concretamente de sustentar un modelo económicamente ultraliberal, agresivo frente a la adopción de las medidas más elementales de protección social (54), y moralmente católico, en cómodo refrendo del predominio institucional de la iglesia oficial. De ahí que la aparente aporía entre la razón liberal y la fe católica se disipe al atribuir a este saber jurídico una condición eminentemente ideológica, dada la provechosa legitimación intelec-

(52) SILVELA, *ob. cit.*, pp. 57, 64 y 91.

(53) VALDÉS, *ob. cit.*, pp. 17, 21-24.

(54) Cf. el título representativo de Adolfo A. BUYLLA, Adolfo G. POSADA, Luis MOROTE, *El Instituto del Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España con un discurso preliminar* de José Canalejas, Madrid, Ricardo Fé, 1902.

tual que suministra a una monarquía autoritaria asentada, más que sobre cualquier tipo de voluntad democráticamente articulada, en la oligarquía propietaria, la jurisdicción militar, la familia patriarcal y el control moral ejecutado por los eclesiásticos.

Ciñéndonos a nuestro asunto, la inefabilidad de la versión ilustrada de la legalidad en los textos de los autores citados es irremediable, pues para su formulación debiera basarse la comprensión de la sociedad política en el contrato social, la división de poderes y el predominio de la asamblea popular sobre la judicatura. La imposibilidad de su proposición radica en las mismas bases del paradigma triunfante: entendido el sustrato social de las instituciones estatales según la categoría de la nación, entidad histórico-natural inmodificable por la voluntad constituyente, este derecho penal responde a los rasgos anticontractualistas y estatalistas del saber social posrevolucionario, que entiende las instituciones jurídicas, incluidas las penales, como el pausado sedimento del desenvolvimiento histórico de la comunidad. Finalmente, no menos disfuncionales a las exigencias de la organización racional del poder punitivo son los contenidos que difunde esta disciplina penal, de presencia constante en « los programas de los exámenes y ejercicios de las carreras jurídicas » (55). Elaborada desde las premisas del absolutismo moral, la habilitación cultural que esta corriente puede proporcionar a los futuros profesionales del derecho no es precisamente la requerida por un sistema garantista, al proponerse como reto fundamental que « el Juez, Fiscal y Abogado apliquen la Ley objetiva ó natural á la vida social para la conservación del orden ó su restablecimiento si se hubiese perturbado » (56).

En cambio, el más flagrante negador del apotegma de la legalidad, Dorado Montero, es quien más seriamente sienta las bases para su implantación, al renunciar en la máxima medida posible al orden objetivo natural, apelar al convencionalismo moral y perseguir con ahínco la representatividad de las instituciones jurídicas (57). Qué

(55) SILVELA, *ob. cit.*, p. V, de cuyas nociones, según expone, « sigue participando con no muy numerosas excepciones la generación presente ».

(56) VALDÉS, *ob. cit.*, p. 56.

(57) Para no sobrecargar el siempre excesivo cuerpo de notas, paso a enumerar las obras suscritas por Dorado de que me sirvo en las páginas que siguen: *Problemas de*

duda cabe de que la obra de Dorado constituye una completa respuesta al paradigma tradicional y, en tal medida, una decidida réplica a la garantía de la legalidad en sí misma y un meditado apoyo a todas las propuestas institucionales que pretenden sucederla. Aunque su argumentación se inscribe en el relato moderno, atribuyendo al sistema punitivo del antiguo régimen un abuso insoportable y, por consiguiente, considerando la llegada de la legalidad como una « verdadera conquista », no es menos cierto que Dorado percibe el advenimiento de una nueva fase cultural y política a la cual no puede resistirse eternamente el edificio penal clásico. El « extraordinario impulso » experimentado por las ciencias naturales, en efecto, está detrás del nacimiento de una « concepción realista de la vida y del mundo » que inevitablemente afecta a las « ciencias del espíritu ». Se trata entonces de, con audacia, abandonar por completo la cosmovisión anterior y rendirse ante « las corrientes actuales de cooperación y solidaridad ». A Dorado no dejan de preocuparle los « derechos de la personalidad », entre ellos, muy destacadamente, las garantías penales, pero hasta tal punto estima que han pasado a formar parte del patrimonio jurídico de los países civiliza-

derecho penal, Madrid, Revista de Legislación, 1895, con capítulos — todos útiles a nuestro propósito — titulados de forma ya elocuente: « I. Sobre el valor de la ley, como única fuente de derecho en materia penal », « II. Otras fuentes del derecho penal, además de la ley », « III. La interpretación de las leyes penales », « IV. La ley penal en el tiempo y sus efectos », « V. Sobre la ignorancia de la ley penal »; *Estudios de derecho penal preventivo*, Madrid, Victoriano Suárez, 1901, « I. Del derecho penal represivo al preventivo »; *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, Imp. Heinrich y Cía, 1905, « II. El problema trascendental y nuestra posición frente al mismo », « III. Lo subjetivo é inseguro del orden moral », « IV. Diversidad de criterios é igual valor de los mismos »; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, s.f., pp. 31, 89, 93-94, 96-98, 121, 144-145; *Bases para un nuevo derecho penal*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, s.f., pp. 10-13, 25, 28-30, 34, 45, 102-105 y 111; *El derecho y sus sacerdotes*, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1909, pp. 11-13, 19-23, 29, 31-38, 83-87, 104, 115, 122, 133 y 138; y *El derecho protector de los criminales*, Madrid, Victoriano Suárez, 1915, de cuyo primer tomo utilizo las pp. 13-15, 538-541, los epígrafes « I.A.III. El concepto de delito, relativo é impuesto », « I.A.V. Contenido variable del orden jurídico » y el capítulo quinto « Misión de la justicia criminal en el porvenir », mientras que del segundo tomo me sirvo de los capítulos « XVI. La sentencia indeterminada » y « XVII. ¿Pena ó medida? ». La fecha de edición de esta recopilación de trabajos cierra el período abordado en este epígrafe, que, según se dirá, culmina con el triunfo relativo de las ideas penales de Dorado sobre la doctrina católico-liberal.

dos que, a su juicio, no hay ya necesidad de establecer « la garantía formal y exterior que las Constituciones les venían prestando », bastando para su integridad con una « conciencia jurídica social » dispuesta en todo momento a rebelarse contra cualquier tentativa de usurpación.

Dorado no hace así sino llevar a su extremo los postulados del liberalismo racionalista, confiado al instinto humano de libertad para la justa coordinación de lo social. Pero avanzar en el trayecto de la modernidad parece significar la renuncia a uno de sus postulados fundamentales: el *nullum crimen sine lege*. En efecto, la contestación de Dorado recorre todas las fases del principio y todas sus garantías anejas. Comienza, evidentemente, por el sistema de fuentes del orden jurídico-penal, tratando, en resumen, de equipararlo al sistema sancionado en el orden civil, para dar cabida en el proceso criminal, ante todo, a la costumbre. La desmitificación del poder legislativo « como el único creador del derecho » constituye uno de los rasgos definitorios del nuevo tiempo organicista y socializador. La producción de las normas corresponde más bien al conjunto de la sociedad, que en su desenvolvimiento progresivo va forjando las reglas más adecuadas para su desarrollo y evolución. De esta comprensión del derecho se colige de inmediato una revalorización de la costumbre, la más fiel intérprete del « complejo de derechos y obligaciones recíprocos » que constituye toda comunidad. El « derecho consuetudinario », « siempre que sea racional », debe así prevalecer forzosamente sobre la ley en caso de conflicto, « por cuanto responde mejor que aquélla a las exigencias populares ». Junto al rescate de la costumbre, Dorado desafía al principio invocando la jurisprudencia, principal intercesora entre el imperativo abstracto de la ley y la trama auténtica de los intereses sociales. Su revalorización no se limita a equiparar a « todos los tribunales » con « el Tribunal Supremo » a efectos del rango jurisprudencial de sus respectivas decisiones. La proximidad estructural de los magistrados a la fuente prístina de la justicia lleva a Dorado a defender el más extenso arbitrio judicial, inmejorable antídoto frente al peligro del *summum jus, summa injuria*. Nuevamente, no entiende cómo se escamotean al juez penal los recursos que el juez civil tiene a su disposición, ya que las leyes penales no son indefectiblemente más precisas o justas que las civiles. Semejante agravio comparativo sólo

puede provenir, en opinión de Dorado, de la extendida convicción que considera la justicia criminal « una cosa *mala* y *odiosa* », calificativo concebible exclusivamente desde la reluctante visión retributiva de la pena. Sin embargo, tal enfoque del problema, pese a su comprensible justificación cuando « los antiguos poderes » oprimían arbitrariamente, se revela inconveniente si « arraiga en la conciencia popular la creencia de que el Juez penal, al cumplir su misión, hace una obra *justa* y *buena* »; si la pena, dejando de suponer una venganza institucionalizada para « *expiar* con un nuevo mal el mal ya causado », pasa a ser una medida « preventiva y beneficiosa » para mejorar y reintegrar al delincuente. Entonces, cuando se haya invertido la opinión común sobre el derecho penal, ya « no habrá que *temer* el arbitrio judicial »; bastará con un sistema eficiente para exigir la responsabilidad a los magistrados que abusen de sus prerrogativas.

En resumen, una vez que se ha operado la inflexión epistemológica, las consecuencias que agravan el estado del principio se deducen lógicamente de seguido. De mayor extensión y valor moral que la ley, el « Derecho » conforma la segregación ética de la vida social a la que han de ajustarse todos los órganos jurídicos. Explicándose el fenómeno delictivo por « el engranaje de la causalidad natural », la justicia criminal debe emplear terapias benéficas para la « educación y rehabilitación » de los desviados, sustituyendo « la pena justamente *merecida*, por la *necesidad* del tratamiento protector ». Adoptado este doble enfoque, la irretroactividad de las leyes penales, por ejemplo, deja de tener sentido, pues la declaración de una norma jurídica se valora como un mayor acercamiento de la legislación a las necesidades sociales, lo que justifica la proyección de sus efectos hacia el pasado, dado que lo previsto en la nueva ley penal, pese a su mayor severidad, no ha de suponer una agresión a los derechos, sino una ortopedia útil para su reconstrucción. Asimismo, desde esta perspectiva, la comisión responsable de la conducta punible deja de ser la condición indispensable de la pena, pues se trata más bien de detectar, mediante un diagnóstico científico-natural, los peligros potenciales para el desenvolvimiento armónico de la convivencia con el fin de erradicarlos antes de su materialización. Lo mismo sucede con el tipo y la duración de las penas: siendo éstas « tratamientos » y no retorsiones, su fijación taxativa por la ley

constituye más bien un entorpecimiento a la función profiláctica y terapéutica del derecho penal, de ahí que se abogue por las sentencias y las condenas indeterminadas. Partiendo, en fin, de tales presupuestos, las garantías del principio de legalidad se estiman tan absurdas como exigir a un facultativo que sólo debe « curar las enfermedades contenidas en una lista preparada de antemano, y no otras, aun cuando existieran y él supiera tratarlas ».

Con lo citado hasta ahora, resulta palmaria la prototípica, y bien argumentada, abrogación teórica del principio, motivada en el apogeo de las ciencias naturales y en la genérica preferencia de la equidad frente al mandato abstracto y formal de las leyes. Debiera entonces detenerse aquí la narración, y clausurar el análisis otorgando a Dorado Montero la condición de obstinado y coherente negador de las garantías penales, concibiéndolo acaso como un inconsciente promotor de prácticas institucionales autoritarias. Sin embargo, cuando se procede de este modo, irreflexivamente se considera que sus ideas están atacando la concepción que del principio de legalidad penal se mantiene en la actualidad. Si consultamos la penalística en activo, podremos contemplar — en la enumeración de los fundamentos básicos del principio — la reiterada alusión al pilar democrático-representativo, al afán por garantizar la seguridad jurídica y, en fin, a la tutela del ciudadano frente a los posibles abusos del poder político ⁽⁵⁸⁾. Pues bien, pudiera ser que, dadas las condiciones culturales, políticas y sociales del período, el célebre penalista salmantino no tratase sino de reubicar el pensamiento penal en unas bases democráticas, que suministrasen el máximo de seguridad jurídica posible y, además, protegiesen a los ciudadanos frente al exceso del poder estatal. Más aún, quizá sus planteamientos no se propongan sino la liberación de lo que, aguardando un hipotético perfeccionamiento del análisis científico, permanecía encerrado en el modelo clásico en estado potencial. Creo que este punto de vista puede ilustrarse enmarcando sus reflexiones en cuatro coordenadas básicas. En primer lugar, urge situar sus ideas penales en una mentalidad jurídica de rasgos muy acusados, como lo es la hispana del último tercio del siglo XIX y la primera década del XX. Consecuencia de ello ha de ser la compren-

(58) Cf. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal* (cit. n. 5), pp. 28-32.

sión de sus postulados en relación dialéctica con la corriente doctrinal opuesta, el liberal-catolicismo conservador ya examinado. Pese a lo evidente que resulta, su aporte necesita también ser referido al contexto político-social en que se produce. Por último, sus críticas al axioma de la legalidad deben relacionarse con el sentido completo de su obra, más aún cuando es propósito medular de su autor construir un sistema coherente ⁽⁵⁹⁾.

El más destacado entre los rasgos característicos de la genuina mentalidad jurídica hispana de entre siglos es, sin lugar a dudas, la contraposición entre el orden particular de la legislación y el orden universal de la moral. La consecuencia ineluctable de dicha racionalidad, genérica y simplificada denominada iusnaturalista, es la consideración de las leyes en función de su mayor o menor proximidad respecto del orden objetivo de los valores. Si la corriente ortodoxa establece una relación de razonable identidad entre ambos planos, la corriente crítica se distingue por realizar un contraste *negativo* entre ellos con el fin de restar legitimidad política al ordenamiento vigente. Con mayor resolución y radicalismo que los restantes miembros de la escuela, Dorado reproduce la crítica del krauso-positivismo a la irracionalidad del legislador oficial e invoca, como contrapeso a su autoridad, el entramado de intereses y necesidades que conforma la sociedad, esto es, invoca una « realidad social » entendida como la personificación del « verdadero legislador, fuente de toda regla jurídica ». Abstengámonos de reprochar ingenuidades y guiémonos por el exclusivo propósito de realizar una comprensión interior al propio pensamiento de Dorado, porque prácticamente todo su sistema penal se basa en esta aseveración liminar. La oposición global entre el orden legal y el orden universal toma en Dorado la forma de una estricta subordinación de la norma jurídica al plexo de necesidades sociales reales. De aquí se infiere

⁽⁵⁹⁾ En cierto modo, la todavía más iluminante monografía sobre Dorado, además de — en pleno régimen franquista — invitar a un baño « en los ideales de la pena tutelar », trata fundamentalmente de situar su obra en el contexto cultural y socio-político en que se produjo. Sólo así podía conjurarse « la incomprensión que la generación posterior tuvo sobre la de Dorado », en José Antón ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (cit. n. 38), pp. 11-14 y 35, texto publicado en 1951, pero escrito — según confiesa el autor — al suceder a Dorado en la cátedra salmantina recién comenzada la década de 1920.

lógicamente que « la opinión pública », y no la ley, sea « la verdadera garantía de la seguridad del ciudadano », y que, en caso de « divorcio » entre el legislador y la opinión pública, prevalezca ésta en cuanto « representa realmente la conciencia nacional ». Este carácter subalterno de las leyes respecto del « pueblo mismo, para cuyo servicio justamente nacen », además de una crítica negativa a lo legislado, constituye una rotunda advertencia al poder político para que adecue sus decisiones al relieve social efectivo, logrando así la *representatividad* democrática y el influjo *ético* de que carecen, dos atributos indispensables para una organización legal y racional del poder punitivo ⁽⁶⁰⁾.

Semejante ataque al Estado oficial lo enfrenta de inmediato a la corriente opuesta, convencida de la idoneidad moral del ordenamiento establecido. La contestación de Dorado al célebre brocardo de la legalidad se incardina así en un intento de desautorización global de la visión iusnaturalista dominante, y no en una descontextualizada y particular tentativa de refutación. El pensamiento jurídico común, aquél sostenido por « los sacerdotes del derecho », parte de la indemostrable existencia de un orden natural objetivo, infrangible e imperecedero del cual las leyes son expresión declarativa exterior. A su juicio, estas « pretendidas bases filosóficas de la facultad punitiva del Estado », al basar la ley en una legitimidad de carácter absoluto, justifican la admisión de los « delitos naturales », los cuales mantienen su naturaleza conceptualmente delictiva independientemente de la sanción legal. Frente a esta pretensión de fundar unilateralmente la diferencia entre lo justo y lo injusto — no tan sólo secundada por los penalistas católicos españoles, sino también por autores tan eminentes como Carrara o Pessina —, Dorado defiende el relativismo moral más extremo. Convencido de que aquellos que presumen de « haber sondeado los designios » de la « voluntad divina » sólo pueden excusarse en el atrevimiento de su ignorancia, Dorado entiende el orden moral como una irreducible y agónica multiplicidad de creencias subjetivas con idéntico

⁽⁶⁰⁾ Me sirvo de la sugerente propuesta de José Luis Díez Ripollés sobre la racionalidad legislativa en el ámbito penal, en *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, « Doxa » 24 (2001), 485-523, especialmente: « 4. Los contenidos de la racionalidad legislativa penal ».

valor y sólo facultadas para pactar acuerdos transitorios, revisables y nunca identificados con la « eterna naturaleza de las cosas ». A mi entender, este solipsismo jurídico, en la medida en que humaniza el contenido de las leyes ⁽⁶¹⁾, prepara a su manera el terreno de la futura legalidad. Al neutralizar cualquier intento de apropiación del contenido de las leyes por un determinado cuerpo de creencias, el convencionalismo moral de Dorado coloca la cuestión de la legalidad penal a un paso del relativismo propio de la racionalidad democrática ⁽⁶²⁾ y, en igual medida, de la consiguiente legitimidad autorreferencial — no trascendente — de la legalidad penal. En efecto, a Dorado le repugna la habitual denominación del delito como la perturbación del — en singular — orden, y de la función penal como su consiguiente restauración, porque el concepto « orden » es « tan general, que apenas si tiene contenido alguno » más allá del « que cada cual quiera ponerle ». No existiendo entonces convicciones morales que por su propia naturaleza sean superiores a las restantes, la noción de delito es imposible de enunciar si la colocamos en el « vivero complicadísimo de las concepciones individuales », pudiendo tan sólo consistir en aquello que la voluntad de quienes detentan la potestad legal describe como una desviación delictiva y punible, esto es: « todo acto que la ley de un Estado prohíbe y castiga ». El problema radica entonces en hacer de los detentadores del poder sus legítimos administradores. Pero si Dorado reconoce al « derecho legislado » una « importancia civilizadora de primer orden »; si el Estado cumple, a su juicio, la « inexcusable » función de « objetivar » y « despersonalizar » las normas sociales más aptas para el desarrollo de la comunidad, con la finalidad — siempre promovida por « los espíritus tenidos por más liberales y progresivos » — de « constitucionalizar y someter á reglas

⁽⁶¹⁾ « Todo orden jurídico que han de obedecer los hombres es un orden creado ó re-creado por los hombres »; « el derecho natural viene á ser, en todo caso, una concepción completamente subjetiva ». Frases lapidarias como las antepuestas, enunciadas en un ambiente cultural donde la voluntad humana es suprimida del proceso de constitución política de la sociedad, creo que explican suficientemente la labor que Dorado hace por la venida de la mentalidad política moderna adecuada a la legalidad penal democrática. En *El derecho y sus sacerdotes* (cit. n. 57), pp. 12 y 136.

⁽⁶²⁾ Recuérdese aquí el memorable texto de Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* (1921), Granada, Comares, 2002 (trad. Luis Legaz Lacambra).

legales las distintas funciones y actividades públicas»; si el « *referendum* » como forma de « participación » ciudadana « en la obra legislativa » sucederá a la costumbre; si, en fin, el « progreso » de la sociedad se cifra para Dorado en la identificación paulatina del « concepto del orden, la inmoralidad y el delito, en el legislador, con el concepto que del orden, la inmoralidad y el delito domine en la mente de la mayoría », puede entonces afirmarse que en su filosofía penal se encuentra ya bosquejada la futura legalidad democrática, enunciada ahora, en esta fase embrionaria, en oposición a los restantes modelos teóricos que, pasando hoy por defensores de la legalidad, se esforzaban entonces « en hacer la delimitación del concepto de delito por su propia naturaleza, independientemente de la ley ».

Prosigamos en la misma línea interpretativa. Planeando constantemente sobre ambos la costumbre — trasunto jurídico del tejido primordial de los intereses —, el juez y el legislador son los principales interpelados para llevar a cabo la tarea de cristalizar en decisiones jurídicas las aspiraciones sociales y, en consecuencia, son también los responsables de que tales aspiraciones queden desatendidas jurídicamente. Obsérvese que la lógica que anima a Dorado es la misma lógica garantista de la legalidad, pues se trata ante todo de preservar la autonomía de los ciudadanos frente a cualquier exceso de quien se halla investido de autoridad. Lo que ocurre es que, a su juicio, los abusos del poder pueden provenir tanto de un juez arbitrario como de un legislador ajeno a las exigencias populares, y la realidad parece apuntar más bien a los excesos del legislador que a los de la judicatura, de ahí que, para legitimar la función punitiva, acuda a la función judicial y a los fines de la pena descuidando el valor de la legislación. Sin embargo, este permanente escapismo del ordenamiento, sin duda contrario a los requerimientos del principio, además de con el auge de las corrientes positivistas, debe relacionarse con el modelo socio-político vigente durante estos años. En efecto, a un examen sincrónico no puede pasar desapercibida la *descripción* que autores secundados por Dorado hacen del régimen canovista, al que estiman basado en una forma de gobierno oligárquica y caciquil y en la ignominiosa exigencia del cumplimiento de

la ley pese a su ignorancia ⁽⁶³⁾. Sobre este último asunto, incide enérgicamente Dorado. Vista la plaga de analfabetismo que devora la sociedad, y demostrada ampliamente la ineficacia de los modos de publicación y difusión de las normas, el tratamiento que la ignorancia de la ley obtiene de los « penalistas de la corriente individualista y humanitaria » sólo puede explicarse por la ya citada creencia en un orden natural absoluto, el cual, grabando en el interior de cada hombre los deberes que debe cumplir, permite presumir el conocimiento universal de las conductas punibles. Procediendo de tal forma, la corriente mayoritaria confunde los deberes legales con los morales y, por consiguiente, funda todo el edificio penal sobre una ficción, no tanto a la espera de una ilustración masiva que posibilite el acatamiento consciente de las leyes cuanto en un diseño deliberado de una técnica de sometimiento clasista « cuyo objeto es causar males al individuo ». Para desvanecer semejante simulacro de legalidad sólo cabe, entonces, acudir a las normas de que la comunidad libremente se dota. Así, la apelación a la costumbre o la sobrevaloración de la jurisprudencia resultan incomprensibles sino se conectan con esta referencia al « derecho popular », suponiendo ambas, en consecuencia, factores que propician la seguridad jurídica de los ciudadanos desconocedores de la ley oficial y la defensa frente a los abusos del poder público, lo cual volvería a situar a Dorado en una órbita cercana a la de la legalidad penal.

Si de la aproximación a la mentalidad jurídica, a la diatriba académica y al contexto sociopolítico del momento pueden inferirse significativas afinidades entre las exigencias del principio y las premisas de Dorado, no menos ilustrativo resulta encuadrar su opinión en el sentido general de su teoría penal.

Precisamente porque Dorado concibe su obra como « un todo orgánico » que no es susceptible de aplicación fragmentaria, desfiguráramos su noción del principio de legalidad si la extirpásemos del conjunto y la transplantásemos al modelo clásico. Es más, el maestro salmantino llega a confesar que su propuesta teórica no

⁽⁶³⁾ Me refiero a los conocidos textos de Joaquín COSTA, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Fortanet, 1901; y *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona, Soler, s. a.

aspira tanto a negar el paradigma anterior como a sustituirlo completamente para, a través de su culminación, perfeccionar su eficacia político-criminal. Inspirados los códigos clásicos, por una parte, en la humanización del castigo y, por otra, en la autoconservación de la sociedad frente a los peligros a través de la prevención general, sus ideas sobre el derecho penal preventivo no hacen sino coronar esta inercia mental de « la conservación y la prosperidad de un orden social concreto », transformando la pena en tratamiento, al juez en « médico cariñoso » e « indulgente », al delincuente en enfermo y el delito en peligrosidad ⁽⁶⁴⁾.

Dorado no está, como una interpretación simplista pudiera suponer, abogando por una potestad discrecional de los jueces para infligir castigos en quienes consideren, según su buen entendimiento, peligrosos para la convivencia social ⁽⁶⁵⁾. En primer lugar, el correccionalismo del que participa le hace defender una pena entendida como técnica espiritual, disciplinante de la conducta y apoyada en la legalidad objetiva de las ciencias naturales ⁽⁶⁶⁾, y su propósito, más que inculpar a determinados estratos sociales, es eximirlos de toda responsabilidad criminal. Hasta tal punto considera beneficiosa la terapia penal para quien la necesita que, en lugar de ser la consecuencia de su desviación, constituye un « verdadero derecho » inalienable del delincuente frente al Estado ⁽⁶⁷⁾, cuyo fin

⁽⁶⁴⁾ Para encajar la prevención y la peligrosidad en el modelo tradicional, Dorado menciona el ejemplo de las causas de justificación y de inimputabilidad, a las que considera explicables precisamente porque la clásica función penal no se propone castigar un mal sino evitar un peligro futuro al tranquilo desenvolvimiento de la comunidad. Cf. *El derecho protector de los criminales* (cit. n. 57), pp. 113, 131-136, 162-166.

⁽⁶⁵⁾ Como posteriormente defendieron, por ejemplo, los autores nacionalsocialistas. Marca la distinción entre el correccionalismo preventivo y el autoritarismo penal, Antón ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (cit. n. 38), pp. 46-47.

⁽⁶⁶⁾ La « justicia penal es una verdadera cura de almas », dice en *El derecho protector de los criminales* (cit. n. 57), p. 183. Para el tránsito, aquí operativo, del remedio religioso de los males del cuerpo con la cura de almas a la terapia médica de los males del alma con la cura del cuerpo, véase Pierre BOURDIEU, *La disolución de lo religioso* (1985), en *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1993, (trad. Margarita Mizraji), pp. 102-107.

⁽⁶⁷⁾ Sigue así Dorado el rumbo que a la penalística diése el correccionalista Carl Röder, autor traducido y difundido en España por Francisco Giner de los Ríos. Vid. GINER, *Resumen de filosofía del derecho* (1898), II, en Francisco GINER, *Obras completas*, vol. XIV, Madrid, La Lectura, 1926, sobre todo: « II.V. La Tutela penal ».

principal es procurarle garantías para su plena realización personal, entendiendo ésta como proceso inseparable de una adecuada integración social. En segundo lugar, y como consecuencia, lo que Dorado plantea no es tanto una revisión del modelo penal vigente, sino su completa abolición y sustitución por métodos administrativos de tutela. El comprensible reparo que lo transforma en un defensor inconsciente de prácticas aberrantes olvida entonces que el antiestatalismo es una divisa teórica fundamental de Dorado, quien cree « indispensable la mayor limitación posible de la actividad del Estado oficial y su derecho legislado » y, por consiguiente, aconseja la supresión de « todo el actual aparato de jueces, magistrados, tribunales » y demás instituciones penales ⁽⁶⁸⁾. Por tal razón pienso que Dorado es, ante todo, un abolicionista de la función punitiva del Estado, a la cual administrativiza ⁽⁶⁹⁾ hasta el punto de construir un derecho penal « sin delito » y, « cada vez más, sin pena », cuya legitimidad, basada en su carácter tutelar, se agota en el momento en que la sociedad sea capaz de protegerse autónomamente de los peligros que comprometan su bienestar. Si esto es así, las exigencias mismas del principio de legalidad penal resultarían inobjetables frente a una función meramente administrativa, que, en razón de la eficiencia perseguida, habría de desplegarse con mayor discrecionalidad y apego a la labor de los técnicos.

Mas, permaneciendo por completo el autor en el campo de la reflexión penal, llevar hasta el extremo esta lectura ocultaría tendencias que, obviamente, se encuentran activas en el ideario de Dorado. Sin embargo, su forma de discurrir es tan próxima en algunos aspectos al discurso de la legalidad democrática que para legitimar los aspectos de su pensamiento más ajenos a ésta se ve forzado a

⁽⁶⁸⁾ Aunque desprovisto de mención al ámbito penal, en relación a esta dimensión antiestatalista de Dorado puede consultarse Vicente RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, *La in-sumisión en Dorado Montero. El tema iusnaturalista en la encrucijada de la Restauración*, Salamanca, Hespérides, 1993.

⁽⁶⁹⁾ Las mismas palabras de Dorado corroboran la hipótesis: « Lo judicial y lo administrativo en materia penal deben unificarse », en *Bases para un nuevo derecho penal* (cit. n. 57), p. 117; « Solamente su carácter de función tutelar es lo que justifica la existencia de la autoridad de la ley », en *Valor social de leyes y autoridades* (cit. n. 57), p. 89.

entrar en tensión con sus propios postulados. Tal acontece cuando, olvidando sus proposiciones sobre el relativismo moral y la concurrencia de los órdenes axiológicos equivalentes, justifica la intervención penal para preservar a la comunidad, unívocamente concebida, de los peligros que amenacen su pacífico desenvolvimiento. Desde la perspectiva de esta sociedad orgánicamente representada comienza a ser posible, en efecto, valorar como un índice de civilización la adopción de medidas penales — de terapias educativas — frente a vagos y mendigos, o la reeducación forzosa de los « coasociados » que, por sus hábitos, resultan amenazantes a los ciudadanos de orden ⁽⁷⁰⁾. Explicar tal incoherencia exige, en cambio, una precaución y una fuga de sus textos a categorías sociológicas hasta cierto punto inasibles. La cautela — que habrá de guiarnos hasta el final de esta exposición — estriba en que, si bien los primeros pueden ser instrumentalizados para la implantación del segundo, no deben confundirse estos planteamientos ‘defensistas’ con la articulación de un sistema punitivo con el propósito explícito del dominio político. Concluir de este modo sería un injusto desmerecimiento a la aportación de quien, pese a reconocer una indiscutible función social a todo Estado, no cesaba de rechazar el uso clasista que el legislador hacía del arma penal ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ En efecto, es un mismo autor quien aboga por medidas penales de defensa contra los « socialmente decaídos, como son los vagabundos, mendigos, alcoholistas inveterados: gentes, en fin, que no siempre han cometido delitos objetivamente graves, y hasta á veces ni siquiera han cometido delito ó infracción legal alguna, [...]»; pero en cuya presencia se sienten alarmados sus convecinos á causa del peligro que en aquellos encuentran para seguir haciendo tranquilamente su vida », y aquel otro que advierte de la frecuencia con que « han sido siempre y siguen siendo perseguidos como delincuentes muchos hombres apellidados superiores », proclama que « los hechos en sí no son buenos ni malos » y, concluyendo, exclama: « Si los jueces que administran justicia se convirtieran en procesados [...], ide qué distinto modo entenderían la justicia! », en *El derecho protector de los criminales I* (cit. n. 57), pp. 23, 133, 529 y *Nuevos derroteros penales* (cit. n. 57), p. 22-45. No me resisto a indicar que este segundo Dorado trae excepcionalmente a la disciplina penal las divisas heteróclitas de Friedrich NIETZSCHE: « No existen hechos morales », en *Crepúsculo de los ídolos*, Madrid, Alianza, 1998 (trad. Andrés Sánchez Pascual), p. 78.

⁽⁷¹⁾ Aunque sin el seguimiento, las prevenciones ante el positivismo y el compromiso con que se hacía en el socialismo jurídico italiano, perfectamente conocido por Dorado, quien, al menos en parte sustantiva de su obra — como más arriba se ha indicado — se encuentra reconciliado con el orden burgués y, en la parte restante,

Si la concepción espiritualmente unitaria de la colectividad se explica por el organicismo, positivista o católico, que imbuje a todos, su mantenimiento por Dorado — único relativista convencido entre los juristas del período que conozco — le hace incurrir en una aporía insalvable que sólo se explica si nos referimos a condiciones sociales externas a — y a la vez determinantes de — su reflexión penal. Para no extenderme en un ámbito que pudiera desorientarnos, baste decir que este mundo social de la « primera modernidad », aunque ha derretido los sólidos estamentos del modelo antiguo, ha recreado otra estratificación no menos rígida que, dividiendo y extrañando las recíprocas experiencias vitales, hace germinar cosmovisiones morales opuestas entre sí ⁽⁷²⁾. Para comprender esta falta de coherencia en un sistema teórico distinguido por su compacidad, deberíamos, pues, referirnos a algo tan sumamente vago como la constitución moral de uno de esos estratos, en cuyas manos está la producción de las autorrepresentaciones que hoy nos llegan como fuente y cuya disposición anímica, moral y espiritual, amén de extraña a la nuestra, es inconmensurable respecto de la constitución moral de otros sectores sociales carentes hoy de memoria escrita. Aunque no poca de la legitimidad moral que las tendencias positivistas reclaman para sí proviene precisamente de su hipotética capacidad para, aplicando un instrumental cognitivo universal, concebir los resortes de esos estratos sociales periféricos, numerosos y marginales, la diferencia — racial, cultural, sexual, económica — es hasta tal punto constitutiva de esta primera sociedad moderna, que se explica entonces que un mismo autor pueda simultáneamente defender la inexistencia moral de delincuentes y la existencia empírica de ciudadanos socialmente peligrosos.

Pero en todo caso nos estaríamos refiriendo, según se ha insinuado, a una estructura mental compartida por todos los juristas, unánimemente convencidos de tutelar a una masa en estado crónico de minusvalía mental, necesitada incluso de la intervención penal

marcada por su acusado antiestatalismo, se aproxima más a doctrinas anarquistas. Vid., para el contraste, Mario SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* (cit. n. 36), pp. 584-594 y 612-617.

⁽⁷²⁾ Para el apunte sobre la « primera modernidad », me apoyo en Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida* (2000), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006 (trad. Mirta Rosenberg), pp. 9 ss. y 36-38.

para su propia mejoría. Más que acusando a un solo autor de haber comprometido la vigencia doctrinal del principio, se debería entonces concluir considerando prácticamente inconciliables la mentalidad reinante en la época y las exigencias discursivas del principio de legalidad. En el período examinado, la enunciabilidad del principio consistiría, de una parte, en la derivación de la ley penal de una legalidad inmovible, absoluta y trascendente, materializada por la soberanía unitaria e indivisible del Estado, de manera que « el castigo derive del crimen, que la ley parezca ser una necesidad de las cosas, y que el poder obre ocultándose bajo la fuerza benigna de la naturaleza » (73). De otra, la formulación positiva del principio consistiría en la destrucción del absolutismo moral y en la insistencia de la necesaria representatividad de las leyes, tendencias que, en mi opinión, sitúan la reflexión jurídica en la misma frontera de la concepción democrática y garantista de la legalidad. En términos negativos, por el contrario, resulta mucho más patente la infabilidad del principio. Resulta inconcebible, en efecto, en un paradigma anticontractualista que, por razones de gobernabilidad, ha renunciado a la soberanía popular para sustituirla, primero, por la soberanía nacional, « y luego por la del Estado » (74). No menos impensable resulta para una racionalidad que no ha consumado ni la secularización del pensamiento jurídico ni ha operado una estricta y constante separación entre el derecho y la moral, ni tampoco entre el derecho y la naturaleza. Del mismo modo que no puede predicarse de una disciplina cuya científicidad se basa en el conocimiento de los orígenes metafísicos o naturales del fenómeno jurídico-penal, tendente siempre a buscar la legitimación trascendental de la facultad punitiva y a derivar las instituciones penales de totalidades objetivas, espirituales o naturales, lo cual le conduce a contemplar el contenido efectivo de la ley penal como un subproducto contingente y provisto de interés científico secundario.

Pese a la brecha que media entre esta mentalidad jurídica y la que la sucederá, en estos años han quedado apuntaladas las bases de la futura reflexión penal. Por una parte, de ahora en adelante encontraremos el registro tradicional del principio de legalidad,

(73) En palabras de FOUCAULT, *Vigilar y castigar* (cit. n. 16), p. 110.

(74) Dorado MONTERO, *Problemas de derecho penal* (cit. n. 57), p. 12 n. 1.

carente ya de remisión a legitimidades trascendentales, pero agotado en el dato mismo de la autoridad del Estado sin ulterior sustitución del derecho natural por el derecho popular. Por la otra, no cesarán de expandirse las teorías defensistas y correccionales de Dorado, y las figuras del « arbitrio jurisdiccional », « la individualización del tratamiento penal », « la sentencia y la pena indeterminadas » o « el estado peligroso », cuya comprensión sistemática ya esbozó Dorado, continuarán ganando adeptos. Sin embargo, a todos ellos les faltará la contumacia de su predecesor, y, mezclando elementos de una y otra cosmovisión, cumplirán el pronóstico de Dorado, quien creía que la lógica férrea de su sistema penal se perdería para quedar de él « la tendencia, dirección ó sentido que señala al ejercicio de la función penal del porvenir » (75).

IV. *La defensa política de la legalidad (1926-1932).*

Un segundo momento, igualmente digno de mención, en la singladura del principio de legalidad está acotado por la suspensión transitoria que la penalística hace de su quehacer científico para, a través de panfletos, conferencias y movilizaciones, descender al fragoroso terreno de la batalla política en defensa de las garantías penales frente a la dictadura de Primo de Rivera. Para que esto sea posible, la disciplina ha debido previamente abandonar las diatribas de estirpe teológica y convertirse en una materia inseparable de la legislación criminal, a la cual confecciona en las comisiones técnicas y expone después en las aulas. De hecho, es la preparación y aprobación del código penal de 1928 lo que provoca la rotunda contestación de algún sector de la penalística, encabezado por el catedrático madrileño Luis Jiménez de Asúa y que, además de denunciar la ilegitimidad del citado cuerpo legal, se impone el reto de abrogarlo y sustituirlo por otro acorde con un sistema democrático.

Evidentemente, no todos los penalistas reaccionan del mismo modo ante las iniciativas legales de la dictadura, ni tampoco se involucran en igual medida en sus instituciones. Por ejemplo, en el vano intento de legitimación que supuso la asamblea nacional consultiva, cuyos miembros fueron todos convocados personal-

(75) Dorado MONTERO, *Bases para un nuevo derecho penal* (cit. n. 57), p. 180.

mente por Primo, figuran dos insignes penalistas, Inocencio Jiménez Vicente y Quintiliano Saldaña, partícipes activos de la elaboración del código (76). También en la comisión técnica de codificación comparece otro profesor de derecho penal, Eugenio Cuello Calón, quien sustituyó a Jiménez de Asúa después de que éste rechazase su nombramiento, y que desarrolla su labor asesora, entre otros, junto a Saldaña, comisionado también del órgano consultivo. La acogida que obtuvo la nueva regulación penal en sus co-creadores, y en alguno de sus discípulos, si bien abarca desde la apología hasta la exposición aséptica, dista mucho de cuestionar globalmente su representatividad o su idoneidad técnica. Así, para Saldaña, autor de su título preliminar y de parte de su articulado, el nuevo código, « infinitamente más científico que el de 1870 », debe pasar « a la Historia penal con este nombre: *Código de la defensa social* » (77). Jiménez Vicente, más resuelto, lo concibe como un encomiable ejemplo de perfeccionamiento político-criminal de la vetusta legislación punitiva. Producto de la sublime « técnica codificadora », el nuevo código se hallará mejor dispuesto que el anterior para terminar con la criminalidad, porque incorpora a su articulado instituciones unánimemente recogidas en las más avanzadas reformas penales extranjeras, como son « la punibilidad de todas aquellas actitudes que sean peligrosas » y un « amplio arbitrio judicial », ambas destinadas a robustecer la protección de la víctima de todos los delitos: « la sociedad misma, el Estado ». Para emprender un replanteamiento legislativo de tal envergadura ha sido inevitable, a juicio de Jiménez Vicente, la intercesión de un poder « fuerte », atrevido, « bueno », con la valentía suficiente para no seguir la pauta

(76) Asamblea constituida en septiembre de 1927, con posterioridad al comienzo de la elaboración del proyecto en la Comisión General de Codificación en marzo de 1926, año que abre el periodo que tratamos. Cf. María Pilar Hernando SERRA, *Catedráticos de derecho en la asamblea nacional consultiva*, en Adela MORA (ed), *La enseñanza del derecho* (cit. n. 40), 231-253, p. 238.

(77) Vid. Quintiliano SALDAÑA, *Al servicio de la Justicia. La orgía áurea de la dictadura*, Madrid, Morata, 1930, pp. 11 y 90, texto que, según se comprobará más adelante, es un ejercicio de retractación pública de su compromiso con la dictadura, un intento de justificar su « actuación » en ella, que no se transforma en crítica global del código, al cual reprocha tan sólo su elaboración apresurada y el haber prescindido del « Estatuto penal de la delincuencia política » en espera de una proyectada reforma constitucional, pp. 83-88.

marcada por las « organizaciones que inquietan a los Gobiernos » y con « esa ingenua vocación constituyente » imprescindible para llevar a cabo reformas « románticas » que, legislatura tras legislatura, las Cortes se mostraron incapaces de acometer. Pero no bastaba con la intervención del poder. El código naciente, además de obedecer a la razón « aplastante » de poner de acuerdo la normativa penal con la — suspendida pero vigente — Constitución, expresa « un trabajo elaborado acaso por distintas generaciones »; no es, así — concluye Jiménez Vicente —, « el Código penal de este régimen; es el que ha podido producir España, a su manera, por el impulso de los hechos, por los elementos intelectuales de que disponía y por las aspiraciones legislativas reiteradamente manifestadas » (78).

La participación activa en el procedimiento codificador puede, a pesar de todo, no desembocar en inflamados panegíricos. Omitida toda alusión a la legitimidad originaria, la aprobación de la reforma da también cabida a una exposición aséptica de sus contenidos que, equilibrando ribetes críticos y localizados elogios, reclama tácitamente la imparcialidad propia de la técnica jurídica. Una vez que ha reducido la cuestión de la representatividad del código a una comprensible adaptación a « los grandes cambios » sucedidos en el país, Cuello estima su deber de penalista informar con neutralidad al lector culto de los contenidos de la nueva ley sin apenas levantar la mirada de ella, aunque sin « prescindir por completo de un espíritu crítico » (79). Fruto de la « patriótica aspiración » de acompasar el

(78) Concluye, en efecto, con un significativo e inconsciente desvelamiento de su principal carencia: la legitimidad democrática. Cf. Inocencio JIMÉNEZ VICENTE, *La reforma del Código penal*, en « Universidad » V (1928), 105-121, pp. 107, 110-112 y 114-117, quien, en una relevante autodefinición, se coloca entre los autores « espiritualistas ». Destacando también « la posición defensiva » — inspirada en « la tradición penal española, eminentemente espiritualista » — y el « arbitrio judicial discreto y ponderado » — « alma de la reforma » —, y legitimando el código recién aprobado porque responde meritoriamente a las « exigencias de la Política » y, sobre todo, a las de la « Ciencia », encontramos al discípulo de Jiménez Vicente, José GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, *El nuevo Código penal español*, en « Universidad » VI (1929), 363-377. Aplauda también el código, dando a luz un manual intempestivo, Federico CASTEJÓN, *Derecho penal. Tomo I. Criminología general y especial ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930*, Madrid, Reus, 1931, pp. 60 ss. y 92.

(79) Para lo que sigue, cf. Eugenio CUELLO CALÓN, *El Proyecto de Código penal español preparado por la Sección 3ª de la Comisión general de Codificación*, en « RGLJ » 152

sistema punitivo español al « progreso realizado en la ciencia y en la legislación » extranjera, el código introduce novedades diseñadas con rigor por la técnica jurídica desde hace décadas. Como factor de modernización del país, no merece sino el reconocimiento de Cuello, quien subraya, entre otros extremos, la primicia de las medidas de seguridad, la referencia expresa — también inédita hasta el momento — a la peligrosidad social, el margen ampliado de arbitrio judicial, la « considerable atenuación de la penalidad », « la abolición de las cadenas y la degradación », la más extensa aplicación de las multas y el establecimiento de la garantía de ejecución.

Para Cuello, sin embargo, no todo son parabienes. A su juicio, el código se ha hecho acreedor de justificados reparos, todos ellos partícipes de una inconfesada cualidad común: encontrarse amparados en el políticamente inofensivo consenso científico. Así, empujado por la inercia del pensamiento penal europeo, Cuello reprocha a la nueva regulación que, conservando el carácter accesorio de las medidas de seguridad, no haya consumado su independencia respecto de las penas, o la persistente — pese a los tímidos avances — « desconfianza en el juzgador », que le ha conducido a una « desmedida restricción del arbitrio judicial ». También se suma al generalizado « sentimiento de humanidad » al lamentar la conservadora e imprudente prescripción de la pena capital, aplicable incluso en los grados de frustración y tentativa de algunos delitos. Y aplica el concepto usual de *código* al reprobar la entrada indiscriminada de leyes especiales en el articulado de la reforma, puesto que, si la legislación especial se caracteriza por responder a coyunturas políticas transitorias, el código « debe regular los fundamentos de la vida colectiva del estado sobre la base de una larga duración ».

El afán de ecuanimidad de Cuello no logra ocultar su complacencia, perceptible más por sus silencios que por sus elogios. Su pretendida actitud neutral, lejos de ser fruto de la afección política, se justifica por su convicción científica acerca del alcance del principio de legalidad penal, perfectamente respetado, en su opinión, cuando el establecimiento de los delitos y las penas se lleva a cabo

(1928), 257-278, pp. 256, 264-269, 271 y 277; y *El nuevo Código penal español (exposición y comentario)*, Barcelona, Bosch, 1929, pp. V-VI, 8-9, 13-16, 19, 20 n. 14, 22, 27 n. 1, 29 n. 5, 75, 99 n. 15, 184-185 y 277-278.

mediante « decretos leyes y reales decretos », ya porque el Gobierno obre « por delegación del poder legislativo » o porque « haya asumido la función legislativa » ⁽⁸⁰⁾. Partiendo de este postulado, se hace posible la descripción sumisa del contenido de las disposiciones gubernamentales, enriquecida quizá con críticas científicas y con inocuas advertencias sobre la necesidad de mejorar las infraestructuras penitenciarias para la correcta aplicación del nuevo código. La desmedida y privilegiada protección del rey y sus familiares, de la corporación católica y de la banca, la severa represión de las reivindicaciones obrera y regionalista, la inclusión expresa de la propiedad — en contra del criterio jurisprudencial — entre los derechos susceptibles de legítima defensa o la devolución del poder al caciquismo local mediante las competencias atribuidas a los juzgados municipales ⁽⁸¹⁾, pueden ser, en efecto, narrados como lo previsto textualmente en el dictado legal, acaso mejorable por incorporar preceptos de leyes especiales o por permitir « determinados abusos » al poner la función punitiva « en manos de jueces no profesionales ». No obstante, para enmascarar el uso político que la dictadura hace del derecho penal, Cuello no sólo ha de prescindir de valorar lo recientemente legislado, sino también de la misma subordinación a los decretos gubernativos que, en principio, parecía haber acatado. Efectivamente, la exposición y comentario del código ha de basar su coherencia en el silenciamiento de otras disposiciones, aprobadas por el mismo legislador y que, formando el contexto jurídico de su aplicación, comprometen su misma integridad, al menoscabar la independencia judicial, crear arbitrariamente inmunidades penales o sancionar por decreto la retroactividad de la ley penal.

Es aquí, en la denuncia del modelo punitivo global del régimen,

⁽⁸⁰⁾ Convicción, además, avalada por la vida jurídico-política cotidiana de la Restauración — « Durante la vigencia del Código de 1870 se introdujeron en su texto profundas modificaciones por decretos leyes y por reales decretos », en Cuello, *El nuevo Código* (cit. n. 79), p. 29 — y acorde con las prescripciones del código de 1928, que en su art. 5 otorga potestad punitiva a las « leyes municipales o cualesquiera otras especiales, [que] competen a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno ».

⁽⁸¹⁾ Como buena muestra de ello, véanse los arts. 58, 217, 230, 231, 257, 259, 277, 289.3, 290 y 692 del código penal de 1928.

donde entran en juego Luis Jiménez de Asúa y algunos de sus jóvenes discípulos, como José Antón Oneca y Emilio González López. La implacable crítica de Quintiliano Saldaña a la dictadura, teniendo el mérito de desvelar la corrupción que la caracterizaba, aparece ya una vez desplomada aquélla. El círculo de Asúa protagoniza el disenso: González López, aún por licenciarse en estos años, lidera el movimiento estudiantil contra el régimen; Antón Oneca, flamante sucesor de Dorado en Salamanca, realiza una sopesada y elegante crítica de la nueva legislación penal; y Asúa, desde la tribuna, el atril, el artículo y el foro no cesa ni un momento de incomodar a quienes detentan el gobierno. Aunque sin ella no se comprende la caída de la dictadura, lo que cuenta a nuestros efectos con menor relevancia es la intensa movilización estudiantil, si bien no deja de ser significativo que uno de sus promotores sea discípulo directo de Asúa ⁽⁸²⁾, y que este mismo tenga a la « nueva generación » como interlocutora y cooperadora habitual de su resistencia frente al régimen ⁽⁸³⁾. Lo destacable es la deslegitimación constante del sistema político vigente que estos penalistas llevan a cabo y cómo, para socavar su modelo punitivo, invocan constantemente las garantías penales.

En efecto, poco sentido tiene escoliar el código cuando carece de validez por reiterada anulación gubernamental de sus previsiones. En « estos tiempos preventistas y policíacos », los castigos que la dictadura impone a los desafectos revelan, más que cualquier desviación punible, delitos cometidos por el mismo directorio militar. Así, para desplegar su dominio, el régimen ha perseguido a los disidentes castigando hechos sin tipificar, violando reiteradamente el secreto de correspondencia — « garantía insuspendible », según la Constitución —, imponiendo multas confiscatorias o confinando

⁽⁸²⁾ No sólo líder, sino también historiador y teórico del movimiento estudiantil fue Emilio GONZÁLEZ LÓPEZ: vid. *El espíritu universitario*, Madrid, Morata, 1931, pp. 55 ss. y 101 para la detención por acompañar a su maestro a la estación de tren, desde la que partía como reo de confinamiento. Cf. también sus *Memorias de un estudiante liberal (1903-1931)*, A Coruña, Ediciós do Castro, 1987.

⁽⁸³⁾ Generación que en aquel entonces se autodenominó « del 29 », precisamente por unas connotaciones políticas difuminadas en la actual denominación, exclusivamente artística, « del 27 ». Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio de la nueva generación*, Madrid, Morata, 1930.

arbitrariamente a ciudadanos, en un continuado incumplimiento de lo previsto en el código penal de 1870, hasta el momento vigente ⁽⁸⁴⁾. Fijando el marco legislativo de la función penal del directorio, la arbitrariedad queda también sancionada por decreto. Se traspasa a la jurisdicción militar, donde « retroceden todas las garantías ciudadanas », la competencia sobre los delitos políticos y sobre los robos a mano armada, la comisión de crímenes por grupos parapoliciales afectos al régimen se declara completamente impune y, para culminar, la independencia judicial es suprimida al poner a disposición del gobierno « la separación, destitución, suspensión, traslado y destinos » de jueces y fiscales ⁽⁸⁵⁾, consagrándose con ello de manera autoritaria una constante histórico-institucional hispana: « la carencia absoluta de un Poder judicial », la mera existencia de « una exigua administración de justicia » maniatada por « la amenaza perenne de la represalia » por parte del « único poder que ha gobernado a los españoles: el Poder ejecutivo » ⁽⁸⁶⁾ .

Junto a la militarización de la justicia y la supresión de la independencia judicial, el directorio trata también de blindar a golpe de decreto su arbitrariedad, en el equívoco de que para la existencia de un Estado de derecho basta con la consagración normativa de las decisiones antijurídicas. Así, mediante un reglamento que dice dejar « en suspenso los preceptos constitucionales y legales » que lo

⁽⁸⁴⁾ Son denuncias, con nombres y apellidos de los afectados — Unamuno, Romanones, Ossorio, Maura, Marañón... —, formuladas por Jiménez de Asúa, *Notas de un confinado*, Madrid, Mundo Latino, 1930, pp. 11, 16, 19 y 25.

⁽⁸⁵⁾ Me refiero a los decretos de 13 de abril de 1924 sobre robo a mano armada, de 25 de diciembre de 1925 sobre delitos sociales, de 14 de octubre de 1926, donde además de la potestad para la libre separación de magistrados, se sanciona la potestad para suspender las sentencias de los tribunales de lo contencioso, y el de 16 de mayo de 1927, concediendo « indulto total » a los reos miembros del Somatén, todos citados por Saldaña, a quien pertenecen también las glosas trascritas, en *Al servicio de la Justicia* (cit. n. 77), pp. 19, 20-23, 31 y 37-38. Esta crítica severa — y posterior a los sucesos — de Saldaña se refiere, sin embargo, a la producción reglamentaria del ministro de justicia, y no a la obra general de la dictadura, plausible « en un plano de vida material », p. 158.

⁽⁸⁶⁾ Cito palabras, también posteriores a la lucha contra la dictadura, de otro discípulo de Asúa: Manuel LÓPEZ REY, *Justicia. Poder civil*, Madrid, Morata, 1931, pp. 14 y 21. Por eso Asúa amonestaba a quienes esgrímian el avance obtenido por el código con el arbitrio judicial, cuando « el funcionario más alto de la Justicia derogaba los principios de garantía e independencia judiciales », en *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del código gubernativo*, Madrid, Morata, 1930, p. 112.

contraríen, el gobierno se arroga « facultades discrecionales en la adopción de medidas e imposición de sanciones, sin otro límite que [...] su rectitud y patriotismo »; las medidas adoptadas por ese procedimiento que rebasen las competencias previstas « en la Constitución o las leyes » habrán de acordarse por consejo de ministros, tendrán vigencia retroactiva desde la instauración del nuevo poder en septiembre de 1923 y no admitirán más recurso que el elevado al consejo ministerial, « cuya resolución será inapelable ». La reacción de Jiménez de Asúa contra lo que interpreta el alma jurídico-penal de la dictadura nos permite contemplar la vigencia política del principio. En efecto, si semejante disposición le parece aberrante, más aún que por autodeclararse « por cima de la Constitución », es porque en ella « no hay definición de hechos punibles, ni catálogo de sanciones », y se consagra la retroactividad penal; porque, en definitiva, con ella, « Primo de Rivera, de un solo sablazo, ha descujado el principio, hasta ahora intangible, *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* » (87).

Suspendido en varias ocasiones de empleo y sueldo, censurado constantemente en sus intervenciones periodísticas, miembro de la « legión » que ya ha « visitado forzosamente la cárcel de Madrid, por criticar actos del dictador y sus epígonos », reo de confinamiento y colono penal, Asúa se distingue sin duda por su heroica oposición civil al régimen militar, en la que no le falta la entusiasta colaboración de los estudiantes, prestos a declararse en huelga cuando es objeto de tales sanciones, y de algunos de sus colegas, movilizados también en protesta por su deportación (88). A su activa condena de los métodos de la dictadura, se suma la no menos decidida censura — ahora avalada por su profesión jurídica — del supuesto logro legislativo y científico que constituye « el código gubernativo ». Ante todo, para Asúa la nueva norma carece de fuerza legal « por no haberse discutido y aprobado en las Cámaras », lo que convierte en

(87) Trata Jiménez de Asúa del decreto-ley de 16 de mayo de 1926. Vid. *Notas de un confinado* (cit. n. 84), pp. 98-102.

(88) Concretamente, José Antón Oneca y Mariano Ruiz Funes son los que más enérgicamente promueven la protesta, a la que se suma, con mayor tibieza, Cuello Calón, quien « hizo también gestiones amistosas para iniciar una súplica colectiva » en pro de su libertad. Se le confina por real orden de 29 de abril de 1926: vid. *Notas de un confinado* (cit. n. 84), pp. 28, 38 y 71-72.

una cuestión secundaria su grado de acierto técnico, porque, siendo la ley « la única fuente del Derecho penal », lo que cumple hacer ante un decreto que crea delitos y sanciones por un « procedimiento de absoluta ilegalidad » es reclamar « su nulidad sin penetrar en su farragoso contenido ». Tampoco ha contado con el apoyo de la opinión pública este « desdichado engendro con aires de Reglamento ». Su elaboración semisecreta, culminada con los retoques introducidos por el ministro de justicia en « su solaz veraniego » en compañía de algunos técnicos, y la negativa de este mismo ministro a someterlo a un debate público entre expertos, alegando que deseaba impedir que « las ansias de censuras y fracasos lo desfloraran », han sustraído al código todo vestigio de representatividad ⁽⁸⁹⁾. Por este motivo, y contra lo aducido por los colaboradores del régimen, Antón Oneca recuerda que « sería empeño vano » atribuir su « paternidad » a « la ciencia criminal española » ⁽⁹⁰⁾. Es, en fin, la defensa política del principio lo que inspira y sostiene la disidencia de esta *penalística civil* ⁽⁹¹⁾.

Las repreciones de Asúa a la « abortiva criatura » no se detienen en la puesta en evidencia de su falta de legitimidad. Su misma confección, monopolizada, a juicio de Asúa, por magistrados conservadores y por la intervención personal de Quintiliano Saldaña, explica que el código adolezca de « tendencia *retrógrada* y estilo y contenido *personalísimos* » en algunos de sus artículos. La participación de Cuello Calón fue beneficiosa al atemperar a los « retrógrados » y al « innovador », pero no consiguió evitar que la norma se resienta de conservadurismo retribucionista ni de « los pujos

⁽⁸⁹⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del Derecho penal* (cit. n. 86), pp. 42-43, 67, 84-85 y p. 99, donde transcribe las palabras del ministro Galo Ponte vertidas en entrevistas periodísticas.

⁽⁹⁰⁾ Cf. *Los antecedentes del nuevo Código* (cit. n. 8), p. 61, donde, sumándose al parecer de su maestro, señala que debería haberse pronunciado « la voluntad nacional, a quien corresponde resolver sobre ley de tanta trascendencia política », p. 31.

⁽⁹¹⁾ Por utilizar el término acuñado por SBRICCOLI, *La penalística civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, en Aldo Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, para resaltar el compromiso cívico que ha distinguido a algunos penalistas liberales, extensible a estos nombres que nos ocupan, pero sin que exista aquí referencia a un orden natural o a una trama social de intereses que trasciende el derecho, pues, como hemos visto, la contestación se vale del mismo principio de legalidad.

originales » de Saldaña, cuyo estilo, cursi y singular — « que bien merece el mote de cursilianismo » —, se trasvasa a parte fundamental de su articulado ⁽⁹²⁾. Merece también severos reproches desde el punto de vista científico-técnico, y a motivarlos y difundirlos han dedicado sus esfuerzos conjuntamente Asúa y Antón ⁽⁹³⁾. Basta con destacar su extrema severidad, el « aluvión de preceptos arrastrados de leyes especiales », la consideración de grados del delito de la proposición, conspiración y provocación, la posible equiparación de la tentativa y la frustración al delito consumado, el mantenimiento de la agravante de vagancia — « que ya ha motivado condenas a muerte » —, el uxoricidio privilegiado ⁽⁹⁴⁾, la amplitud de tipos como el de sedición y, en fin, la ocultación de sendas penas bajo el nombre de medidas de seguridad, como la restaurada vigilancia de autoridad ⁽⁹⁵⁾. Mas, por encima de todos estos reparos, sobresale el reproche principal, aquel silenciado por Cuello, a saber: que lo diseñado aparentemente con fines de defensa social — advierte Asúa — sirve en realidad para ejercer « una desafortunada defensa del régimen y de la clase dominante » ⁽⁹⁶⁾, resultado predecible, puesto que la misma doctrina defensiva — a juicio de Antón — es patrimonio de « los despotismos », siempre listos para invocarla con el fin de « justificar su existencia y poner la represión al servicio de su conservación en el Poder » ⁽⁹⁷⁾. Así lo adveran aquellos tipos que condenan las impugnaciones de la autoridad regia, los que inhabilitan para la enseñanza pública por cometer delitos contra la religión

⁽⁹²⁾ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del derecho penal* (cit. n. 86), pp. 49-57. A estas acusaciones responde Saldaña en *Al servicio de la Justicia* (cit. n. 77), « III. Los raptos del código penal », pp. 74 ss, donde llama al código — al menos antes de que la intervención personal del ministro lo desvirtuara — « la obra de mi vida », p. 85. Aunque explicaría el encono de Asúa, que Antón no comparte en sus apreciaciones críticas, debe quedar para otro momento la reseña de la tensión científica y personal, con acusaciones de plagio incluidas, entre Asúa y Saldaña, ambos catedráticos de la Universidad Central.

⁽⁹³⁾ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, José Antón ONECA, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, Reus, 1929, 2 vols.

⁽⁹⁴⁾ Defectos señalados por Antón ONECA, *Los antecedentes del Código* (cit. n. 8), pp. 45-48, 55 y 57-58.

⁽⁹⁵⁾ Vid. ASÚA, *Al servicio del Derecho penal* (cit. n. 86), pp. 87-89.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.* p. 86.

⁽⁹⁷⁾ Antón ONECA, *Los antecedentes del Código* (cit. n. 8), pp. 39-40.

oficial o los que abren la veda para suspender y disolver las empresas periodísticas ⁽⁹⁸⁾.

Si Asúa se distinguió por su oposición a la dictadura, una vez vencida ésta, su protagonismo político y jurídico se incrementa con el advenimiento del nuevo régimen republicano. En primer término, preside la comisión parlamentaria que redacta el proyecto de Constitución, en la que finalmente se recogerán las garantías penales ⁽⁹⁹⁾. Posteriormente, presidirá la Comisión Jurídica Asesora, sustituta de la decimonónica Comisión General de Codificación, cuya sección de derecho penal, bajo la presidencia de Antón Oneca, y ejerciendo de secretario otro de sus discípulos, José Arturo Rodríguez Muñoz, elaborará el proyecto de código penal de 1932 ⁽¹⁰⁰⁾, culminación de la batalla política librada por la legalidad y conquista de uno de sus fundamentales corolarios: la subordinación de las leyes penales a lo establecido en la Constitución democrática.

La vida de la nueva legalidad penal comienza con la inmediata

⁽⁹⁸⁾ En definitiva, los tiempos de reacción no aconsejan reformas penales, pues, pese a los buenos propósitos técnicos, con las dictaduras se desmoronan los fundamentales postulados de partida: « las orientaciones liberales de las leyes punitivas », reconociendo así Asúa el propio error de haber propuesto « mudanzas legislativas » en plena dictadura sin reparar en que estarían abocadas a ser pervertidas, en Asúa, *Al servicio del Derecho penal* (cit. n. 8), pp. 34, 86, 89 y 90-93.

⁽⁹⁹⁾ « Art. 28. Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración ». « 29. Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito ». No se comprende entonces cómo Ruíz ROBLEDO, *El principio de legalidad* (cit. n. 6), pp. 160-161, considera más o menos equivalentes la regulación republicana y la prevista en la constitución alfonsina, que prescribe lo siguiente: « art. 4^o. Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban »; « art. 16. Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito ». No sólo los extranjeros quedan más desprotegidos en la segunda normativa, sino, sobre todo, la previa comisión de delito supone una garantía de mayor grado que la remisión al legislador — y al ejecutivo — a través de la prescripción legal, a cuyo amparo pudo cometerse « el abuso de las quincenas gubernativas que, aplicadas sin más solución de continuidad que un intervalo de pocas horas, han hecho que algunos desdichados cumplan por este procedimiento penas de prisión correccional », en Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1932, p. 147.

⁽¹⁰⁰⁾ Además de Asúa, Antón y Rodríguez Muñoz, también estaba comisionado el penalista y político Mariano Ruíz Funes. Cf. *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, 1933, p. 6.

anulación — que no derogación — del « código faccioso » y la recobrada vigencia del de 1870, cuya terminología se adapta al nuevo régimen republicano por obra directa de Asúa, en espera de una reforma de mayor alcance ⁽¹⁰¹⁾. Acompañan a esta restauración del principio significativas conculcaciones, ejemplificadas en el juicio político al rey caído y en un estatuto defensivo del nuevo Estado, que padece notable vaguedad en sus tipos delictivos. Asúa, todavía envuelto en el enfrentamiento político, justifica este « excepcional » quebranto sustrayendo el carácter penal a la ley de defensa de la República — que sólo contiene, a su juicio, « sanciones gubernativas » —, e invocando el « archivo de la Historia » para enjuiciar « los crímenes de los Reyes », el « Código más alto e inapelable » cuando se trata de enjuiciar a « un enemigo público » no amparado en « la ley común que protege a los ciudadanos » ⁽¹⁰²⁾. El descuido de los contenidos esenciales del principio alcanza también al código de 1932, remodelación parcial del de 1870 aprobada mediante un proceso en el que, nuevamente, la deliberación parlamentaria se halla subordinada a la actividad del ejecutivo y al juicio de los expertos. Pese a gozar de cierta legitimidad democrática por la mayor intervención de la opinión pública y por las bases aprobadas en las Cortes limitando al gobierno en la reforma, la motivación del código siente la necesidad de justificar la parquedad de la discusión, la cual se ha descuidado no tan sólo por la indispensable y prioritaria mediación técnica en la elaboración de las normas punitivas ⁽¹⁰³⁾, sino, sobre todo, porque, confirmando una constante de la *psicología*

⁽¹⁰¹⁾ Son medidas adoptadas por el gobierno provisional por decretos de 15 de abril y 2 de mayo de 1931, respectivamente. Vid. Manuel LÓPEZ REY, *La reforma del Código penal español*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1932, p. 8 n. 5.

⁽¹⁰²⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Derecho penal vigente en la República española*, en « Revista de Derecho público » (RDP, en adelante) I (1932), 39-48, « I. La República y su Derecho penal excepcional », donde, pese a reconocer justicia en el reparo a la « imprecisión » de los hechos punibles de la ley defensiva, secunda su contenido por la necesidad del fin que persigue: « combatir el desafecto de los funcionarios públicos al régimen recién obtenido », p. 42.

⁽¹⁰³⁾ Motivo aducido por López Rey, quien, según veremos, no aprecia en exceso el dogma de la voluntad general, en *La reforma del Código* (cit. n. 101), pp. 11-13, y 11 n. 10, donde se lee: « la gestación de la reforma de 1870 no tuvo ni mucho menos la publicidad de la actual ». En Antón ONECA, *El Código penal de 1870*, « ADP » 23 (1970), 229-251, se comenta (pp. 235-236) la tramitación de esta reforma decimonónica, de

constituyente republicana (104), el nuevo código se presenta como una medida interina a la espera del auténtico y completo cuerpo punitivo de que se dotará el nuevo régimen, éste sí provisto ya de prolongado y diligente debate público (105).

Como se ha sugerido, a los efectos del principio de legalidad, la modesta reforma acometida por Asúa y sus discípulos interesa no tanto porque se proponga « humanizar » lo previsto en la norma precedente como por su deliberada intención de ajustar sus preceptos a lo consignado en la Constitución (106). Consagrada por vez primera la independencia judicial en la norma fundamental (art. 94), adaptado a ésta el contenido del código, e incluidas expresamente en éste las garantías penales (arts. 1, 2, 23 y 85), el principio de legalidad alcanza el mayor grado de vigencia de la historia constitucional hispana, en buena parte, por obra de varios profesores de

mayor estrechez representativa que la de 1932 (pues menor deliberación y sujeción suscitan las leyes de autorización que las de bases).

(104) En efecto, si la *historia del Estado republicano* se limita a la obra legislativa llevada a cabo por las Cortes Constituyentes de 1931 a 1933, puede comprobarse reiteradamente esta provisionalidad con que, aguardando una más profunda modernización futura, se sancionan las normas. Así, contra el juicio común de *irrealismo* achacado a la labor reformadora republicana, cabe replicar que sus protagonistas creían estar ateniéndose al imperativo de sus *posibilidades*.

(105) Es así el código de 1932, según su *Exposición de motivos*, también redactada por Asúa, norma provisoria « que pueda extender su vida durante el tiempo preciso para componer, discutir y promulgar una nueva Ley de delitos y penas ». Vid., asimismo, ASÚA, *La legislación penal de la República española*, en « RGLJ » 159 (1931), 565-595, p. 595. Ruiz Funes, muy próximo a los planteamientos de Asúa, también recuerda al comienzo de la República el reto de « la tarea codificadora »: dejar de ser « la obra de excepción de una clase política », una « ley de seguridad pública », para reunir « técnica y consentimiento; elaboración científica y amplia discusión », en *La imputabilidad penal y sus fórmulas legales*, Barcelona, 1931, pp. 6, 7 y 16.

(106) Carecería de sentido recordar algunas conquistas de esta reforma penal si hoy no se interpretase la República, por degradación del marco político actual, como una especie de régimen suicida: por ejemplo, se exime de responsabilidad penal al menor de dieciséis años (8.2), la agravante de vagancia es proscrita, la inhabilitación absoluta para cargo público se vincula a la duración de la condena (34.3), se consagra la abolición de la pena de muerte y se suprime la reclusión perpetua. Vid. LÓPEZ REY, *La reforma del Código* (cit. n. 101), pp. 24, 29, 32-33, 37-39, o el comentario que el mismo autor, junto a Félix ÁLVAREZ VALDÉS, publica: *El nuevo Código penal*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1933. En la humanización del código « reside la médula de esta reforma », decía su *Exposición de motivos*.

derecho penal. A tan encomiable empeño se debe, por ejemplo, la protección penal del derecho de sufragio, la libertad religiosa, la independencia judicial y la libertad de cátedra (arts. 211, 218 y 222); se debe asimismo que, en desarrollo del concepto constitucional de propiedad — afectada ahora por la función social — se establezcan penas contra el *jus abutendi* (art. 555) ⁽¹⁰⁷⁾; o, para concluir, que, en aplicación de la igualdad de sexos, sea despenalizado el adulterio y suprimido el uxoricidio privilegiado. Pese a su carácter provisional, la nueva ley recibe los comentarios de rigor ⁽¹⁰⁸⁾ e inspira modificaciones sustanciales en los manuales y tratados en circulación. Como seguidamente veremos, Asúa aguarda el ocaso definitivo del régimen capitalista y de su derecho penal, a los que sucederá un Estado socialista provisto, según la profecía de Dorado, de un «derecho protector de los criminales», no necesitado ya de las garantías penales clásicas. Demostrada la «existencia torcida» que los avances doctrinales tienen bajo las dictaduras, y mientras se mantengan en pie los «regímenes liberales y democráticos de tipo

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense» (RFDC, en adelante) 11 (1986) — número monográfico en homenaje a Jiménez de Asúa —, 147-164, pp. 147-150 y 161.

⁽¹⁰⁸⁾ Con igual pretendido tono neutral que su comentario anterior, escribe Cuello la *Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, Bosch, 1933, si bien ciertas alusiones a la jurisprudencia decimonónica deslavan las previsiones del código democrático: por ejemplo, al rellenar de contenido la agravante de ofensa a la dignidad (art. 10.15) con una sentencia del Supremo de 1881 que la refiere a «las diferencias que por razón de su respectiva posición social exista entre el ofensor y el ofendido», p. 139 n. 15, interpretación incompatible con la abolición de los privilegios de todo tipo por el art. 25 de la Constitución. Tampoco deja de causar rechazo más expreso el código, sobre todo en los que pertenecen a la generación anterior, de mentalidad jurídica viscosa e indiferenciada, como la exhibida por el magistrado Hilario NÚÑEZ DE CEPEDA, en su *1870-Código penal-1932. Comentarios, jurisprudencia, tablas de penas*, La Coruña, Imp. Noel, 1932, donde se echan de menos la pena capital porque «le escuece» al delincuente, «un título todo entero» enderezado a «¡Hacer Patria!» y mayor número de delitos «contra la honestidad», en clara alusión al adulterio, pp. 87, 153 y 159. El choque generacional entre los ademanos afectados del siglo anterior — extraños al principio de legalidad — y la racionalidad técnico-científica del período posterior deja rastro anecdótico, cuando se califican los citados comentarios de «simples desahogos literarios que hubieren tenido lugar más adecuado en un artículo periodístico», en LÓPEZ REY, *Recensión de H. Nuñez de Cepeda*, en «RDP» II (1933), 127-129.

burgués », la conservación del principio de legalidad es, en opinión de Asúa, innegociable, pudiéndose elaborar « a lo sumo » a « Códigos de tipo ecléctico », en los que « vengan emparejadas las aspiraciones de la ciencia y las garantías de la libertad » (109). Junto a la atemperación liberal proveniente de Antón y de Rodríguez Muñoz, este parecer de Asúa explica que el código definitivo planeado por estos penalistas para la República consagrarse el principio de legalidad; código que, de haberse aprobado, habría permitido que el principio prosiguiese la senda de su implantación (110).

V. *Revisión jurisprudencial, eclecticismo político-criminal y conciliación garantista (1931-1936).*

Con lo avanzado hasta ahora, el cuerpo de penalistas españoles ha sido prácticamente presentado. De los que aún no conocemos, algunos de ellos, mayoritariamente de la generación anterior, son casi ágrafos (111) o, si bien llevan a la imprenta sus lecciones, permanecen anclados por completo en las nociones de entre siglos (112). En contraste con su mayor protagonismo durante los años precedentes, la presencia pública y literaria de los conservadores y — según se autodenominan — neoclásicos Inocencio Jiménez Vi-

(109) ASÚA, *El Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, Madrid, Reus, 1934, pp. 220-221.

(110) Vid. *Bases para un nuevo Código penal*, en *Anteproyectos de ley* (cit. n. 100), pp. 191 y ss. Aunque partidarias del arbitrio judicial, estas bases limitan el estado peligroso a la comisión del delito y conciben las penas « con predominio de la prevención general ». Sé que Antón Oneca y Rodríguez Muñoz fueron coautores de las mismas por palabras del mismo ASÚA, *Manual de Derecho penal I*, Madrid, Reus, 1933, p. 254, donde alude a la « preocupación constante de liberalismo » que distingue a sus dos discípulos, p. 410.

(111) Es el caso de Antonio Mesa Moles, catedrático en Granada, y de Vicente de MENDOZA Y CASTAÑO, cuyo único texto *El derecho y la fuerza. Discurso leído en la Universidad de Valladolid en el acto solemne de la inauguración del curso académico de 1916 a 1917*, Valladolid, Tip. Cuesta, 1916, sólo da ocasión a conocer que, durante la gran guerra, fue un germanófilo arrepentido.

(112) Me refiero al catedrático de Santiago Pedro Isaac ROVIRA CARRERÓ, cuyo *Curso de Derecho penal. Parte fundamental*, Madrid, Reus, 1931, está aún prendido del holismo tradicional: « el orden moral referido a las relaciones sociales constituye el orden jurídico », p. 6; « la ciencia del Derecho penal estudia los principios racionales superiores [...] para la oportuna y eficaz restauración del Derecho perturbado por el delito », p. 21.

cente e Isaías Sánchez Tejerina disminuye ahora notablemente ⁽¹¹³⁾. Correcto y bien informado, catedrático en Murcia y político en activo durante la República, Mariano Ruíz Funes participa desde convicciones democráticas en el eclecticismo que engloba prácticamente a todos. Modesto y operoso, con mayor proyección nacional e internacional durante el régimen primorriverista que bajo la República, Eugenio Cuello es el titular de la cátedra barcelonesa, alumno de Dorado en Salamanca y seguidor (y traductor) de la *terza scuola* ⁽¹¹⁴⁾. Aparte de estos profesores, los dos penalistas con mayor peso científico del momento, ambos discípulos y traductores de von Liszt, son Quintiliano Saldaña, autor prolífico y singular que pasará a la historia de la disciplina como impulsor del « derecho penal internacional », y Asúa, primer jurista español que esboza, partiendo de doctrina alemana, una teoría jurídica del delito ⁽¹¹⁵⁾. En torno a

⁽¹¹³⁾ Durante estos años, la obra jurídico-penal de Inocencio Jiménez Vicente, catedrático en Zaragoza y director propietario del *Heraldo de Aragón*, se limita a la ampliación de una lección inaugural sobre *Los Tribunales tutelares de menores*, Universidad de Zaragoza, 1932. Algo más de empeño pone Sánchez Tejerina, profesor en Oviedo que, en el inicio de su carrera, se dedica a divulgar el código sin mayores aspiraciones en *Lo que castiga la ley (Código penal explicado)*, Madrid, Hesperia, 1917, suerte de diccionario penal donde no aparece la entrada « principio de legalidad ». En los años republicanos edita su *Teoría sobre los delitos de omisión*, Madrid, Reus, 1934, sin interés para nuestros propósitos.

⁽¹¹⁴⁾ Testimonia el vínculo discipular y amistoso de Cuello con Dorado el epistolario que mantuvieron, depositado en el archivo de la Universidad de Salamanca y del que puedo disponer copia gracias a Carlos Petit. En él, por ejemplo, puede rastrearse el proceso de gestación de su tesis doctoral: « en la semana próxima empiezan en la clase del Sr. Giner las conferencias sobre el anarquismo [...] yo como complemento hablaré de la delincuencia anarquista. El Sr. Giner me ha dicho que le interesa el tema por mí elegido, pues es cosa nueva para él; le pregunté qué libros le parecían mejores para tratarlo y no me indicó ninguno, pues dice que desconoce este asunto y que lo estudia al tiempo que nosotros [...]. Por lo tanto le ruego me indique fuentes á que acudir y bajo qué puntos de vista podría tratarlo », carta de 15 de noviembre de 1900, sig. II 21 (4). Fruto de esta labor fué su tesis sobre *La criminalidad anarquista*, defendida en septiembre de 1901 y publicada por la Imprenta Católica Salmanticense en 1910. Podemos entonces corregir en algún extremo la *Tabla genealógico-científica* (cit. n. 7) de Cuerda Riezu, quien, al desconocer la tesis de Cuello (p. 116, n. 6), no le atribuye maestro. Cuello fue también traductor de Bernardino ALIMENA, *Principios de Derecho penal* (1910), Madrid, Victoriano Suárez, 1915-1916, 2 vols.

⁽¹¹⁵⁾ Encontramos una ilustrativa reseña de este momento de la ciencia penal hispana en las semblanzas que de Cuello, Saldaña y Asúa hizo quien, a mi juicio, es el

Saldaña, propugnador de una subespecie de doctrina defensorista denominada *pragmatismo penal*, trabaja un grupo de estudiosos del que sobresale Jaime Masaveu. Muy cercano también a sus posiciones, aunque ajeno al correccionalismo, encontramos a Federico Castejón, profesor en Sevilla e introductor de Prins en España ⁽¹¹⁶⁾. Alrededor de Asúa se aglutina la nueva generación de penalistas: Antón, que pasará al tribunal supremo durante estos años; Rodríguez Muñoz, penalista en Valencia, más influyente por sus conferencias y por su traducción de Edmund Mezger que por sus propios textos ⁽¹¹⁷⁾; Emilio González López, catedrático desde 1931 y ocupado durante este período en sus quehaceres de diputado ⁽¹¹⁸⁾; y Manuel López Rey, quien obtiene su cátedra en 1935 y se consagra por completo a la ciencia penal.

La labor de la penalística española se concentra en dos planos: análisis del ordenamiento y elaboración teórica. Dejando a un lado algún excursus histórico-jurídico de cierto valor ⁽¹¹⁹⁾, los catedráticos de la materia, según hemos visto, se dedican con notable intensidad al examen sistemático de la legislación vigente, a la que se trata

penalista más brillante de los que están apareciendo en estas páginas: Antón ONECA, *La generación española de la política criminal*, en VVAA, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, 337-348, pp. 339-344.

⁽¹¹⁶⁾ Adolphe PRINS, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, Madrid, Reus, 1912, (trad. Federico Castejón). Fue además director de la *Revista de los Tribunales de Sevilla* de 1929 a 1936.

⁽¹¹⁷⁾ Cita «sus espléndidas conferencias en el Instituto de Estudios Penales» Juan DEL ROSAL, *Recensión de M. LÓPEZ REY y F. ÁLVAREZ VALDÉS, El nuevo Código penal*, en «RDP» III (1934), 284-285, anotando la influencia que tuvieron en el texto reseñado. De Rodríguez Muñoz es la traducción de la segunda edición de Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (1933), Madrid, Revista de Derecho privado, 1935, 2 vols., hito fundamental en la historia de la disciplina hispana.

⁽¹¹⁸⁾ Comenta la oposición — en la que se enfrentaba a José GUALLART, que se retira antes de comenzar — en sus *Memorias de un estudiante liberal* (cit. n. 82), pp. 306-307. De su dedicación exclusiva a la política da buena cuenta en *Memorias de un diputado de las Cortes de la República (1931-1936)*, A Coruña, Ediciós do Castro, 1988. Con todo, antes de comenzar su compromiso público dio a la imprenta una digna monografía sobre *La antijuricidad*, Madrid, Tip. de Archivos, 1929.

⁽¹¹⁹⁾ Me refiero a la tesis doctoral de LÓPEZ REY, *Un práctico castellano del siglo XVI (Antonio de la Peña)*, Madrid, Tip. de Archivos, 1935. Como motivación de este trabajo, su autor aducía la defectuosa tendencia de la historia jurídica hispana a recluirse en la legislación pretérita, con culpable descuido de las obras intelectuales.

también de inscribir en la tradición jurídica para resaltar sus logros ⁽¹²⁰⁾; no menos atención deparan las innovaciones legislativas extranjeras, puntualmente expuestas y criticadas. La construcción teórica gravita sobre los tres pilares de la materia penal: el delito, la pena y el delincuente. Tomando como guía esta tripartición, pueden realizarse distinciones esquemáticas entre las diferentes aportaciones de la ciencia penal hispana. Los autores que, por influjo del positivismo, otorgan preferencia a la tipología del delincuente y a los fines de la pena, pueden dividirse entre los que ponen el acento en la *defensa social* y aquellos otros que subrayan el deseable carácter *correcional* de las sanciones. Una vez que este tipo de construcciones ha perdido la compacidad que les confiriese Dorado, lo habitual es que en ellas el principio de legalidad se vea seriamente resentido. Entre los que, situados en esta órbita, apelan a la función defensiva de las penas, destacan Quintiliano Saldaña y Federico Castejón ⁽¹²¹⁾. Por su parte, Asúa recoge el testigo correcionalista de Dorado, pero lo reserva para la sociedad sin clases de un futuro remoto. Junto a quienes resaltan la importancia de la pena y el delincuente, se encuentran aquellos otros autores interesados en desgranar el contenido jurídico del delito. El estudio de las diferentes fases de que se compone, inspirado particularmente en las ideas de Ernst Beling y Edmund Mezger, acoge el arranque de la dogmática jurídica hispana, y constituye el marco científico más adecuado a las exigencias del principio. Sus principales impulsores en este período son Jiménez de Asúa, González López, Rodríguez Muñoz y López Rey ⁽¹²²⁾.

Los autores que se autodenominan *defensistas* aún están parcialmente enclavados en la *episteme* del paradigma anterior. Pese a

⁽¹²⁰⁾ RUIZ FUNES, *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934, con reseña de los términos del restablecimiento de la pena capital por el gobierno conservador, pp. 101-103.

⁽¹²¹⁾ Cuello Calón también entiende la pena como «una medida de defensa social», pero está libre de las concepciones epistemológicas que, según se comprobará, persisten en Saldaña y Castejón. Cf. CUELLO, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, Bosch, 1935 (3ª edición), p. 11.

⁽¹²²⁾ Cf. la descripción de Asúa, más amplia, aunque ordenada de acuerdo a un criterio dispar, en su *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110), «III. 8. La escuela penal española», pp. 409-420. Confiesa aquí su primera adscripción defensiva y su posterior evolución «hacia el sistema protector», p. 410, lo que debe leerse como el tránsito de Saldaña a Dorado como autores inspirativos de su ideario penal.

señalar su superación, esta corriente todavía se encuentra determinada por las divisiones constitutivas de la mentalidad jurídica decimonónica entre materialismo y espiritualismo, determinismo y libre albedrío, orden jurídico y orden moral. La ley sigue siendo concebida como « traducción de una justicia inmanente y eterna », a cuyo cumplimiento debe subordinarse la función punitiva ⁽¹²³⁾. Las cuestiones a ventilar se refieren aún al origen, fundamento y justificación del derecho penal, así como a la idoneidad moral y político-criminal de sus posibles modulaciones. Sus interlocutores continúan siendo la doctrina clásica y el giro positivista, al que ya se repudia por carecer de « valor filosófico » ⁽¹²⁴⁾ y por sus desacertadas conclusiones, pero del que se recoge su fundamental aportación: haber rescatado para el estudio penal « la individualidad delincuente ». El propósito de la teoría de la *defensa social*, y de su homóloga del *pragmatismo penal*, es elaborar un sincretismo superador de la anterior dicotomía aprovechando indicaciones de ambas escuelas. De la visión distorsionada que mantiene del modelo clásico sólo parece recibir un registro descriptivo y reverencial de la legislación, sin ulterior propósito de construcción sistemática, pues la ley no es objeto de ciencia sino producto de autoridad. La principal diferencia que la distingue de la corriente clásica es que si ésta funda « el derecho de castigar » en la necesidad y su límite lo coloca en la justicia, para la defensa social « el fundamento de ese mismo derecho es la justicia, y el límite la necesidad » ⁽¹²⁵⁾. Del positivismo, en cambio, los defensores heredan la dirección marcada a la investigación penal, al basar la fenomenología criminal primordialmente en la legalidad de la naturaleza. Si dicen trascender la aportación positivista no es debido a una separación crítica, sino más bien a que los avances de la biología y la medicina — que ahora apuntan a las « glándulas endocrinas » como factores explicativos de la criminalidad — ya permiten condenar el antecedente lombrosiano por extraviado,

⁽¹²³⁾ Federico CASTEJÓN, *Derecho penal* (cit. n. 78), p. 33.

⁽¹²⁴⁾ Esto es, la falta de apertura a la moralidad y el consiguiente desplazamiento al « Materialismo », en Quintiliano SALDAÑA, *La última fase del positivismo en Italia*, Madrid, Reus, 1935, pp. 13-15.

⁽¹²⁵⁾ CASTEJÓN, *Derecho penal* (cit. n. 78), pp. 12 y 65.

« inútil » y « desdichadamente simplista ». Se continúa entonces en la misma línea que se dice superar ⁽¹²⁶⁾.

El criterio último para la construcción científica es el suministrado por una política criminal cuyo lema es el « combate contra el mal » ⁽¹²⁷⁾. El derecho punitivo, « ciencia práctica » que estudia « realidades » y « verdades útiles para la vida social », « no es otra cosa que *Política penal limitada por normas jurídicas* » ⁽¹²⁸⁾. En un lapsus esclarecedor, Castejón explica el objeto de su asignatura de esta guisa: « la desobediencia a la ley es una ruptura de la normalidad, cuyo restablecimiento intenta la ciencia jurídica, que comúnmente se llama derecho penal y que debía denominarse derecho de defensa y protección sociales » ⁽¹²⁹⁾. Compete entonces a la disciplina cultivar aquellas ramas del saber que optimicen la persecución de los delitos y la utilidad social de las penas, como la penología y la antropología criminal ⁽¹³⁰⁾, para cuyo estudio se fundan institutos donde poder escudriñar la psicología del delincuente ⁽¹³¹⁾. La

⁽¹²⁶⁾ Al querer transformar los tribunales en « laboratorios de investigaciones antropológicas », en SALDAÑA, *Nueva Criminología*, Madrid, Aguilar, 1936 (trad. del francés por Jaime Masaveu), pp. 20-21, y para « las inutilidades científicas » de « la doctrina del *tipo delincuente* », sucedida por la « de las secreciones internas o *Endocrinología* », pp. 224-230, 287 y 291.

⁽¹²⁷⁾ CASTEJÓN, *Datos para una reforma penal: discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1933 a 1934 en la Universidad de Sevilla*, Madrid, Tip. de Archivos, 1934, p. 11.

⁽¹²⁸⁾ Cf. Quintiliano SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España: teoría pragmática del Derecho penal*, Madrid, Calpe, 1923 (trad. del alemán por Jaime Masaveu), p. 69 y p. 21 n. 2, donde dice que la *defensa social* es « doctrina introducida por mí en España, en 1911 ».

⁽¹²⁹⁾ CASTEJÓN, *Derecho penal* (cit. n. 78), p. 3.

⁽¹³⁰⁾ La « ciencia del Derecho penal — afirma Saldaña — es, en primer término, *Penología* », en *Modernas concepciones* (cit. n. 128), p. 66, y al estudio de tal materia dedica su *Nueva Penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, Hernando, 1931. Castejón divide su *Derecho penal* (cit. n. 78) en una primera parte sobre « Criminología » y otra segunda sobre un « Tratado de la pena », pero advirtiendo, para marcar distancias respecto de Saldaña, que el correccionalismo debe reputarse ya un « hermoso e irrealizable sueño », p. 16. Cuello dice impartir en la cátedra barcelonesa, además de derecho penal, « Criminología y Penología »: *Derecho penal* (cit. n. 121), p. 17 n. 3.

⁽¹³¹⁾ CASTEJÓN, *Datos para una reforma* (cit. n. 127), pp. 17-25, adjuntando las fichas para el estudio de delinquentes con que laboraban en el instituto sevillano de criminología, en las que se consignan entradas como estas: « defectos de educación: ocupación de la madre fuera de casa », « inmoralidad del padre », etc.

dogmática jurídica, asunto indigno del estatuto científico, queda relegada a una materia de interés subalterno. Pese a tal actitud, a estos autores — como a sus predecesores decimonónicos — les preocupa sobremanera la reforma de la legislación punitiva, y a inspirarla en principios de « justicia » dedican sus reflexiones. Aquí, en sus propuestas legislativas, es donde mejor se advierte la suerte del principio, no tanto por las menciones usuales a la individualización de la pena, al arbitrio judicial o a la sentencia indeterminada, como por el modelo al que estas figuras jurídicas son transplantadas. En la justicia penal que Castejón diseña, la « averiguación del hecho » se decide rápidamente y de forma inquisitiva por el juez en « decisión irrevocable ». La « comprobación de la responsabilidad », ejecutada con el correspondiente auxilio pericial, conforma el núcleo del procedimiento penal. En ella se observa al delincuente — su « estado mental », su « educación moral e intelectual » — con el fin de precisar su grado de « normalidad » y « peligrosidad » para adecuar la pena a cada caso ⁽¹³²⁾. En efecto, este modelo preventivo, incompatible con el de Dorado, localiza el criterio de punibilidad en el « estado peligroso del individuo », fundamento suficiente para activar la represión penal. Además de sustituir el delito por el peligro, la intención del defensismo, apoyada en « la evolución social », es abolir la pena y colocar en su lugar las medidas de seguridad, más idóneas para « *asegurar la vida colectiva* » ⁽¹³³⁾.

Mientras Saldaña, aludiendo a la antropología, clama por una « *renovación científica* » del derecho penal ⁽¹³⁴⁾, Asúa y su círculo de colaboradores comienzan a elaborar dogmática ⁽¹³⁵⁾, acuñando una

⁽¹³²⁾ Introduce su *Derecho penal* (cit. n. 78), pp. I-VIII, con las bases para la elaboración de un código ideal. Posteriormente sigue detallando las dimensiones de su defensismo, al propugnar la responsabilidad penal de las asociaciones para mitigar « la intensidad del movimiento obrero », pp. 78 y 90.

⁽¹³³⁾ SALDAÑA, *Nueva Criminología* (cit. n. 126), p. 324, y *Nueva Penología* (cit. n. 127), pp. 15 y 39. Según se ha dicho, el influjo correccionalista de Saldaña — quien concibe la pena como castigo, y por eso promueve su supresión —, no informa los planteamientos de Castejón.

⁽¹³⁴⁾ SALDAÑA, *Nueva Criminología* (cit. n. 126), p. 267.

⁽¹³⁵⁾ Sobre Asúa y el nacimiento de la dogmática jurídico-penal en España pueden leerse, en el número de la « RFDC » citado (n. 107), Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, *El Derecho penal en el mundo hispánico antes y después de Jiménez de Asúa*, pp. 263-278; Hans-Heinrich JASCHEK, *El significado de don Luis Jiménez de Asúa en el*

teoría jurídica del delito que, en contraste con la neutralidad de dicho título en Alemania, se declina aquí en un sentido de « fuerte oposición » a la « fórmula de la *defensa social* », mero « trasunto de algo viejo que ya habían visto nuestros teólogos y prácticos » (136). Además de esta consciente confrontación escolar, las razones que explican esta inflexión de la racionalidad jurídico-penal son de variada índole. El primer y fundamental motivo, directamente vinculado a la vida histórica del principio, lo esgrime quien se halla más sensibilizado con la trascendencia científica de las cuestiones políticas. Para Asúa, mientras no se logre una completa transformación del modelo social, y « la pena deje de ser pena », las propuestas positivistas, nacidas para ensanchar las libertades, están condenadas a servir a la defensa de clase. Colocada la esperanza socialista en el porvenir, la garantía de los derechos en el régimen liberal — « único que evita las arbitrariedades y las dictaduras » — impone al derecho penal una vuelta al clasicismo. Si en el sistema burgués la protección de la libertad se cifra en la ley, lo ética y científicamente precedente es entonces acometer el estudio de la técnica jurídica (137).

Concurren asimismo planteamientos de índole epistemológica, internos al propio desenvolvimiento de la ciencia jurídica, según los cuales lo producido décadas atrás en el ámbito jurídico-penal hispano se limita, o bien a una literatura practicona, limitada a parafrasear las leyes en vigor, o bien a obras sociológicas, biológicas y psicológicas, las cuales, en la mayoría de los casos, no superan el rango de *ideología científica* (138). Como también sucede en otras

desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito, pp. 397-407; Antón ONEGA, *La obra penalista de Jiménez de Asúa*, en « ADP » 23 (1970), pp. 547-555; y, últimamente, Enrique BACIGALUPO, *La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (o el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana)*, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (1931), Madrid, Dykinson, 2005, pp. V-XXXVI.

(136) Según las iluminantes palabras de LÓPEZ REY, *¿Nueva crisis del Derecho penal?*, en « RGLJ » 164 (1934), 155-165, pp. 160-161 y 164.

(137) ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), pp. 22-24.

(138) Empleando la útil categoría de Georges CANGUILHEM, *¿Qué es una ideología científica?*, en *Ideología y racionalidad en la historia de las ciencias de la vida* (1988), Buenos Aires, Amorrortu, pp. 43-59. Comento la opinión de LÓPEZ REY, *Concepto, método, fuentes y programas de Derecho penal*, 1935, pp. 17-18 y 28, memoria de cátedra depositada en el expediente de su oposición en el Archivo General de la Administración — AGA, en adelante —, (Sección Educación) sig. 32/13528.

especialidades ⁽¹³⁹⁾, el derecho penal naciente considera impropio inquirirse acerca de espinosas cuestiones como el libre albedrío o el origen y fundamento de la función punitiva, pues son técnicamente irresolubles y le harían recaer en la metafísica, la moral o la religión ⁽¹⁴⁰⁾. Rehuye igualmente por su acientificidad las fundaciones « ambiciosas » e « hiperbólicas » del saber jurídico ⁽¹⁴¹⁾, ya provengan de la teología o de la sociología, y renuncia también a agotarse, como antes sucedía, en la política criminal, ahora representada como un « arte legislativo » desprovisto de la organicidad propia del saber científico ⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, si se intenta huir a toda costa de envolventes legitimaciones naturalistas o idealistas, también quiere evitarse la deriva del formalismo vacuo. Reproduciendo una constante de la mentalidad jurídica hispana del período ⁽¹⁴³⁾, la nueva dogmática concibe el derecho como un orden de cultura cristalizado en leyes, pero abierto también al universo de los valores, al cumplimiento de fines humanos por parte de la comunidad política y, por lo tanto, irreductible a un tratamiento « lógico-abstracto ». Colo-

⁽¹³⁹⁾ El mismo proceso experimenta, en efecto, el derecho político, que, renunciando a interrogarse sobre los orígenes y fundamentos de la sociedad y el Estado, supera la anterior tradición sociológica y se vuelca en la realización de técnica jurídica. Cf. Nicolás PÉREZ SERRANO, *Estudio acerca del concepto, método, fuentes y programas del Derecho político español comparado con el extranjero* (1932), en *Escritos de Derecho político I*, Madrid, IEAL, 1984, pp. 13-64.

⁽¹⁴⁰⁾ ASÚA, *Teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 31; LÓPEZ REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), p. 19. Cuello, que participa igualmente de este positivismo jurídico, también quiere secularizar la disciplina: el « problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del derecho penal », en *Derecho penal* (cit. n. 121), p. 311.

⁽¹⁴¹⁾ ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 24.

⁽¹⁴²⁾ LÓPEZ REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), pp. 52-54.

⁽¹⁴³⁾ A saber: si en el derecho público europeo de entreguerras circulan un modelo formalista (Kelsen, Merkl, Verdross) y otro positivista (Duguit, Scelle, Jèze), también puede aislarse otro modelo más, inconfundible con el también extendido pluralismo jurídico, y que concibe dialécticamente las relaciones entre la realidad social y la normatividad jurídica. A esta corriente, aportando acaso la novedad de incluir las normas jurídicas en el ámbito de la *realidad* y reservando el plano normativo a los *valores* éticos, se suma la nueva generación de publicistas españoles. Para el derecho político, disciplina de la que hasta ahora me he ocupado, pueden recordarse dos influyentes autores que inspiran este enfoque dialéctico: Hermann HELLER, *Teoría del Estado* (1934), México, Fondo de Cultura Económica, 1985, y Dietrich SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, Schulthess, 1932.

cado el derecho penal entre la realidad cultural de las normas jurídicas y las prescripciones teleológicas de los valores, el principal riesgo para su autonomía es que degenera en una « construcción lógica de los conceptos jurídico-penales », o bien en una « Filosofía » de los valores. Para conjurar este peligro, el penalista debe servirse de una comprensión dialéctica del binomio *realidad/valor*, extremos inescindibles e imbricados, tan sólo separables por el análisis conceptual. Adoptado este « método jurídico » se salva al jurista de una subordinación absoluta al dictado del legislador, a quien, además de objeciones técnicas, puede oponer fundados reparos éticos ⁽¹⁴⁴⁾. Por otra parte, al pretender un entendimiento sistemático y de proyección universal del derecho penal que perfeccione técnicamente la función punitiva del Estado liberal, la dogmática jurídico-penal no es meramente una descripción sumisa de la voluntad legislativa nacional, sino la ordenación conceptual de una fase necesaria del proceso socio-político, lo cual explica su vocación comparatista y su misión de auxiliar, integrar y acreditar (o desacreditar) técnicamente lo legislado ⁽¹⁴⁵⁾.

Se trata ante todo de no fundar la racionalidad jurídica en trascendencias morales o inmanencias naturales, pero mientras que la inspiración metafísica se proscribía por completo, el intrusismo naturalista sólo se aparta, por ajurídico, del campo del derecho penal, para ubicarlo en el ámbito contiguo y autónomo del saber

⁽¹⁴⁴⁾ El principal mantenedor de esta visión dialéctica, que marca distancias entre el llamado entonces *método jurídico* y la dogmática sumida en el ordenamiento nacional vigente, es López REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), pp. 16 n. 1, 24-25, 32-37 y 57-63. González López, miembro del tribunal que valoró los méritos de López Rey en su oposición a cátedra, decía « coincidir plenamente » con este enfoque, que, a su juicio, combina la independencia del derecho penal respecto de « las ciencias penales no jurídicas » con « la conveniencia de dotarle de un profundo y vivo sentido filosófico », testimonio incluido en el expediente citado (n. 138). ASÚA, en su *Manual de Derecho penal* (cit. 110), pp. 19 n. 1 y 20 n. 1, ya nos desvela que es Erik Wolf quien inspira este método en el campo penal, susceptible de las más opuestas apropiaciones, según veremos.

⁽¹⁴⁵⁾ « La Ciencia decide a su vez sobre la política al mostrar a ella solo aquello dentro de lo cual ésta puede elegir », afirma López REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), p. 55. En efecto, al preocuparse este enfoque de los fines de la legislación penal, e imponer a ésta exigencias técnicas, se relativiza la pretendida separación neta entre el derecho penal y la política criminal que se tomaba como punto de partida.

criminológico. Frente a la pasada voracidad positivista, que pretendía englobar el derecho penal en la sociología criminal, se opera ahora una diferenciación estricta entre ambas disciplinas, presentada como el principal progreso cognitivo del momento ⁽¹⁴⁶⁾ y de la que se aguardan beneficios recíprocos, especialmente para el derecho penal, que, aplicando el *método positivo*, tendrá mejor conocimiento de las « realidades sociales » y, gracias al empleo del *método jurídico*, se verá depurado de injerencias ajenas al derecho ⁽¹⁴⁷⁾, lo cual le prepara para instruir a juristas técnicos ⁽¹⁴⁸⁾.

Acontece así también en España el tránsito hacia la *civilística penal* ⁽¹⁴⁹⁾, con la particularidad de que son precisamente los más destacados miembros de la comprometida *penalística civil* los responsables de su génesis y desarrollo, singularidad que acaso explique la importancia por ellos otorgada al contenido ético-humanista del derecho. Para que dicha transformación suceda, la curiosidad del penalista ha debido abandonar la controversia italiana de *fin de siècle*, estimada ya de índole exclusivamente político criminal, y fijarse en el ejemplo alemán, donde « el progreso técnico-jurídico no se detuvo ». Modernizada la Universidad y ampliado el horizonte cultural tras dos décadas de pensiones de estudio en el extranjero, el derecho penal se halla en condiciones de repudiar los desafueros del positivismo y regresar por fin, de la mano de los juristas alemanes, al

⁽¹⁴⁶⁾ De tal separación, en cuanto conquista innegociable, parten ahora ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 20 y 23, y sus discípulos: vid. González LÓPEZ, *Memoria pedagógica*, 1931, pp. 13 y 25, depositada en el expediente de su oposición a cátedra en caja AGA 32/13383; López REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. 138), pp. 27 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Juego de métodos propuesto por González LÓPEZ, *Memoria pedagógica* (cit. n. 146), pp. 25-27.

⁽¹⁴⁸⁾ Debe mencionarse aquí la naciente literatura de casos prácticos: ASÚA, Rodríguez MUÑOZ y Tomás CARDO CRESPO, *Casos de Derecho penal para uso de los estudiantes*, Madrid, Victoriano Suárez, 1935, 3ª edición.

⁽¹⁴⁹⁾ En expresión de SBRICCOLI, *La penalística civile* (cit. n. 91), pp. 217-225. Se realiza así, veinte años después, una operación similar a la contracción metodológica propuesta por Arturo Rocco en 1910, con las peculiaridades de la inspiración germana, grávida de filosofía, y de la motivación política democrática. En efecto, Asúa basa esta preferencia por la dogmática alemana en relación « al tecnicismo jurista de los modernos italianos » en la fundamental mediación filosófica que en aquella concurre, en *Manual de Derecho penal* (cit. 110), pp. 358 y 417.

«cauce jurídico». Sin embargo, sumada la disciplina hispana a la dogmática jurídica — «único auténtico camino que puede y debe seguir el Derecho penal» —, contempla ahora cómo su principal mentor, Edmund Mezger, sucumbiendo al triunfo nacionalsocialista, degrada nuevamente la ciencia penal a la condición de política criminal al servicio del poder, al traer conceptos como el de raza o pueblo a un terreno donde sólo debieran «ventilarse problemas de técnica jurídica». Por consiguiente, si este «*nuevo Derecho penal*» — expresión de «atavismo jurídico, sin justificación ni técnica de ninguna clase» — llegase a predominar, la tendencia dogmática española iniciada por Asúa habría de acometer la «importante misión» de suceder a la escuela alemana y proseguir en solitario en la tarea de construir «una concepción estrictamente jurídica del Derecho penal» ⁽¹⁵⁰⁾.

Esta abocetada transición de paradigmas no puede dejar indiferente el tratamiento teórico del principio de legalidad. La morfología de su enunciación, robustecida en virtud de la prioridad recobrada por el derecho positivo, se adapta al desmembramiento analítico del delito. Ya desde la misma definición genérica de éste se prescinde, por su vaguedad metafísica, de la idea del orden quebrantado por la acción criminal, convenientemente sustituida por la noción moderna de «conducta típica, antijurídica y culpable». Contigua al ordenamiento, la fase de la *tipicidad* marca los límites de la nueva disciplina, sirve para enlazar en un sistema coherente la parte general y la especial, y expresa con terminología técnica el mismo espíritu que animase al principio de legalidad. Por su proximidad al mundo de los valores, el ulterior momento de la *antijuricidad* constituye la fase en que la vigencia del axioma pudiera tornarse quebradiza. Sin embargo, una vez excluida la concepción dualista que opone la naturaleza de las cosas al ordenamiento legislativo, las diferentes formulaciones que recibe el elemento *injusto* del delito, junto a la pluralidad interior de esta dogmática

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. LÓPEZ REY, *¿Nueva crisis del Derecho penal?* (cit. 136), pp. 155-157 y 164. Vid., también, ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), p. 27, y *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110): «Si la reforma nacionalsocialista triunfa, la técnica penal alemana ha muerto», p. 382.

jurídica, nos muestran el grado de supremacía del principio sobre cualquier otro orden valorativo.

La modulación más legalista, derivada de una *concepción imperativa* del derecho, y a la que aguarda un destino victorioso, la encarna Cuello Calón, para quien todo el problema de la antijuricidad se resuelve en afirmar que « un hecho será antijurídico cuando se halle penado por la ley y no concurren causas de justificación ». Estratégicamente, Cuello no deduce la identificación absoluta entre lo injusto y lo típico de una noción autoritaria del Estado, sino que la presenta como uno de los corolarios del *nullum crimen sine lege*, al que debería adjuntarse la fórmula correlativa de « *no hay juricidad penal sin ley penal* » ⁽¹⁵¹⁾. Proclamándose seguidor de Max Ernst Mayer, y colocando la reflexión penal en casos excepcionales dignos de atención, Asúa representa una salida abierta a un tipo específico de normatividad extrajurídica, socialmente producida y que desemboca institucionalmente en el discernimiento judicial. Admitida la remisión al tipo legal y a las causas de justificación como regla general, la resolución de los raros casos no previstos en las leyes hace indispensable acudir a otro orden normativo, inconfundible con el « trasnochado » dualismo iusnaturalista, y al que se atribuyen la solidez y vigencia necesarias para motivar las decisiones judiciales. Apela de esta forma Asúa a un orden objetivo de « cultura », compuesto de normas sociales generalmente admitidas y reconocido como patrimonio insustituible de la comunidad política. Al fundamentar en él la antijuricidad, su intención no es corroer las garantías jurídicas, sino preservar la justicia en los extremos en que la rigidez legislativa pudiera comprometerla, de ahí que sostenga la idoneidad de una definición legal flexible de las causas de justificación ⁽¹⁵²⁾,

⁽¹⁵¹⁾ CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (cit. n. 121), pp. 300-304. Apunto una curiosidad: hay en estos años un dispar empleo del término que define lo injusto, denominado *antijuricidad* por los autores conservadores y *antijuricidad* por Asúa y sus discípulos, que esgrimen razones de economía lingüística.

⁽¹⁵²⁾ Invoca en su defensa su experiencia forense y el elocuente ejemplo del fallecimiento de un futbolista en el terreno de juego, en *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), pp. 68-82.

que permitiría al juez evitar el castigo cuando así lo aconsejasen los principios éticos más elementales ⁽¹⁵³⁾.

En un término medio, sin salir del derecho positivo, pero sin restringir éste al articulado escrito de las leyes, se coloca González López, cuyo planteamiento se presenta como una aplicación rigurosa del método jurídico. Para zanjar la cuestión de si la « acción criminal » se tipifica de acuerdo a « un criterio valorativo previamente existente », y hacerlo basando la antijuricidad « sólo en el Derecho positivo », deben evitarse, a juicio de González López, dos interpretaciones del ordenamiento igualmente simplistas, y habitualmente emparejadas. La primera, al reducir el derecho positivo a las leyes, y concebir éstas según la supuesta literalidad unívoca de sus « términos verbales », sustrae al derecho todo su contenido normativo. La segunda, acusando de formalismo a la noción jurídica de lo injusto, busca atributos materiales en órdenes trascendentes, en un ideológico enmascaramiento de convicciones subjetivas que, parapetadas tras los sonoros nombres de « Religión » o « Derecho natural », pretenden imponer su criterio a las « leyes objetivas » con la creación de « delitos eternos ». Contra estas dos tendencias, González López esgrime una *concepción normativa del derecho*, de más amplio espectro que la concepción puramente *imperativa*, según la cual el derecho se conforma exclusivamente de mandatos y prohibiciones. Compuesto entonces el ordenamiento de leyes polisémicas, costumbres variables, prácticas jurídicas, jurisprudencia y principios inspiradores e integradores del conjunto, el derecho pasa a constituir una ordenación normativa completa, « y posiblemente perfecta », de la convivencia, que desempeña una « función protectora de la vida social » y de la cual puede extraerse « la *medida* del valor antijurídico », sin necesidad de recurrir a otro tipo de ordenaciones imprecisas, como las normas de cultura defendidas por Asúa, y salvándose con ello el « valor de *seguridad* » que sólo puede proporcionar la objetividad del derecho positivo ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵³⁾ Y a tal asunto dedica su tesis Antón ONECA, *El perdón judicial*, Madrid, Tip. de Archivos, 1922.

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. GONZÁLEZ LÓPEZ, *La antijuricidad* (cit. n. 118), pp. 17-67. Importa subrayar que, formando parte ya del patrimonio intelectual y, por lo tanto, sin citación expresa, están aquí presentes las tesis de Dorado contra los delitos naturales, preparatorias, según se dijo, de las concepciones modernas.

En el interior de esta disección matemática del delito se aloja, pues, la nueva y compleja formulación de la legalidad. En el análisis dogmático se hacen posibles, en efecto, desde su mantenimiento reflexivo hasta la apertura de ¿nuevas? líneas de fuga, como la perfectamente concebible absorción de la tipicidad en la antijuricidad, aplicada por algunos de los jóvenes penalistas ⁽¹⁵⁵⁾. En efecto, la única negación reflexiva ⁽¹⁵⁶⁾ del principio en estos años — que viene suscrita por López Rey —, debe localizarse en el seno de la comprensión teórica del delito, e interpretarse como una revalorización de lo injusto en detrimento de una tipicidad restringida a simple descripción lingüística del hecho punible meramente orientadora de la función judicial. El esquema argumental que sigue López Rey reproduce las pautas del razonamiento del « ilustrado insatisfecho » ⁽¹⁵⁷⁾, que, comprobando la fragilidad intrínseca de la tipificación legal, de la subsunción judicial y de la soberanía popular, acaba por negarles cualquier valor sustancial y reducirlos a elementos accesorios de la función penal. Se pregunta así López Rey si la ley « previó en todo momento aquello que debía estimarse delictivo », y de la respuesta negativa infiere el « más rotundo fracaso del principio »; el pretendido automatismo de la función jurisdiccional le parece igualmente desmentido porque « hay fallos de nuestro Tri-

⁽¹⁵⁵⁾ Siguiendo el ejemplo de Mezger, y su célebre fórmula del « injusto típico », que comprende el derecho como « normas objetivas de valoración », define el tipo como « el injusto descrito concretamente por la ley » y concibe la antijuricidad de forma trascendente y unitaria, en *Tratado de Derecho penal* I (cit. n. 117), pp. 279-287 y 297-313. Aunque sin la profusión de López Rey, seguidamente esbozada, a esta línea también se adhieren Rodríguez MUÑOZ, *Problemas de la teoría del delito. Valor funcional de la tipicidad*, en « RDP » I (1932), 150-171 y, trayendo la antijuricidad al iusnaturalismo escolástico, José GUALLART LÓPEZ, *La antijuricidad como elemento del delito*, en « Universidad », VII (1931), 601-633.

⁽¹⁵⁶⁾ Única, si exceptuamos corrientes que ahora arrancan, pero que están llamadas a consolidarse en la posguerra, y que serán tratadas posteriormente. Según se verá, también estas propuestas se originan en el interior de la teoría jurídica del delito. Me refiero a la tesis sobre el derecho penal nacionalsocialista de Juan DEL ROSAL, *El concepto de delito en el nuevo Derecho penal alemán*, Madrid, 1935, ejemplar inédito depositado en la unidad de tesis doctorales de la biblioteca de la universidad complutense, sig. T. 2678.

⁽¹⁵⁷⁾ Forma de razonar que, apuntada por Karl Popper, denuncia sus consecuencias jurídico-penales FERRAJOLI, *Diritto e ragione* (cit. n. 25), p. 37.

bunal Supremo para todos los gustos dentro de un mismo artículo del Código penal»; y, en fin, las debilidades del parlamentarismo — trágicamente destacadas en este tiempo — hacen de la « voluntad del pueblo » una « auténtica ficción », lo que impide investir al legislador de una representatividad de la que carecerían los jueces, los cuales, por el contrario, debido a su « mayor solvencia científica », quizá se encuentren mejor preparados para interpretar las necesidades sociales que las iletradas asambleas populares. Oponiendo la seguridad colectiva y los fines de la comunidad al « fetichismo » de la ley, López Rey formula así una cuidada contestación a la vigencia del principio, en la que encuentran cabida la admisión de la costumbre, el reconocimiento de la analogía y la interpretación extensiva y, finalmente, el arbitrio judicial, constantemente vetado por las imposiciones del principio para castigar « conductas antijurídicas dignas de sanción penal ».

De esta forma, quien afirma que las ideas de Dorado Montero perecieron « enseguida » por falta de continuadores ⁽¹⁵⁸⁾, reproduce en su ataque a la legalidad cada uno de los argumentos del maestro salmantino, si bien pertrechado ahora de una denominada « teoría de los valores », derecho natural socializado que concibe la legislación criminal como la traducción normativa realizada por un órgano estatal de principios morales configurados previamente en la colectividad ⁽¹⁵⁹⁾. La descripción legal de la conducta punible pasa a ser entonces el parcial e incompleto reflejo jurídico de un orden axiológico unitario que sobrepasa el estrecho marco del código, al cual ha de referirse el mismo juez cotidianamente en los autos de procesamiento que, en cumplimiento de la ley procesal decimonó-

⁽¹⁵⁸⁾ LÓPEZ REY, *¿Nueva crisis en el Derecho penal?* (cit. n. 136), p. 163. Tan presente está Dorado en estas reflexiones, que el derecho natural aquí mantenido es también histórico, mudable y vinculado a las necesidades sociales reales.

⁽¹⁵⁹⁾ Para todo lo indicado hasta ahora, cf. LÓPEZ REY, *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), pp. 67-105, donde anuncia la pronta terminación de un texto « titulado *Fuentes del Derecho penal* », nunca publicado, p. 73 n. 2. Debe subrayarse entonces una tensión argumental interior al sistema del autor, pues él mismo comete la imprudencia de la que alertaba al exponer el método jurídico, a saber, otorgar preeminencia a los valores sobre la realidad de las normas y deslizarse hasta el universo etéreo del derecho natural. Y ello por no abundar en otras contradicciones palmarias: « A nuestro juicio, sólo la ley debe ser fuente del Derecho penal », decía en *La reforma del Código penal* (cit. n. 101), p. 47.

nica vigente, debe promover cuando detecte « algún indicio racional de criminalidad ». Efectivamente, con un raro y fino sentido historiográfico, López Rey sostiene que el enjuiciamiento criminal hispano, diseñado en un período de abolengo iusnaturalista, atribuye continuamente al juez de instrucción la competencia para enjuiciar la antijuricidad y la culpabilidad, lo que corrobora la tesis « moderna » que arma sobre estos dos elementos la « concepción jurídica del delito », mientras que a la tipicidad reserva sólo « una función determinativa de la antijuricidad » ⁽¹⁶⁰⁾. El resultado final de la argumentación, avalado por la crisis parlamentaria permanente, consiste en un desplazamiento del derecho penal desde el estéril monopolio del legislador hasta la función judicial. Relanzada ésta con la separación entre las jurisdicciones criminal y civil, y facilitada al juez penal una consistente formación jurídica y criminológica, se espera finalmente de ella una protección de « las garantías individuales » similar a la lograda en Inglaterra. « Incapaz por sí sólo de proveer a una adecuada función jurídico social del Derecho penal », el principio de legalidad, convenientemente revisado, « debe conservarse », pues ya destronado de su actual condición axiomática y acomodado a « una concepción realista del Derecho penal » ⁽¹⁶¹⁾, presta el fundamental servicio de precisar cuándo tiene lugar una lesión del ordenamiento.

Esta dura acometida al principio, en cambio, en nada desvirtúa el hecho — apuntado por el mismo López Rey — de que la técnica jurídica nace en España precisamente en confrontación con la teoría defensiva, donde el principio apenas goza de una precaria supervivencia. Además, este desprecio de la tipicidad obtiene réplica veloz. Así, defendiendo su importancia autónoma dentro de la noción global del delito, objeta a López Rey que, al desustanciarla, agota el proceso penal en la fase de instrucción ⁽¹⁶²⁾. Cuello — quien, considerándolos razonablemente equiparados, excluye el examen de la relación entre los valores y la ley —, recuerda que, aun siendo la

⁽¹⁶⁰⁾ LÓPEZ REY, *El valor procesal de la llamada tipicidad (Valor y contenido del auto de procesamiento)*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934, pp. 7 y 17-23. De 1882 era la regulación del proceso penal.

⁽¹⁶¹⁾ LÓPEZ REY, *Concepto, método y fuentes* (cit. n. 138), pp. 90-93 y 104.

⁽¹⁶²⁾ Esa es la concisa opinión que le mereció la obrita de su discípulo, recogida en el expediente de oposición a cátedra de López Rey ya citado (n. 138).

tipicidad mera manifestación exterior de lo antijurídico, en nada desmedra esto su relevancia si es « ¡la que abre las puertas de la cárcel! » (163). Mas, pese al marcado interés y vigor intelectual de este álgebra jurídico de la teoría del delito, la opinión que a los penalistas hispanos merece la vigencia y oportunidad del *nullum crimen* se torna mucho más transparente cuando abordan, con ánimo descriptivo y reformador, el momento de revisión del orden penal que atraviesa Occidente. De una somera aproximación a las valoraciones suscitadas por las experiencias penales autoritarias, y por los proyectos de reforma sobre defensa y peligrosidad sociales ensayados en regímenes democráticos, pueden, en efecto, columbrarse los diferentes modos en que el principio fue enunciado durante el período republicano.

La actitud de Cuello y Saldaña ante los modelos punitivos de las diferentes dictaduras es esclarecedora a este respecto. Las innovaciones italiana, rusa y alemana participan de un mismo recrudescimiento de la defensa represiva del Estado, lo que las hace acreedoras de una tacha unánime de brutalidad y atavismo. Al plantearse los sistemas autoritarios la preservación de la colectividad, surge en ambos autores la necesidad de diferenciar este tipo de salvaguardia penal de la organización política de aquella otra que, con fines legítimos, se propaga en la teoría penal hispana bajo el nombre de defensa social. Con su habitual trazo grueso, a Cuello le parecen ambas perfectamente distinguibles, pues una cosa es la defensa de la sociedad y otra muy distinta la del Estado (164). Con planteamientos más profundos, Saldaña cree que este predominio agudizado de lo social en la legislación punitiva responde a una politización de la ley penal, lo que dudosamente autoriza la usual denominación de « derecho penal autoritario », ya que nos encontramos más bien ante un uso institucionalizado de la fuerza carente de la autolimitación que procuran las normas jurídicas. Esta forma « neobárbara » de gestionar el castigo en beneficio del « régimen imperante », este « *Derecho penal sin ley* » — definible acaso, en virtud de aquella preponderancia del « principio social », con el tipo abstracto de

(163) CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (cit. n. 121), p. 303 n. 7.

(164) Cf. CUELLO CALÓN, *El Derecho penal de las Dictaduras*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 103.

Derecho penal socialista — procede, en efecto, de una manera harto diversa a la postulada por el defensismo, que persigue el perfeccionamiento de la comunidad ateniéndose a las garantías de la legalidad ⁽¹⁶⁵⁾. Es así la presencia del principio, y de sus consecuencias adyacentes, lo que traza la divisoria entre unos regímenes y otros, pues mientras que el ejemplo ruso anula todas las garantías erigiendo « un derecho penal de clase » donde la analogía, la retroactividad y el arbitrio judicial encuentran ancho hueco, y el modelo alemán hace lo propio con su régimen racista que sustituye la ley por la « convicción jurídica del pueblo », el sistema italiano, pese al empleo inicial de leyes especiales de carácter político, consagra en su código « el espíritu individualista de garantía y protección del ciudadano » ⁽¹⁶⁶⁾, al igual que hiciera el código primorriverista, único en Europa que se atrevió a prohibir expresamente la interpretación extensiva y la analogía ⁽¹⁶⁷⁾. En conclusión, a juicio de Saldaña y Cuello, el cumplimiento formal de la legalidad por parte de ambas dictaduras las distingue y prestigia respecto de las legislaciones soviética y nazi.

Inscrita su concepción penal en el genérico relato socialista, el horizonte al que Asúa apunta siempre es el de la abolición de las penas en una organización política sin clases, lo que le lleva a reprender severamente lo que estorba a este progreso inexorable y encomiar todo lo que le preste impulso. Razonando de este modo, Asúa coloca en la cima del exceso autoritario al sistema punitivo nacionalsocialista, « tremendo disparate » aborrecible, más que por la ausencia del principio, por su « innecesaria y torpe cruel-

⁽¹⁶⁵⁾ SALDAÑA, *El Derecho penal socialista y el Congreso penitenciario de Berlín*, Madrid, Reus, 1936, pp. 14-18 y 21-24. Pasado el régimen militar de Primo, recuerda ahora Saldaña haber advertido desde hace tiempo que la defensa social deviene « arma peligrosa en manos de gobernantes obtusos o dictadores brutales » en su *Defensa social y perfección social*, Madrid, Imp. Colonial, 1916.

⁽¹⁶⁶⁾ Para Cuello, efectivamente, el código Rocco se basa en « los postulados más puros de la escuela clásica, postulados que, bien sabido es, están inspirados en el espíritu individualista, liberal, protector y garantizador de los derechos del individuo contra posibles abusos del poder judicial », en *El Derecho penal de las Dictaduras* (cit. n. 164), p. 57, y, para lo antedicho, pp. 24-35 (Rusia), 49-57 (Italia), y 64-93 (Alemania).

⁽¹⁶⁷⁾ Según recordaba Saldaña, aludiendo al art. 2 del código de 1928, en *El Derecho penal socialista* (cit. n. 165), p. 21.

dad » (168). El caso italiano, nacido para « impedir que se troquele el mundo en otros moldes », no le resulta menos repudiable, tanto por sus primeras leyes especiales como por el resultante, y no menos fascista, código de 1930. Al no basar su crítica en el grado de virtualidad alcanzado por el *nullum crimen*, el implacable reproche de Asúa se dirige a las consecuencias penales del rumbo político tomado por Italia, cuyos designios harán perecer irremediabilmente las valiosas apuestas del positivismo, certeza que agrava aún más la bochornosa claudicación del — otrora socialista — Enrico Ferri ante el Duce (169). Por el contrario, el ejemplo ruso, una vez adoptada la prevención de separar la despreciable policía política de la jurisdicción penal ordinaria, y calmado ya el rencor revolucionario que animaba el código de 1922, le parece a Asúa digno de elogio en la medida en que plasma por primera vez en derecho positivo las aspiraciones positivistas, tanto « el fecundo criterio del estado peligroso » y la concesión al juez de « gran arbitrio », como las medidas de carácter preventivo y correccional, aboliendo definitivamente el « sistema expiatorio ». Las dos críticas habituales al código soviético de 1926, ambas basadas en el incumplimiento del principio, le parecen hipócritas e infundadas, pues olvidan que también « son ‘de clase’ los preceptos del derecho reinante en Europa y América », y confunden la analogía con la arbitrariedad, extremos perfectamente distinguibles, según demuestra el hecho de que, según la ley soviética, « en la incriminación por analogía el Juez *deba* indicar el artículo del Código » en que apoya su motivación, lo que excluye « la analogía clandestina bajo forma de interpretación » tan habitual en la jurisprudencia burguesa (170).

(168) ASÚA, *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110), pp. 377-382.

(169) *Ibid.*, pp. 376-377. Tal disconformidad con la actitud del maestro positivista provocó una sonada ruptura de relaciones, contenida en un breve intercambio epistolar aireado en el verano de 1927 en el diario argentino *La Prensa*, donde Asúa, perseguido en ese tiempo en España por « un sistema próximo al fascismo », reprende a Ferri por « doblar la osamenta », en nombre de los positivistas, ante Mussolini, y hacer pasar por acorde a la escuela positiva la propuesta clásica de Rocco. Vid. ASÚA, *Política. Figuras. Paisajes*, Madrid, Historia Nueva, 1927, pp. 91-111.

(170) Cf. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, M. GRODSINSKY, José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, M. FIGUEROA ROMÁN, *La vida penal en Rusia*, Madrid, Reus, 1931, pp. 32, 42-47, 82-83 y 87-89.

Si Asúa subordina las garantías jurídicas a la consecución de un sistema preventivo y correccionalista porque confía en la justicia del socialismo, Ruiz Funes otorga también prioridad a este modelo penal si trata de conquistarse a través de procedimientos democráticos y con las prevenciones convenientes. La cautela política estriba en no poner en manos de regímenes autocráticos leyes de defensa social que regulen el estado peligroso, ya sea previo o posterior al delito, porque de obrar así degenerarían inevitablemente en un instrumento de persecución política y, por tanto, serían « una invitación hecha a todos los hombres liberales y honrados para que emigraran ». La precaución jurídico-penal consiste en abandonar por completo « los criterios clásicos de punición », instaurar tratamientos de reintegración social, habilitar cultural y científicamente a los magistrados encargados de prescribirlos y acondicionar « establecimientos médicos y pedagógicos » donde sean aplicados. Partiendo de estas premisas, a Ruiz Funes, demócrata liberal, le parece perfectamente legítima la imputación jurisdiccional de « peligrosidad social » a — y la adopción de las medidas consecuentes contra — aquellos sujetos que, aun sin haber delinquido, amenacen la pacífica existencia colectiva, porque la sociedad tiene derecho a prevenirse frente a los posibles ataques de « la fauna de los malvivientes »⁽¹⁷¹⁾.

Vigencia de un Estado democrático, factibilidad futura de un sistema socialista y aspiración político-criminal de tipo correccionalista, he aquí los presupuestos políticos y científicos de la mayor conculcación legislativa de las garantías penales realizada bajo la República: la ley de vagos y maleantes de 1933, norma punitiva aplicada para casos de peligro sin delito cuyo diseño técnico se debe a Ruiz Funes y a Jiménez de Asúa. Ya ha sido dicho que esta norma se adoptó con el fin de amortiguar el efecto de dos amnistías consecutivas aprobadas tras la llegada de la República y que excarcelaron a numerosos delincuentes profesionales. También se ha recordado justamente que la intervención de ambos penalistas con-

(171) Ruiz FUNES, *Tres experiencias democráticas de legislación penal*, Madrid, Morata, 1931, texto que aborda proyectos y reformas sobre peligrosidad social y defensa colectiva en Argentina, Chile y Bélgica. Vid. pp. 13, 18, 48 y 101, donde alude a « los peligrosos endógenos » de raíz biológica después mencionados.

virtió un catálogo de delitos y penas elaborado por políticos en una enumeración técnica de estados de peligro y medidas de seguridad ⁽¹⁷²⁾. Creo que a su producción concurren también otros factores, como la persistente confianza en la objetividad del saber científico, capacitado para diagnosticar « estados peligrosos endógenos » de carácter biológico; la compartida creencia en la posibilidad de erradicar todo tipo de conflictividad con medios terapéuticos y pedagógicos, muy viva pese a — o quizá a causa de — la honda fractura que escindía la sociedad; y la ya aludida constitución moral de la pequeña burguesía, de donde provienen la mayoría de políticos y profesores, y para la cual estos sectores sociales marginales representaban una presencia inquietante para su seguridad, e incluso un colectivo ajeno parcialmente a los atributos — hipotéticamente universales — de la humanidad, lo que explica la facilidad con que se deslizan en las obras penales juicios acerca de la condición moral de los alcohólicos y demás pobladores del *lumpen* del juego, la prostitución y la mendicidad.

Según se ha indicado, junto a estos factores ambientales, aparecen otros, quizá de mayor importancia, referidos a la coincidente filosofía penal de ambos autores. La prospectiva político-criminal de Asúa y Ruiz Funes prosigue la senda correccionalista de Dorado, y sólo estima requisito indispensable para su gradual implantación la existencia de un Estado democrático de derecho, concebido no al modo actual, sino según los parámetros del estatismo liberal, esto es: como institución representativa de la *voluntad nacional* y garantizadora de los derechos a través de la *autolimitación* de su soberanía. La opinión de Asúa incluye además la condición del advenimiento del socialismo, pero no desdeña los avances conquistados al amparo de la democracia liberal. Si la llegada de la República supone « establecer un Estado sobre normas de Derecho » ⁽¹⁷³⁾, y si en ella encuentra además cabida la esperanza del socialismo reformista, del cual participa Asúa, el marco político se hace propicio

⁽¹⁷²⁾ Apuntes que tienen el valor de estar realizados por un testigo de aquel tiempo: cf. Antón ONECA, *El derecho penal de la posguerra*, en VVAA, *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, 161-174, p. 172, y *La obra penalista de Jiménez de Asúa* (cit. n. 135), p. 550.

⁽¹⁷³⁾ Según decía ASÚA en *La vida penal en Rusia* (cit. n. 170), p. 6.

para sancionar esta ley « defensiva y biológica »; y se torna aún más favorable si ambos autores, todavía imbuidos del optimismo progresista, creen que España está ya a salvo de reacciones autoritarias. Aun sin olvidar que su mediación técnica adecentó una ley política « de mero orden público » que, de cualquier modo, se hubiese aprobado, las circunstancias antedichas, y el que justificasen la ley por su « incalculable eficacia científica » (174), permiten lanzar un reproche retrospectivo por negligente imprevisión. En efecto, el asedio dictatorial a las democracias europeas, y la vigorosa presencia pública de las posiciones reaccionarias españolas, hacían perfectamente predecible el destino de esta reforma legal, rápidamente apadrinada en las filas del defensismo (175) — aunque en nada se pareciesen las garantías jurisdiccionales previstas en la ley de vagos a los consejos administrativos diseñados para « la policía de costumbres » de Castejón (176) —, y sometida a una pronta remodelación tras el triunfo electoral de las derechas, cuya principal aportación consistió en introducir la analogía (177). Sin embargo, cae fuera del ámbito de esta reprobación la posterior vigencia, revisión y uso franquista de la ley de vagos hasta 1970, como, por otra parte, debe

(174) Son palabras de ASÚA, en *La Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, en « RGLJ » 163 (1933), 577-635, donde puede comprobarse el alcance bien distinto que tenía el proyecto inicial (pp. 591-593) y las intervenciones parlamentarias que, contra el criterio de Asúa, endurecieron su propuesta, pp. 613 y 627.

(175) Que, sin embargo, interpretan este tipo de leyes sobre peligrosidad sin delito como una « suspensión personal » de los derechos constitucionales adoptada para prevenir la frecuente conversión de la criminalidad potencial « en turbulencias políticas »: vid. Federico CASTEJÓN, *El proyecto Pinies de profilaxis social (maleantes) de 1922 y la ley relativa a vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933*, en « RGLJ », 163 (1933), 214-254 y 435-454, pp. 214, 216 y 438.

(176) Para el « Tribunal de Policía, formado por funcionarios administrativos » encargado de « enjuiciar sobre los hechos y situaciones a prevenir », véase la propuesta de CASTEJÓN, *Datos para una reforma penal* (cit. n. 127), pp. 7-8, y compárese con *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, descrito — y mejorado, en vista de una inminente reforma — por Nicolás Alcalá-Zamora Castillo en « RDP », V (1936), pp. 201-214.

(177) Vid. « Apartado G » del art. 1 del reglamento de 3 de mayo de 1935, citado por Juan Terradillos, *Peligrosidad social y estado de derecho*, Madrid, Akal, 1981, pp. 55-57. Estérilmente entonces advirtieron ambos penalistas que « tratándose de una ley de excepción, no es posible aplicar a ella ningún principio de analogía », en ASÚA, *La Ley de Vagos y Maleantes* (cit. n. 174), p. 632, refrendando una aseveración de Ruiz Funes.

reconocerse a Ruiz Funes y a Asúa el mérito — frecuentemente preterido ⁽¹⁷⁸⁾ — de haber hecho aflorar al terreno de la legalidad un submundo gestionado en exclusiva por la policía. Que la misma ley pretenda « prestigiar » el sistema liberal, y suprimir los « métodos policíacos » aplicados « a extramuros de la ley » contra los « malvivientes » ⁽¹⁷⁹⁾, nos da entonces buena cuenta de que no presencia-mos simplemente el comienzo de un « modelo punitivo irracional » ⁽¹⁸⁰⁾ ni tampoco una anulación deliberada de las garantías, sino más bien su hipotética ampliación, porque « si la declaración del estado peligroso ha de ser obra de la policía », estos penalistas prefieren « a los riesgos de una jurisdicción de esta clase los peligros de la peligrosidad » ⁽¹⁸¹⁾.

Pero, ya prestos, volvamos a nuestro asunto. Si la concepción moderna del principio era impensable en el paradigma organicista, la conclusión a la que podemos arribar ahora también apunta a su relativa infabilidad durante el período republicano. Aparte de la negación registrada de López Rey, y lamentando la falta de textos de Antón Oneca, quien lleva al tribunal supremo su versión liberal del clasicismo ⁽¹⁸²⁾, lo que nos resta es la enunciación del principio de *mera* legalidad ⁽¹⁸³⁾, simple predeterminación normativa de los

⁽¹⁷⁸⁾ No lo menciona Antón en los textos citados (n. 172), ni tampoco llega a destacarlo Carlos A. TOZZINI, *Luis Jiménez de Asúa: Un hombre, sus circunstancias y su trascendencia (A propósito del estado peligroso)*, en « RFDC » (cit. n. 107), pp. 679-692.

⁽¹⁷⁹⁾ Para terminar, recordaba Asúa que « en España, al amparo de aquel famoso art. 22 de la Ley Provincial, las autoridades gubernativas imponían quincenas a los individuos sospechosos sin más que fingir que habían blasfemado o que habían incurrido en faltas a la decencia pública », en *La Ley de Vagos y Maleantes* (cit. n. 174), p. 635.

⁽¹⁸⁰⁾ En acepción de FERRAJOLI para designar los modelos penales sin delito, sin juicio o sin ley, en *Diritto e ragione* (cit. n. 25), pp. 78-79.

⁽¹⁸¹⁾ RUIZ FUNES, *Tres experiencias democráticas* (cit. n. 171), p. 104.

⁽¹⁸²⁾ En efecto, además de su noción realista de las medidas de seguridad — privaciones de libertad, en cualquier caso —, sólo Antón menciona expresamente la necesidad de « restaurar, privada de su antiguo contenido metafísico, la fórmula de la tutela jurídica », a la cual se debe restringir la función penal, ya que « la tutela jurídica contiene a la defensa social », en ANTÓN, *Los antecedentes del nuevo Código* (cit. n. 8), pp. 39 y 41.

⁽¹⁸³⁾ Me sirvo aquí de las divisiones conceptuales de FERRAJOLI, *Diritto e ragione* (cit. n. 25), pp. 71-78. Estamos efectivamente ante un caso de *mera* legalidad, no tanto porque no se mencione la reserva de ley, sino, sobre todo, porque no se exige la descripción taxativa de hechos exclusivamente, ya que se admiten ampliamente, a través de la peligrosidad, *normas constitutivas* de la desviación punible.

hechos y situaciones punibles realizada por la *soberanía estatal* a través de cualquiera de sus expresiones jurídicas. En efecto, la formulación del principio se inscribe en una concepción socializada, que eleva a una determinada representación de la colectividad a la condición de bien jurídico penalmente protegido, y en una *cultura estatalista* distinguida por los siguientes rasgos: por un lado, la ausencia de derechos individuales anteriores a la mediación del Estado y la falta de la división de su soberanía en poderes separados o equilibrados, lo que convierte a cualquier norma jurídica, independientemente del rango, en manifestación de su autoridad; por otro, la localización de la representatividad democrática en la opinión pública y la voluntad nacional y no en una soberanía popular electoralmente escrutada. La novedad genuina de este período es que dicha noción estatalista, adoptada de la iuspublicística liberal alemana ⁽¹⁸⁴⁾, y que tiene su piedra de toque en la conjura de la voluntad constituyente, entra en contradicción con la nueva norma constitucional, cuyo mayor democratismo proviene de la intervención sustantiva que en su confección tienen movimientos sociales de estirpe socialista y jacobina ajenos al paradigma estatalista que engloba a los publicistas, casi todos ellos peritos de la gobernabilidad. Mas, por encima de todo, lo que importa subrayar es que en esta formulación del principio no existe ni alusión al fundamento democrático, ni inferencia de la división de poderes, ni tampoco referencia jerárquica a la normatividad constitucional ⁽¹⁸⁵⁾, sino más bien alusión a valores culturales y sociales, radicados en la colectividad ⁽¹⁸⁶⁾, e impulsados no tanto por la insuficiente trascripción

⁽¹⁸⁴⁾ Vid. ASÚA, *Manual de Derecho penal* (cit. n. 110), pp. 368-369, invocando a Jellinek.

⁽¹⁸⁵⁾ En la que hoy encuentra la penalística democrática su fuente de eticidad: Arroyo ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, en « Revista Jurídica de Castilla la Mancha » 1 (1987), pp. 97-110; aunque sólo pocos advierten que una seria invocación constitucional compromete la actual organización penitenciaria: Juan TERRADILLOS, *Constitución y ley penal. La imposible convergencia*, « RFDC » (cit. n. 107), pp. 651-665.

⁽¹⁸⁶⁾ Para LÓPEZ REY los delitos « son realidades culturales afectadas de una valoración en vista de un fin », en *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 138), p. 42. Según RUIZ FUNES « toda disposición penal debe fundarse en una norma de cultura », en *Delito y libertad*, Madrid, Morata, 1930, p. 62.

legal de la Constitución, como por la obra del Estado, garante supremo del cumplimiento de los fines sociales. Partiendo de estos postulados — y ahondando así en la fisura que media entre el cuerpo de juristas y la Constitución republicana —, se hace comprensible que, una vez aprobada la ley de vagos, ningún penalista reparase en su inconstitucionalidad por permitir el encerramiento de personas sin previa comisión de delito ⁽¹⁸⁷⁾.

Este lamentable descuido puede aclararse por la concepción que casi todos comparten acerca de la naturaleza de las medidas de seguridad, diferenciadas de las penas por estar desprovistas de « toda finalidad retributiva y dolorosa » ⁽¹⁸⁸⁾. Pero esta distinción nos lleva ya al aspecto positivo, sumamente limitado, de la formulación republicana del principio, colocada siempre en un horizonte político-criminal informado por las ciencias naturales, que ha sustituido por completo al *infractor* por el *delincuente* y que aspira a suprimir definitivamente la conflictividad ⁽¹⁸⁹⁾, reto que abarca desde la eliminación social de los peligrosos congénitos hasta la reeducación de los corregibles. Subordinado el principio a la eficiencia de la prevención y persecución del crimen, su intensidad y extensión se hacen ya visibles, pudiendo adoptar, en el caso de la mayoría de los autores, la forma de una parca predeterminación normativa perfectamente compatible con el arbitrio judicial, la individualización de la pena y la peligrosidad criminal, o bien, en el ejemplo de Asúa, la de una más exigente — por los requisitos democráticos interpuestos — previsión legal de la conducta punible que entra conscientemente en contradicción con los avances de la

⁽¹⁸⁷⁾ Cf. art. 29 ya citado en n. 99. Aunque, de haberse interpuesto recurso, el resultado hubiese sido la inaplicación para el caso particular, según estaba diseñado en la Constitución republicana el control de constitucionalidad. Vid. Martín BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, CEP, 1981. Ampliando el descargo antes sostenido, Alcalá-Zamora Castillo nos presenta a Asúa, en los umbrales de la guerra civil, pidiendo « en las Cortes que se suspenda la aplicación de dicha ley, en tanto se llenen las condiciones mínimas para su adecuado funcionamiento », *El sistema procesal* (cit. n. 176), p. 202.

⁽¹⁸⁸⁾ CUELLO, *El Derecho penal de las Dictaduras* (cit. n. 164), p. 55.

⁽¹⁸⁹⁾ Lo que convierte a este reformismo penal, presuntamente científico, en más idealista incluso que su predecesor clásico, vid. las sugestivas apreciaciones de RUSCHE y KIRCHHEIMER sobre Prins y Liszt en *Punishment and Social Structure* (cit. n. 15), pp. 141 ss.

ciencia, lo cual exige arbitrar fórmulas conciliatorias que no quebranten las garantías pero que abran paso a un nuevo sistema penal correccionalista. Para ubicar a los autores que, sin destacar contradicciones, combinan la formulación estatalista del principio con halagos a instituciones que lo desvirtúan, propongo adoptar una ordenación tripartita: que atiende, en primer lugar, a los requisitos exigidos a la determinación legal del hecho o la situación punible; referida, en segundo lugar, a los fundamentos de la política criminal, ya estén basados en la objetividad científica de las leyes naturales, en la presunta superioridad de un credo moral, o en los imperativos absolutos de una concepción política; y que tenga en cuenta, por último, el modelo punitivo sugerido por cada autor, en una constante oscilación entre, de un lado, el correccionalismo y la prevención especial, y de otro, la retribución y la prevención general. Finalmente, también es decisivo consignar la relación proporcional que cada autor establece entre los requisitos de la legalidad y los objetivos marcados por su política criminal.

En aplicación de este esquema, entre los autores eclécticos, Ruiz Funes encabeza la lista en lo atinente a las exigencias democráticas de la ley penal, concibiéndola como expresión de la « soberanía popular », pero también como reflejo de la « conciencia social de una época ». Garantizada la legitimidad de la legislación, el principio impone un rotundo rechazo a cualquier forma de delincuencia política, mas cede su espacio a las ciencias naturales y a un inflexible decálogo moral, que representan al criminal como « un deficiente social » necesitado de una « pedagogía de la libertad » que « acierte a esculpirle un alma nueva ». Si su política criminal se encuentra guiada por los mandatos objetivos de la biología y de la ética, el modelo punitivo propuesto por Ruiz Funes, aun teniendo un remoto origen democrático, ha dado ya la espalda a la « superstición de la legalidad », con « el juez criminalista », la individualización penal e incluso « penitenciaria », la peligrosidad social y las medidas preventivas ⁽¹⁹⁰⁾ .

Por su parte, Cuello Calón otorga un valor irremplazable a la

⁽¹⁹⁰⁾ RUIZ FUNES, *Delito y libertad* (cit. n. 186), pp. 21, 26-28, 61, 98 ss. y 176-178. Ruiz Funes es autoridad, para la fundamentación médica de la criminología, con su breve *Criminalidad y Endocrinología*, La Habana, Lib. El Universo, 1928.

autoridad legal para la fijación del delito, pero lo hace prescindiendo de su representatividad democrática, lo que le lleva tanto a aplaudir el código fascista como a aprobar la legislación penal por decreto. No obstante la relegación de la legitimidad democrática, y su tendencia a atribuir una función heterointegradora a la jurisprudencia, Cuello es quien pone mayor énfasis en la necesaria predeterminación legal de los delitos, las penas y, según los casos, las medidas de seguridad, de ahí que censure gravemente algunos ensayos legislativos de peligrosidad sin delito, aunque acepte a regañadientes otros, como la ley de vagos, por razones de oportunidad y por no detectar rasgos estrictamente penales en « medidas de tipo profiláxico » adoptadas contra individuos socialmente peligrosos. El carácter acomodaticio de su sistema penal, además de por su ya citado legalismo, se explica por la concesión de cierta preeminencia a la eficacia de la lucha contra el delito, que, a su juicio, debe inspirarse, ante todo, en « el estudio científico » del delincuente, si bien este análisis médico y antropológico de la *peligrosidad criminal* no puede predominar en la función penal, pues de lo contrario se obtendría el inadmisibles resultado de « la anulación del principio de legalidad ». Basada principalmente en leyes científico-naturales y desempeñando un carácter auxiliar, su política criminal aborrece cualquier tipo de represión justificada en preceptos morales — como demuestra su severa condena a la persecución de la homosexualidad — mas, en contraste, deja abierta la posibilidad — siquiera tímida-mente — de utilizar el derecho punitivo para perseguir el radicalismo político. El modelo — parcialmente defensista — de Cuello es una pura manifestación de equilibrismo ecléctico, fundado sólidamente en la autoridad legal, en la prevención general y en la imputabilidad en lo concerniente a las penas, y abierto a la individualización, la peligrosidad, el arbitrio judicial y la prevención especial en el caso de las medidas ⁽¹⁹¹⁾.

De un intento de sistematización de las — a veces contradicto-

⁽¹⁹¹⁾ Para todo lo dicho, CUELLO, *Derecho penal* (cit. n. 121), pp. 22 ss.; 166-188 — donde hace una velada defensa de la analogía y segunda la retroactividad para las medidas —; 312-327 — sobre peligrosidad social y criminal; y 552-564. Vid. su encendida defensa de la legalidad contra la peligrosidad sin delito y las medidas preventivas de la homosexualidad, en *El proyecto del Código penal chileno*, « RGLJ » 157 (1930), 5-28, pp. 11-24.

rias — ideas penales del criminólogo Quintiliano Saldaña obtendremos el siguiente resultado: pese a no contar con legitimación democrática, la ley penal sí ha de estar informada materialmente por el criterio científico y debe asimismo protocolizar el uso del poder en el establecimiento de los delitos y las penas, pero no de las medidas, dando así cabida a ciertas garantías y obliterando la sanción legal de la fuerza arbitraria. Sin embargo, sobre el plano de la legalidad adquiere franco predominio el aspecto político-criminal, de fundamento antropológico, y aun político, el cual llega hasta el extremo de invitar a practicar el « deporte nuevo de la caza del criminal » con el fin de « organizar la *nación-policía* ». Esta preponderancia del cariz defensista y científico-natural, y su desprecio a las « tesis eternas » del clasicismo, hacen proponer a Saldaña un sistema correccionalista, supresor de las penas, y basado en el « estado peligroso para la sociedad », el arbitrio, la individualización y las medidas de seguridad ⁽¹⁹²⁾ .

El último lugar de esta enumeración lo ocupa Federico Castejón, para quien el principio de legalidad se reduce a una consignación normativa de cualquier rango, inclusive « el acto administrativo », subordinada al « derecho de defensa » de la sociedad contra « el peligro criminal ». Como sus propias palabras indican, la supremacía de la política-criminal ya no encuentra límite: « ante la lucha eficaz contra el delito se abaten todos los principios, todas las conquistas democráticas, todos los respetos sociales, incluso los altos valores del pensamiento y de la vida, concretados en las garantías constitucionales ». La persecución del delincuente se inspira aquí en motivos antropológicos, pero también en la complejidad moral y las creencias políticas de los sospechosos. Su modelo « pragmatista » combina represión y prevención, desdeña los fines correccionales, y da entrada a la retroactividad, los tipos flexibles e imprecisos, la peligrosidad social, la indeterminación de la pena y, en definitiva, a todas aquellas medidas que aseguren « la conservación del Estado » ⁽¹⁹³⁾ .

⁽¹⁹²⁾ Recojo sus opiniones de *Nueva Criminología* (cit. 126), pp. 47-52, 149-151 (para la caza del criminal practicada « en colaboración con la sociedad en los Estados Unidos »), 267 y 324-325; y de *Nueva Penología* (cit. n. 130), pp. 24-62.

⁽¹⁹³⁾ Cf. *Derecho penal* (cit. n. 78), pp. 16-18, 22, 76; *El proyecto Pinies* (cit. n.

En el extremo opuesto a Castejón, y proveniente no por azar del socialismo democrático, se coloca admirablemente Jiménez de Asúa, quien enuncia el principio de legalidad, en buena proporción, según las actuales exigencias de un régimen democrático y constitucional. Precisamente por mantener una más rigurosa noción de la legalidad penal, Asúa se apercibe de la contradicción sustancial entre las garantías individuales y las modernas tendencias jurídico-penales, de las cuales él mismo participa. Efectivamente, la ley penal se decide ahora por la « voluntad colectiva » articulada según la forma prevista en la Constitución. Salvo los decretos legislativos aprobados en desarrollo de ley de bases, las restantes disposiciones gubernativas están excluidas del ámbito penal. Esta aproximación a la mentalidad presente se detiene, sin embargo, en la invocación de « la conciencia jurídica del pueblo » como fuente del derecho y en la inexistencia de derechos previos al Estado, lo que convierte la vigencia de las garantías en un problema *práctico*, pero no en una materia intangible. Apartados los motivos genuinamente políticos, Asúa extrae los contenidos de su política criminal de la antropología, la medicina y, también, de concepciones morales pequeño-burguesas, y sobre ellos alza un modelo ideal que, en la estela de Dorado, transforma el delito en peligrosidad y la pena en un tratamiento tutelar.

Junto a la configuración de este sistema penal para el « lejano futuro », Asúa pone todo su empeño en elaborar una propuesta asequible para « el inmediato mañana », que, evitando el exceso autoritario, pero sin resistirse vanamente a los adelantos de la ciencia, dé una solución conciliatoria al « conflicto político penal », esto es, a la tensión abierta entre el derecho constitucional y el saber penal. Frente al insostenible eclecticismo « político-criminal », que

175), pp. 437-438 (donde se lee: « hay que definir situaciones o estados, y, mejor que esto, inclinaciones, aunque se diga que con ello se penetra en lo sagrado de la conciencia del ciudadano y se llega a castigar el pensamiento »); y *Datos para una reforma penal* (cit. n- 127), pp. 9 y 11. Aunque en todo hay grados y medidas, porque Castejón se opone a la práctica, en constante auge en Estados Unidos y Alemania, de « la asexualización para los enfermos mentales, degenerados, alcohólicos y, en general, los afectos de enfermedad grave incurable », ya que « la esterilización no puede considerarse pena por no adaptarse a ninguno de los fines que a la pena asigna el Derecho penal moderno », en *Dos iniciativas modernas en materia de Derecho penal*, « RGLJ » 168 (1936), 462-469, pp. 467-468.

combina sin concierto las secuencias *delito-imputabilidad-pena-retribución* y *peligrosidad-medida-prevención*, Asúa postula un sistema dualista de códigos que distinga estrictamente ambos polos y que, aun incorporando novedades científicas, « deje intactas las garantías del derecho de libertad », de las cuales no se puede prescindir mientras no desaparezca del todo « el fondo expiacionista de los pueblos ». Si bien todo su modelo gira en torno a la peligrosidad — la cual marca la frontera entre el *código sancionador* de la peligrosidad *criminal*, y el *código preventivo* de la peligrosidad *social* o previa al delito —, el arbitrio del juez es su desembocadura final. En el código sancionador, prohibiendo la creación judicial de delitos y penas y la analogía no admitida expresamente, la legalidad se hace compatible, a juicio de Asúa, con una discrecionalidad jurisprudencial que decide el tipo y la duración del tratamiento reeducador según el caso concreto. Para la preservación de las garantías en el código preventivo, en lugar de tipificaciones taxativas, basta con « un sistema mixto de definición y categorías » de estados de peligro y una catalogación explícita de las posibles medidas a adoptar, porque su misma aprobación supone ya « la máxima defensa de los derechos individuales » al entregar « al Poder judicial esta función preventiva, que jamás quedará abandonada a la Policía » como sucede habitualmente. En conclusión, la clave de todo su sistema radica en una sólida habilitación profesional de la judicatura, que compartiría con la ley constitucional la responsabilidad en la protección de los derechos ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹⁴⁾ Cf. ASÚA, *El nuevo Derecho penal. Escuelas y códigos del presente y del porvenir*, Madrid, Pérez, 1929, pp. 43-47 y 70-128; *Manual de Derecho penal* (cit. p. 110), pp. 368-408; *Manual de Derecho penal II*, Madrid, Reus, 1933, pp. 12-45; *El juez penal y la ejecución de la pena*, Madrid, Galo Sáez, 1935, pp. 14-17; *El principio 'nullum crimen sine lege' y la cuestión de la analogía*, Madrid, Galo Sáez, 1936, pp. 20-25, 43 y 50-55; y *La Ley de Vagos y Maleantes* (cit. n. 174), donde ahora se explica que diga que, con ella, « toma realidad legislativa mi doctrina dualista de Códigos », p. 360. Por otra parte, este impulso de la labor jurisdiccional como garantía de los derechos frente a un legislativo en quiebra es signo común del liberalismo republicano: vid. Pérez SERRANO, *La Constitución española* (cit. n. 99), p. 145, y Eduardo L. LLORENS, *La igualdad ante la ley*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1934.

VI. *Guerra, exilio y mediocridad (1939-1947).*

El comienzo de la guerra civil también divide a nuestros penalistas. Los que se colocaban en los extremos opuestos del espectro político-criminal esbozado, se distinguen ahora por su dispar compromiso con cada uno de los bandos enfrentados. Por un lado, nombran magistrado del tribunal supremo de la zona sublevada a Federico Castejón, quien lleva sus ideas penales al proyecto, nunca aprobado, de código falangista de 1938 ⁽¹⁹⁵⁾. Por el otro, Jiménez de Asúa, que durante la República había simultaneado la actividad científica con el compromiso político, se vuelca por completo en este último. Nombrado embajador de la República en Checoslovaquia, y con el auxilio del profesor de derecho político Francisco Ayala, Asúa desarrolla en la Legación de Praga una intensa labor diplomática, se ocupa de la adquisición clandestina de material bélico, del reclutamiento de voluntarios y, junto al refugiado austriaco Leopold Kulçar, organiza un formidable servicio de inteligencia, « sin duda el mejor de que pudo disponer la República durante todo el curso de las operaciones » ⁽¹⁹⁶⁾. Tras la ocupación alemana de Checoslovaquia, regresa a Barcelona y se pone a disposición del gobierno republicano, que lo envía a Ginebra como representante de la delegación española de la Sociedad de Naciones, adonde lo acompaña, en calidad de cónsul de España en Suiza, el más político de sus discípulos, Emilio González López, junto a quien continúa dirigiendo la red de espionaje antifascista que había organizado hasta el fin de la guerra civil ⁽¹⁹⁷⁾.

Excepto los tres profesores mencionados, y el futuro catedrático Juan del Rosal, que se halla en el frente luchando en el bando

⁽¹⁹⁵⁾ Cf. José Ramón CASABO RUIZ, *El anteproyecto de Código penal de 1938 de Falange Tradicionalista y de la JONS*, Universidad de Murcia, 1978. En él se recogía la analogía, se introducía como circunstancia atenuante la actuación por motivos de honor, preveía entre las medidas de seguridad el ingreso en el ejército y « el matrimonio con persona de raza inferior » se tipificaba como delito « contra la dignidad y el interés de la Patria ». Cf. también, Barbero SANTOS, *Política criminal y Derecho penal en España* (cit. n. 11), p. 71.

⁽¹⁹⁶⁾ Me sirvo para documentar estos extremos de las memorias de Francisco AYALA, *Recuerdos y olvidos* (1988), Madrid, Alianza, 2001, pp. 214-225.

⁽¹⁹⁷⁾ Cf. González LÓPEZ, *Memorias de un diputado republicano en la Guerra civil española (1936-1939)*, A Coruña, Ediciós do Castro, 1990, pp. 293-295.

franquista, los restantes penalistas se involucran con menor intensidad en la conflagración, si bien no dejan de afectarle las consecuencias. Huyendo de las represalias, Quintiliano Saldaña se refugia en una embajada en Madrid, donde, tras soportar « dolorosas privaciones » y « transido de mortal tristeza y soledades », fallece en 1938 ⁽¹⁹⁸⁾. Destituído de su cátedra por el gobierno del frente popular tras el golpe militar, Cuello se presenta ante las autoridades franquistas cuando, en agosto de 1937, los sublevados toman Santa María de Cayón, municipio de Cantabria en que había residido durante trece meses. Declara allí su adhesión al « Movimiento Nacional », es depurado después de jurar, entre otras cosas, haber impartido las lecciones de su cátedra barcelonesa « en castellano » y, seguidamente, es adscrito a la universidad de Salamanca ⁽¹⁹⁹⁾. Aquí se encuentra con Isaías Sánchez Tejerina, quien, además de formar parte de comisiones para la depuración de profesores universitarios ⁽²⁰⁰⁾, es autor del quizá único manual de derecho penal redactado y publicado durante la guerra. Escrito con la intención de imprimir un giro « neoclásico » a la disciplina, sus aseveraciones podrían parecer caras al principio, pues, aunque enunciadas desde una perspectiva autoritaria y retributiva, reivindicaban la legalidad como « un verdadero dogma del Derecho penal » que, « imposible de anular », ha logrado imponerse a las corrientes antropológicas modernas. Sin embargo, aun declarando el « fracaso absoluto » de la desquiciada « defensa social », Sánchez Tejerina nos da una muestra del panorama que se avecina, al rodear el principio de las referencias intelectuales decimonónicas que lo desvirtuaban y justificar su quebranto por razones político-criminales. En efecto, el derecho penal

⁽¹⁹⁸⁾ Lo narra su discípulo predilecto Jaime MASAVEU en *Relieve biográfico-técnico del profesor Saldaña*, « Revista de la Facultad de Derecho de Madrid » (« RFD », en adelante), 1 (1940), 50-53. Aunque cabe especular que fuese la embajada de Alemania, por las estrechas relaciones científicas que Saldaña mantenía con su universidad, nada detalla Masaveu al respecto.

⁽¹⁹⁹⁾ Tomo los datos de su expediente personal conservado en la caja AGA 31/3994.

⁽²⁰⁰⁾ Sé que formó parte de la comisión depuradora que separó del servicio a los profesores de derecho político Manuel Martínez Pedroso y Mariano Gómez González, ambos exiliados. Cf. los respectivos expedientes personales en caja AGA 55/1969 y en el archivo general de educación sig. 92.057.

vuelve a fundarse en los « principios inmutables » de un « orden moral » « impuesto por el mismo Dios », y el delito regresa a su anterior acepción de ruptura de un orden recompuesto mediante la pena. Además, en el sistema punitivo de Sánchez Tejerina, el mantenimiento del principio no impide la implantación de la retroactividad, el castigo de los actos preparatorios, el establecimiento de penas indeterminadas, ni tampoco la peligrosidad social, la cual no puede quedar impune porque supondría « exagerar el respeto a los derechos individuales » — cuando, en puridad, las medidas « no son penas » — y desarmar la sociedad frente a una criminalidad en constante auge debido a « la irreligión, la inmoralidad, la casi desaparición de la familia y las pasiones políticas » (201).

Si lo antedicho constituye un indicio de lo que se aproxima en territorio hispano tras la victoria franquista, la labor intelectual de los profesores republicanos obligados a marcharse prosigue en el exilio. Jiménez de Asúa se instala en Buenos Aires, despliega su infatigable actividad por toda Iberoamérica y elabora su monumental tratado, el estudio de parte general más completo de la literatura penal universal hasta el día de hoy (202). González López, abandonando la dedicación jurídico-penal por la historiografía, residirá en los Estados Unidos. Por su parte, Ruiz Funes se suma a los numerosos intelectuales republicanos exiliados en México, y López Rey desembarca en Bolivia, donde seguirá consagrado a su profesión jurídica. La producción intelectual de estos juristas exiliados constituye un capítulo fundamental de la historia de las ideas penales hispanas. A ella se deben una mejora cualitativa del saber penal y un notable perfeccionamiento de la legislación punitiva en Latinoamérica (203). Pese al subido interés del asunto, y no sin antes mencionar

(201) Cf. su *Derecho penal español*, Salamanca, s. e., 1937, pp. VI, 2, 10, 53, 76-77, 91, 291, 349, 377 y 403-405.

(202) Fue, además, presidente de la República en el exilio. Cf. TOZZINI, *Luis Jiménez de Asúa* (cit. n. 178), pp. 686 y ss.; y BACIGALUPO, *Epílogo: El exilio de Jiménez de Asúa*, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito* (cit. n. 135), pp. I-XVIII. Me he referido a su *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950-1977, 7 vols.

(203) Baste mencionar la escuela de Asúa en Argentina y su contribución al derecho comparado, bien plasmada en la colección *Códigos penales iberoamericanos según los textos oficiales*, Caracas, Andrés Bello, 1946, 2 vols. Por otra parte, la codificación penal y procesal-penal boliviana fue encomendada por el gobierno a Manuel

la continuada, pero ya estéril, defensa política del principio ante los abusos del régimen franquista ⁽²⁰⁴⁾, la obra de los exiliados importa a nuestro particular propósito sólo para averiguar si, después de la instrumentalización totalitaria de las propuestas político-criminales por ellos sostenidas, entonan algún tipo de palinodia.

En vano buscaremos, no obstante, conversiones a sistemas científicos antes repudiados. Para evitar sorpresas, urge deshacer un frecuente equívoco de marcado carácter anacrónico, que, mezclando planos disociados, como son los de la ciencia y la política, empareja el positivismo con las ideas conservadoras y el clasicismo con el credo liberal. Si Sánchez Tejerina nos sirvió de ejemplo para constatar la nula relevancia a efectos políticos que tiene colocarse entre los clásicos, podemos ahora contemplar entre los exiliados una adecuación de la filosofía penal de cada autor al nuevo tiempo, sin abjuraciones doctrinales ni mella en sus creencias democráticas. Se trata más bien de matizar y salvar las propias concepciones ante el comienzo de una nueva fase política que, traumatizada por la barbarie, reacentuará previsiblemente la significación de las garantías individuales frente al Estado, dando así al traste con las aspiraciones político-criminales positivistas. No faltan, de todos modos, rectificaciones sustantivas, como el rechazo explícito de la analogía, que, reemplazando al arbitrio sin cortapisas de los jueces-terapeutas, pasa ahora a constituir para Ruiz Funes « una forma elegante de encubrir la tiranía ». Continúa siendo conveniente librar la labor judicial de excesivas constricciones legalistas, pero para lograrlo basta con recurrir a la « interpretación extensiva », « límite infranqueable de la justicia penal ». Con ella, el discernimiento judicial puede renovar el contenido de los códigos al mismo tiempo que se bloquea la deriva defensiva, pues, al no admitirse, bajo la excusa de proteger la sociedad, la creación judicial de infracciones y penas, se

López Rey, quien también fundó y dirigió los efímeros *Anales de Criminología y Derecho penal* de la Universidad de La Paz: vid. su *¿Qué es el delito?*, Buenos Aires, Atlántida, 1947, pp. 35 n. 1 y 250 n. 1. Tomo la fecha de edición de este texto como fin del período aquí solamente pergeñado.

⁽²⁰⁴⁾ Llevada a cabo por RUIZ FUNES, *La justicia de Franco*, México, s. e., 1943, con dura recriminación por el trasvase de la peligrosidad social « al orden político », y la subsiguiente creación de « una novedad penal, la peligrosidad política », acuñada en la ley de responsabilidades después citada.

evita la usurpación de una competencia « indelegable del legislador »⁽²⁰⁵⁾. La construcción dogmático-jurídica del delito, que, según vimos, cobijaba la formulación moderna del principio, comienza en estos años a redondearse. Situado el derecho penal entre « la norma y el bien jurídico », la sanción de la primera y la protección del segundo corresponden inalienablemente — « en holocausto al apotegma liberal *nullum crimen sine lege* » — al poder legislativo, hasta el punto de que, en opinión de Asúa, « la peor ley es más imperativa que el mejor Tratado », axioma del que ya debe partirse para conjurar la tentativa implícita en toda la política criminal positivista, a saber: el deseo de suplantar al legislador⁽²⁰⁶⁾. Mas la transformación fundamental reside, a mi juicio, en que, tras las funestas experiencias autoritarias, las concepciones de los exiliados abandonan buena parte de su dimensión antagónica respecto del derecho penal liberal, estimado ahora, según Ruiz Funes, como « el derecho penal único ». Así, esta corriente deja atrás su pugna con la tradición clásica, recuerda continuamente que jamás coqueteó con las dictaduras y se postula como una « nueva concepción del liberalismo », irreductible a cualquiera de los dos extremos — autoritario o liberal — entre los que, hasta el momento, ha oscilado la controversia penal⁽²⁰⁷⁾.

Para exculpar la imprudencia pasada y emprender el nuevo tiempo constitucional, la penalística del exilio recurre a varios eflujos. En primer lugar, pretexto el carácter « normativo » de la ciencia penal, disciplina racional y teleológica que, basada en principios científicos, ensaya una comprensión conceptual sistemática de la función punitiva del Estado, a la que escapan las malformaciones y perversiones de los institutos penales debidas a una posible práctica política irracional. Del mismo modo que la concepción normativa de la política concibe a ésta como la actividad organizada para salvaguardar el interés común, y condena la noción nihilista que convierte el dominio en su

(205) Cf. RUIZ FUNES, *Delito y libertad* (cit. n. 186), pp. 177-178 y *Evolución del delito político*, México, Hermes, 1944, pp. 238-240.

(206) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito. Curso de Dogmática penal*, Caracas, Andrés Bello, 1945, pp. 17 y 64.

(207) RUIZ FUNES, *Evolución del delito político* (cit. n. 205), pp. 315 y 322; y, con mayor empeño en perfilar una concepción moderna que, carente de sincretismos, trascienda la diatriba penal citada, LÓPEZ REY, *¿Qué es el delito?* (cit. n. 203), pp. 66-67.

razón de ser, el derecho penal, partiendo de la buena fe inherente a la política, trata de afinar la organización punitiva con el hallazgo racional de fórmulas que la adecuen a los fines que tiene encomendados. Si el capricho del poder nunca la ha sojuzgado porque renunció a ser un saber « descriptivo » de la voluntad legal, tampoco puede recriminarse a esta filosofía penal no haber subrayado la importancia de las condiciones indispensables para su realización. Las propuestas político-criminales que formulaba no adolecen de una maldad intrínseca; por el contrario, la responsabilidad de su degradación pesa sobre el modelo político que se las apropie, y en este punto, Asúa no cesó de avisar que, mientras el « individualismo demo-liberal » siga en pie, las garantías penales son irrenunciables, porque « *es peligrosísimo injertar en un régimen dado principios que se piensan y construyen para otro* ». De esta forma, sólo bajo un Estado limitado por reglas jurídicas, y basado en el « consentimiento » público, se hace legítimo el ensayo de prácticas institucionales cuyo último propósito no es, de ningún modo, el encubrimiento de la arbitrariedad, sino la atribución parcial de la protección de los derechos a los jueces, una vez que éstos se hallen habilitados profesional y culturalmente. Por último, esta ampliación de la discrecionalidad judicial, además de fundamentarse en el carácter estructuralmente creativo de la jurisprudencia, se justifica sólo si responde a los fines racionales que distinguen la función penal moderna, volcada ya en la readaptación social del condenado. Y es precisamente aquí, en la inspiración humanista de este ideario político-criminal, donde se abre la falla insalvable que lo separa del derecho autoritario, pues a la incriminación por razones biológicas y políticas sobrepone la convicción igualitaria, esencial al principio de legalidad, según la cual « el hombre delincuente no es diferente del que lo es ». Mas, una vez adoptadas las citadas precauciones, Ruiz Funes seguirá propugnando la peligrosidad social, Asúa augurando que « la Criminología imperará sobre el Derecho penal » y López Rey invocando « principios supraleales » dignos de ser atendidos por los jueces en caso de insuficiencia de la ley ⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Para lo mencionado: RUIZ FUNES, *Evolución del delito político* (cit. n. 205), pp. 101-105 y 321-331; ASÚA, *La Ley y el Delito* (cit. n. 206), pp. 24 y 82-84; y LÓPEZ REY, quien lleva más lejos su « Derecho humanista basado en el valor y dignidad de la persona humana », en *¿Qué es el delito?* (cit. n. 203), pp. 31-32, 50-52, 65-67, 94 y 253-263.

Regresemos a España. Desmochada la disciplina con la proscripción de Asúa — a quien, en un intento de borrar la memoria, parece terminantemente prohibido citar ⁽²⁰⁹⁾ —, habiendo comenzado Antón su peregrinaje por el exilio interior, fallecido quien quizá hubiese estado llamado a ser el penalista del régimen, ejerciendo de magistrado Federico Castejón y ocupado Inocencio Jiménez en otros menesteres ajenos al derecho penal, la asignatura queda en manos de dos profesores ya sexagenarios, Eugenio Cuello Calón e Isaías Sánchez Tejerina, ambos premiados con las cátedras madrileñas de Asúa y Saldaña, respectivamente, para desarrollar en ellas dos labores tan dispares como complementarias: la descripción legalista de las normas del nuevo Estado y su furibunda legitimación moral e intelectual. La obligación de proveer la asignatura de profesores recae principalmente sobre Cuello, y se lleva a cabo en apenas cinco años después de vencido el ejército republicano. Junto a la monótona — y acomodaticia — prolongación del pragmatismo penal por Mavaud ⁽²¹⁰⁾, aparecen ahora nuevos nombres: Octavio Pérez Vitoria, Valentín Silva Melero, José Ortego Costales, Antonio Ferrer Sama, José Guallart López, Manuel Serrano González y Juan del Rosal.

Si la guerra civil no formaba parte de la estrategia académica de Cuello, y dado que las cuatro últimas incorporaciones — Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, González López, López Rey — al cuerpo de penalistas provenían de la escuela de Asúa, que continuaba extendiéndose antes de la conflagración, la tacha de mediocridad anunciada se explica entonces por el carácter casi improvisado de esta reconstitución de la penalística hispana, diezmada por la guerra y la jubilación de profesores de la generación anterior. Tomando

⁽²⁰⁹⁾ Todavía diez años después de terminada la guerra, y ya catedrático en Madrid, Cuello Calón nombraba, con olvido de Asúa, a Luis Silvela como « mi eminente antecesor en la cátedra que profeso », en *La reforma penal en España. Discurso de recepción del académico de número D. Eugenio Cuello Calón*, Madrid, 1949, p. 5.

⁽²¹⁰⁾ « Para el pragmatismo jurídico no existe el Derecho. El Derecho es una coordenada, un punto de vista nada más. Sólo tiene efectividad la *Justicia*, que es el *Derecho en acción* », así acomodaba Mavaud las doctrinas de su maestro al régimen naciente, en *Relieve biográfico-técnico* (cit. n. 198), p. 52, con anuncio de próximas conferencias sobre el pragmatismo y confesión de querer limitarse en adelante a « una labor de difusión » de tal corriente.

como criterios la densidad intelectual y la proyección política e internacional, el reproche puede también basarse en un elemental contraste entre las actividades de Asúa y de López Rey en el exilio y las obras suscritas por la nueva hornada de profesores. Pero descendamos, siquiera a modo de ejemplo, hasta los acontecimientos tangibles. Las primeras oposiciones a cátedra de derecho penal celebradas durante el franquismo comienzan en septiembre de 1940. Entre los miembros del tribunal figuran los tres penalistas con mayor influencia académica en estos instantes: Jiménez Vicente, Sánchez Tejerina y Cuello Calón. Por delante de Ferrer Sama y Pérez Vitoria, ambos discípulos de Cuello, y también nombrados catedráticos, el opositor que, por unanimidad, gana el primer puesto, es José Guallart, un auxiliar de Jiménez Vicente en la universidad de Zaragoza que concurrió sin éxito, por previa retirada, a los tres concursos sucesivos que en 1925, 1931 y 1935 se celebraron para cubrir la cátedra vacante de la universidad de La Laguna. Pudiera pensarse que Guallart fue un opositor frustrado debido al monopolio académico ostentado por Asúa, pero los méritos reunidos desde que comenzase a impartir derecho penal — es decir, en más de quince años — ascienden en 1940 a dos breves artículos expositivos de la dogmática-jurídica alemana, justo en sus capítulos más extraños al principio, convenientemente adaptados por Guallart al relato tradicionalista ⁽²¹¹⁾. En útil refrendo de esta valoración crítica, su mismo maestro tan sólo le reconoce la antigüedad — « una vocación

⁽²¹¹⁾ « El tradicional pensamiento del Escolasticismo se quebró, agitado por el movimiento de rebeldía que la Reforma entraña [...] La tendencia se concretó en el Racionalismo. En tales circunstancias, así cercenado el concepto del Derecho, poca trascendencia podía tener el paralelo estudio de la Antijuridicidad [...] Más tarde, el vigoroso retorno de los afanes filosófico jurídicos, retorno hoy por todos comprobado, había de estimular estas profundas disquisiciones que en torno a la Antijuridicidad surgen », en GUALLART, *La antijuridicidad como elemento del delito* (cit. n. 155), pp. 611-612. Ya en 1931 celebraba la fecundidad autoritaria de la dogmática: « El juicio de la Culpabilidad no se limita ya a un solo gesto y a su motivación, sino que aborda el global contenido de la vida interior del sujeto », lo que le llevaba acertadamente a pensar que a esta fórmula le estaba « reservado un amplio porvenir en ciertas fórmulas de peligrosidad », en *Los elementos subjetivos de la antijuridicidad*, « Universidad », (1931), 847-885, p. 875. Conozco su fallida participación en las oposiciones mencionadas por una hoja de servicios depositada en el expediente del concurso de López Rey (cit. n. 138).

temprana y sostenida » — y ser « fiel expositor de lo extranjero y buen conocedor de lo nacional », méritos suficientes para ser el mejor aspirante a cátedra de derecho penal en estos momentos ⁽²¹²⁾.

Tres años después, gana por oposición la plaza de Santiago otro discípulo de Cuello, Manuel Serrano, quien se encarga de retrotraer la ciencia penal a la escolástica, de la cual, a su juicio, no debería nunca haber salido. Pese a poner todo su empeño en recolocar el derecho penal sobre las bases del tomismo, Serrano no logra satisfacer las expectativas de quienes custodian, por vocación y pensamiento, el legado de Tomás. En efecto, el dominico Ignacio Menéndez Reigada, al conocer un « folleto » de Serrano sobre la culpabilidad, censura al penalista no haber « estudiado con ahínco » ni « meditado con sosiego » su obra, pues de haberlo hecho no habría dado a la imprenta un texto donde, si bien « se cita al Santo repetidas veces, supone un desconocimiento fundamental de su teoría sobre la pena » ⁽²¹³⁾ .

Volviendo a las primeras oposiciones de 1940, comprobamos que no todos los aspirantes obtienen sus propósitos, destacando entre ellos Juan del Rosal, el penalista que, a la postre, terminará fundando la escuela más numerosa de la disciplina hispana. Pero si el tribunal estima que Del Rosal no está aún preparado, no es porque su ascendencia académica señale al innumerable Asúa, de quien era ayudante de clases prácticas en Madrid, sino porque sus trabajos, más copiosos que los presentados por sus contrincantes, « adolecen

⁽²¹²⁾ Juicio que se conserva en el expediente de oposición a las cátedras de Murcia, Oviedo y Valladolid que gana Guallart, en caja AGA 32/13571.

⁽²¹³⁾ Fr. Ignacio G. MENÉNDEZ-REIGADA, *La teoría penal de Santo Tomás*, Salamanca, Pontificia Universidad Eclesiástica, 1943, criticando el texto — con título significativo — de Manuel Serrano, *Culpabilidad en Derecho penal: especial referencia a la culpa*, Madrid, CSIC, 1942, ambos citados en la versión ampliada que Serrano hizo de su breve monografía: *Culpabilidad y pena*, Santiago, Imp. Paredes, 1945, donde incluye la « Contestación a una crítica », pp. XVII y ss., de que nos hemos servido, y a cuyas páginas acude a socorrerle el presbítero Casimiro Torres Rodríguez con un « Comentario sobre una crítica » donde se disculpa al « profundamente católico » Manuel Serrano porque, « a los que hemos conocido el ambiente universitario anterior a 1936, en el que, salvo raras y muy laudables excepciones, se hacía caso omiso de la doctrina de Santo Tomás », les parece suficiente y « digno de aplauso de todos los católicos el solo hecho de volver los ojos hacia el Sol aquinatense y de tratar de armonizar su doctrina con la evolución actual de la ciencia », p. XIII.

del defecto de oscuridad en la exposición » y « revelan el empeño, no acabado de lograr, de comprender las doctrinas penales de algunos profesores alemanes ». A esta crítica de Sánchez Tejerina se suman otras, de mayor dureza, formuladas por Cuello, quien, aparte de recriminarle su « léxico deplorable » y que se « limite a exponer » ideas ajenas, le reprueba por el « formidable acarreo de datos bibliográficos, con gran frecuencia inconexos y sin trabazón », que exhibe en su tesis doctoral, acerca de la cual Cuello se abstiene de « emitir juicio preciso » dada « la confusión de ideas y temas que en ella se entrecruzan y mutuamente se oscurecen haciendo muy difícil su comprensión y su texto no pocas veces ininteligible » (214). En fin, unas objeciones severas que, si bien podrían derivar de enfrentamientos escolares, o explicarse por la brecha generacional que separa a Cuello y Sánchez Tejerina de Juan del Rosal, describen fielmente, a mi juicio, unos primeros textos animados por la pretenciosa intención de sondear las supuestas profundidades inescrutables del fenómeno penal.

VII. *Vuelta al mundo penal decimonónico, negación ontológica de la legalidad y reverso disciplinario del principio (1940-1944).*

En la medida en que el saber se desenvuelve independientemente de los acontecimientos políticos, las fracturas históricas no se traducen forzosamente en rupturas científicas, pero en la proporción en que el poder puede servir de la ciencia, la continuidad exterior de una disciplina también puede enmascarar ajustes internos que la acomoden a las nuevas circunstancias. Este es el caso de la dogmática jurídico-penal practicada en los primeros años cuarenta por los discípulos de Cuello. Todos ellos parten de premisas que nos son familiares: renuncian a tratar asuntos metafísicos — v. gr., el libre albedrío —, celebran la separación estricta entre el derecho penal y las materias que, derivadas de las ciencias naturales, se adjetivan « criminales », y secundan la hipotética emancipación de la ciencia penal respecto de la política criminal, saber práctico falto del

(214) Inocencio Jiménez coincidía con los juicios citados: « La oscuridad no es solo defecto de forma sino indicio de que la asimilación no está lograda ». Todos recogidos en el expediente de oposición citado (n. 212).

carácter sistemático que distingue el conocimiento científico ⁽²¹⁵⁾. Estas coincidencias con la dogmática anterior no ocultan, sin embargo, significativas divergencias, ni tampoco agotan la contribución de la perspectiva emergente. Se produce, en primer término, un sensible desplazamiento de Alemania a Italia en lo concerniente al acopio de autoridades que justifiquen la contracción jurídica de la disciplina, dando con ello la espalda a Mezger, y comentado ampliamente las sugerencias sobre el particular de Arturo Rocco, Francesco Carnelutti o Filippo Grispigni. En segundo lugar, la *civilística penal* pasa de construir una teoría dogmática del delito estrictamente jurídico-penal a referirse expresamente a las técnicas del derecho privado. Llama, en efecto, la atención que, dada la resistencia del derecho penal a « modelar sus instituciones con conceptos puramente jurídicos », se busque auxilio, para vencer esta renuencia, en el derecho civil y no en un derecho político que, sin haber tenido tiempo para tecnificarse, le apremia ahora la decisiva tarea de legitimar ideológicamente el nuevo régimen ⁽²¹⁶⁾. La funcional proximidad del derecho civil y del penal se hace posible en virtud de la mediación de un axioma básico de la racionalidad incipiente: la « unidad ». Si el ordenamiento jurídico, en tanto que expresión de la soberanía unitaria, es único, y el contenido del orden moral que materializa no es menos unívoco, las fronteras que separaban las dos disciplinas se atenúan y, en consecuencia, comienzan a contemplarse, por un lado, la penetración de las instituciones y conceptos iuscivilistas en el terreno penal y, por otro, la idéntica naturaleza espiritual de la que participan las ilicitudes de ambos

⁽²¹⁵⁾ Prácticamente todos reproducen estos lugares comunes: véase PÉREZ VITORIA, *Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programas del Derecho penal*, 1940, pp. 15, 20-21, 32; FERRER SAMA, *Concepto de Derecho penal*, 1940, pp. 25-26; JOSÉ GUALLART LÓPEZ, *Concepto, método, fuentes y programas de la asignatura de Derecho penal*, 1940, II y XXVI; DEL ROSAL, *Nuevo sentido del derecho penal (Problemas de concepto, método y fuentes)*, Valladolid, Librería Santarén, 1942, pp. 27, 34 y 42. Las memorias de Pérez Vitoria, Ferrer Sama y Guallart se encuentran depositadas en el expediente citado (n. 212).

⁽²¹⁶⁾ Valgan como ejemplos algunas obras de la nueva generación de politólogos: FRANCISCO JAVIER CONDE, *La idea actual española de nación* (1939) y *Espejo de caudillaje* (1941), en *Escritos y fragmentos políticos I*, Madrid, IEP, 1974, y de la vieja generación también: LUIS DEL VALLE, *El Estado hispánico (las líneas fundamentales de la comunidad básica)*, Zaragoza, Tip. La Académica, 1943.

campos, diferenciadas exclusivamente por su variable intensidad y por la presencia de factores antropológicos propia del derecho penal. En un momento constituyente sin voluntad así calificable como es la posguerra civil, el alcance de esta — no tan — novedosa « continuidad » entre las materias civil y penal dista de reducirse a una cuestión de apoyo técnico o conceptual, pues atañe sobre todo a la simbiosis institucional que envuelve ambos sectores del ordenamiento, ya que el sistema del código civil « se realiza en múltiples ocasiones merced a la existencia de unos preceptos sancionadores que [coaccionan] psicológicamente », y el derecho penal « vería reducida su órbita a límites muy restringidos si no tuviera como finalidad la protección de los bienes jurídicos que el Derecho civil regula » (217).

Orillando las cuestiones que pueda suscitar este asentamiento del derecho penal en el individualismo propietario del vigente código decimonónico (1889), atendamos a las transformaciones de la racionalidad jurídico-penal. Autodenominada ciencia « normativa » y « formal », la nueva dogmática prescinde del carácter deontológico que los exiliados atribuían a la normatividad del derecho penal. En efecto, para Ferrer Sama el término « normativo » denota exclusivamente el « estudio de la norma jurídica vigente, tal como la misma se nos ofrece », con exclusión expresa, « para evitar posibles confusiones », de la elucidación de su « proceso formativo, de sus causas y efectos sociales » y, en definitiva, de « toda valorización ». El carácter formalista, que en los años treinta era combinado con apreciaciones teleológicas e indicaciones técnicas, las cuales equiparaban en cierta medida al jurista y al legislador, es ahora enunciado como perspectiva indisoluble « en absoluto » en el « criterio finalista », hasta el punto de desautorizarse cualquier juicio crítico sobre la adecuación de la ley a « los fines propuestos por el legislador », pues de proceder así, el jurista saldría indebidamente « del estudio formal de la norma jurídica ». No se crea, sin embargo, que se ha

(217) Vid. Valentín SILVA MELERO, *Ilicitud civil y penal*, en « RGLJ » 179 (1946), pp. 5-25, y, sobre todo, su recopilación de artículos *Tecnicismo jurídico civilista en el derecho penal*, Universidad de Oviedo, 1950, pp. 1-48. Ya en 1913 trataba estas cuestiones Federico Castejón, quien amplía y reedita ahora su trabajo *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil: nuevas aportaciones al ensayo sobre la determinación del concepto de ilicitud en ambos derechos*, Barcelona, Bosch, 1949.

producido una completa tecnificación del discurso jurídico, con negligente prescindencia del componente axiológico. Antes bien, la noción de filosofía jurídica que aquí se mantiene, bajo el magisterio de Del Vecchio, otorga al saber especulativo el honor de valorar las leyes « según el ideal de la justicia trazado por la pura razón ». Asistimos, en cambio, a una renuncia voluntaria del penalista a inquirirse acerca de la racionalidad de las leyes punitivas, labor que, mediante una estricta división del trabajo académico, deja en manos de la filosofía jurídica, reservándose para sí el análisis de « la norma en su contenido y en su forma » (218). Sometido así el derecho penal al dictado de la ley, se anula su tradicional dimensión ética (219) y, sobre todo, se hace posible colaborar, por omisión, con la política criminal del nuevo Estado (220).

Pese a todo, en el recién constituido cuerpo de penalistas no reina la unanimidad. Entre sus miembros destacan autores que, si bien se cuidan de apreciar el « método lógico-abstracto » de la dogmática, y aunque celebran la reversión de la ciencia penal al ámbito del derecho positivo, consideran indispensable continuar abordando « el problema siempre actual del fundamento y fin de lo penal ». Y así lo hacen Manuel Serrano y José Guallart, profesores neotomistas erigidos en baluartes de la moralidad católica frente al

(218) He utilizado la memoria de cátedra de FERRER SAMA, *Concepto de Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 8, 27-33 y 38. Se entiende entonces que su principal obra fuesen unos *Comentarios al Código penal*, Murcia, Suc. de Nogués, 1946-1956, 4 vols. Expresiones de similar calado se encuentran en PÉREZ VITORIA, *Memoria sobre el concepto* (cit. n. 215): « Ni el delito como fenómeno social ni el delincuente son elementos de estudio del Derecho penal », p. 31; « el único objeto de la ciencia del Derecho penal es el estudio de las normas penales vigentes », p. 43; « fuera del Derecho positivo vigente no cabe el trabajo del jurista », p. 47; o « el jurista no debe siquiera preguntarse si el Derecho penal vigente considerado en conjunto o en alguna de sus partes, es o no justo », p. 49. También admitía Pérez Vitoria alusiones excepcionales a conceptos extralegales, pero autorizadas tan sólo « en cuanto ciertos presupuestos filosóficos y determinadas nociones psicológicas están contenidas en el derecho positivo, pero aun en este caso no es necesario ir más allá de él », p. 52 n. 2.

(219) Como acertadamente apunta SBRICCOLI, comentando el caso que inspira en estas fechas a los autores hispanos, en *La mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, en « QF » XXVIII (1999), 817-850, p. 847.

(220) Porque, efectivamente, la más aséptica de las dogmáticas puede prestar provechoso servicio a la política criminal más irracional. Vid. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger* (cit. n. 28), pp. 109-113.

abstencionismo legalista. Con mayor sofisticación jurídica que Serrano ⁽²²¹⁾, Guallart aloja « la eterna reaparición del Derecho natural » en la « antijuricidad » del delito, al cual define como el « acto antijurídico, culpable y punible ». Hasta tal punto pasa lo *injusto* a ocupar, junto a la culpabilidad, el núcleo de « la infracción », que la tipicidad no es ya — como en los casos de Mezger y López Rey — un mero índice legal de lo antijurídico, sino que se transforma en un componente accesorio de la punibilidad, pues, « mientras los dogmas del Legalismo campeen », será necesario determinar jurídicamente la sanción vinculada a un hecho antijurídico. Este modelo punitivo de antiguo régimen acuñado en los moldes de la dogmática moderna, además de casi suprimir el principio, permite ciertamente la remisión a los valores, pero en nada se parecen éstos a aquellos otros social e históricamente constituidos que López Rey menciona. Se trata aquí de asentar el derecho penal en una « Filosofía idealista » que tenga por fundamento el credo católico y por finalidad la ya conocida « defensa social », « cuyo límite debido — repite Guallart, siguiendo a Castejón — será la Justicia » ⁽²²²⁾. En términos materiales, pues, esta metodología se traduce, por un lado, en una referencia a la iglesia oficial encargada de precisar el contenido de los principios que han de inspirar el derecho penal, y, por el otro, en lo que atañe a la « defensa de la sociedad », en una remisión a quienes detentan el poder de individuar las conductas, hechos y situaciones hipotéticamente agresivas para la colectividad. Contemplamos así una apertura del discurso penal a los valores cuyo significado preciso es el de una corroboración ideológica de la topografía institucional alumbrada por la guerra, lo cual poco tiene que ver con la adaptación republicana — perviviente en el exilio —

⁽²²¹⁾ Cf. Manuel SERRANO, *El fundamento del derecho y el sentido de la ciencia española. Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico de 1944 a 1945*, Santiago, Ed. Compostela, 1944, texto en el que seguidamente nos adentraremos. Manejo, por cierto, un ejemplar rubricado por su autor y dedicado a Wenceslao González Oliveros, catedrático de derecho natural más conocido en estos años por su condición de miembro del tribunal especial para la persecución de la masonería y el comunismo.

⁽²²²⁾ Para lo comentado, cf. GUALLART, *Concepto, método, fuentes* (cit.), pp. XI-XII, XXIX-XXX y XLV y *El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito*, Madrid, Imp. Samarán, 1943.

de la « teoría de los valores », identificables en este segundo caso con un orden racional, de pretendida representatividad democrática, objetivado por una élite de juristas e intelectuales y entre cuyas posibilidades destaca la de realizar enmiendas éticas al legislador.

Aunque también se inspire en Erik Wolf, y complete la dogmática remitiéndose a los valores, escasa semejanza tiene con el sistema penal de López Rey la concepción de la disciplina que Juan del Rosal propone. De mayor trascendencia que el « dominio técnico » de « los artículos y párrafos del código », la aprehensión de la « sustancia » y « sentido » del derecho penal supone, en efecto, acudir a sus valores fundadores, los cuales no se localizan ya ni en un orden moral superior al legislador, ni tampoco en el entramado de los intereses sociales, sino que se predicen de la misma « naturaleza humana ». Seguidamente comprobamos que, detrás de esta grandilocuente mención a la condición humana, discurren las « eternas creencias cristianas », en cuanto elementos constitutivos del hombre, y la existencia histórica de la comunidad, en clara alusión a la nacionalidad española. Aparte de por la nostalgia religiosa, este « saber último de los objetos del Derecho penal » se separa de la versión ilustrada republicana de los valores en cuanto apela a la « intuición » como factor del conocimiento científico y, sobre todo, porque se resuelve finalmente en una reconciliación con el curso providencial de la historia que, en términos prácticos, significa la racionalización con léxico vitalista del resultado de la guerra civil y del sometimiento a la autoridad triunfante. En efecto, lejos de constituir principios éticos objetables al legislador, los valores se hallan ya materializados en la « realidad histórico-social », para conocer la cual, además de ejercitar la intuición, debe el penalista colocarse en « la maravillosa altiplanicie de las corrientes de la época » para, desde allí, recoger la solución que le ofrecen « las ideas políticas, a la sazón dominantes » ⁽²²³⁾.

Dejando a un lado la tentativa de legitimación jurídico-penal de la sublevación militar, resumida en una exención de toda responsa-

⁽²²³⁾ Cf. Juan DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 27, 85-89; *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, Aldecoa, 1942, p. 35; y *Política criminal*, Barcelona, Bosch, 1943, p. 20, con la correspondiente homologación de la censura eclesíástica.

bilidad criminal por ser un ejemplo de « legítima defensa colectiva » frente a « la revolución roja » ⁽²²⁴⁾, la dogmática jurídica, el tradicionalismo católico y el nacionalismo falangista inspiran las tres concepciones típicas del derecho penal del primer franquismo. El principio adquiere en cada una de ellas distinto relieve y espesor: en el patriotismo existencial de Del Rosal no encuentra apenas ocasión de realizarse, debido a la defensa expresa de los tipos de autor o a la primacía de una política-criminal orientada, en primer término, por la defensa del Estado y cuyo precipitado último, en consecuencia, lo compone un derecho penal del enemigo; el lugar que el neoescolasticismo le procura apenas difiere del que, medio siglo antes, encontraba en las construcciones de Silvela y Valdés; por último, la dogmática legalista le cede amplio espacio, e incluso, a pesar de los tiempos, se empeña en su defensa y mantenimiento, mas lo hace sólo después de haberle sustraído su virtualidad garantista. Pese a las discrepancias particulares, las tres corrientes mencionadas se coordinan y entrecruzan, pues ni la dogmática ni la ontología falangista desprecian el credo católico, y tanto los tomistas como el nacionalismo romántico acatan el imperativo legal, permaneciendo acaso aislado Juan del Rosal en su personal y abstrusa exposición de las entrañas del fenómeno penal. En realidad, este tríptico jurídico-penal responde a la base socio-política que reproduce, y a la que se halla plenamente subordinado, la cual se caracteriza, en su aspecto jurídico, por los siguientes tres rasgos: la autoridad personal de Franco como fuente mítica de la legalidad; la autoridad institucional de la iglesia como legitimación mística de la legalidad y, por último, la legalidad como expresión existencial de la autoridad histórica de la nación. En el primer caso, la dogmática se presta a desplegar la « suprema potestad » legislativa del Jefe del Estado ⁽²²⁵⁾, sin inter-

⁽²²⁴⁾ Cf. SÁNCHEZ TEJERINA, *El Alzamiento Nacional comenzó siendo un caso magnífico de legítima defensa. Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1940 a 1941*, Salamanca, Imp. Hijos de Francisco Núñez, 1940. Algo similar ensaya Jaime MASAVEU, *La defensa nacional militar frente a un Estado anárquicamente revolucionario (Un enfoque jurídico)*, en « RGLJ » 172 (1942), 35-40, texto de previsible conclusión: « Quien prometió defender a la Nación ha de hacerlo — si necesario fuere — aun contra el mismo Estado », p. 37.

⁽²²⁵⁾ Atribuida por el art. 17 de la ley de administración central del Estado de 30 de enero de 1938, y confirmada en el preámbulo de la ley de creación de las cortes

poner contraste racional a sus decisiones. En el segundo, el derecho natural representa la presencia, a veces ornamental, de la autoridad eclesiástica en la producción jurídica. Y, finalmente, la concepción romántica de la comunidad política trata de sustituir la legitimidad tradicional de la soberanía nacional.

Repasemos brevemente la articulación concreta de cada una de las tres corrientes. Manifestación intelectual del predominio social recobrado por la iglesia católica, el neoescolasticismo reinstala el saber penal en « la lucha de escuelas » de la última mitad del siglo XIX. Esta tendencia reproduce la estructura mental vigente en el siglo anterior, e interpreta el mundo de acuerdo a las entonces habituales divisiones entre *materialismo-idealismo*, *determinismo-libre albedrío*, *cuerpo-alma*, *bien-mal*, *pecado-salvación*. En la medida en que el discurso penal vuelve a tomar como referentes predilectos el orden natural armónico y el orden legislado, su aportación se resume en precisar las relaciones, proximidades y contradicciones existentes entre ambos polos, con la consecuente reaparición de las viejas polémicas contra los sacerdotes del derecho protagonizadas por Pedro Dorado. La función penal vuelve a ser la « reparación » del « orden moral perturbado », y la definición del delito pone el énfasis en la fase más estrechamente vinculada con el libre arbitrio: la culpabilidad, « centro y eje del Derecho penal ». En términos políticos, la concepción tomista desempeña una notable labor nacionalizadora, al excluir de su construcción las doctrinas extranjeras — « europeísmo de exportación » que corrompía el genuino genio nacional — y recluirse voluntariamente en Tomás de Aquino y los restantes autores escolásticos, cuya obra intelectual se interpreta como un signo indeleble de hispanidad y como un *corpus* teórico autosuficiente, en el que el penalista puede encontrar prefigurados, y aun detallados, todos los avances ulteriores de su disciplina. Si en términos generales el empobrecimiento cultural que representa esta tendencia es bien patente — « menos cosas leídas y más pensadas », exclama Serrano —, en relación al asunto particular del principio de legalidad carece también de aporte propio, pues secunda la dogmática legalista en los contenidos y dimensión que ésta atribuye a aquél.

españolas de 17 de julio de 1942. Manejo la colección *Leyes políticas de España*, Madrid, IEP, 1956.

Sin embargo, a su acatamiento del criterio legalista acompaña una constante recordación de que el « Derecho positivo sirve, mas siempre que no contradiga el Derecho natural ». A este respecto, Manuel Serrano despliega una estrategia jurídica de sumo interés, por cuanto se propone identificar el conjunto de principios informadores de la codificación penal hispana, a los que han de seguir respondiendo las reformas planteadas para un futuro próximo. Su punto de partida es el art. 2 del código de 1848, que ha permanecido intocado en los códigos subsiguientes y según el cual los tribunales, aunque deban abstenerse de actuar, podrán informar al gobierno de los actos antijurídicos « dignos de represión y no penados por la ley » de que tengan conocimiento en el desempeño de su oficio. Serrano interpreta esta válvula de escape del ordenamiento legislativo como una referencia explícita al orden moral. Para prevenir malentendidos, recuerda el carácter eminentemente científico de su búsqueda de los primeros principios, que de ningún modo pueden condicionar la labor judicial, consistente en « analizar la ley positiva, buscando el nexo lógico de lo que ve con lo legislado ». Una vez limitada la influencia de los axiomas morales, a los que sólo corresponderá inspirar las próximas reformas legislativas, Serrano precisa su contenido acudiendo a la obra de los autores y legisladores que, cristalizando en normas el derecho natural, confeccionaron el código de 1848. Se hace así posible un diálogo con el máximo intérprete de aquel cuerpo legal: Joaquín Francisco Pacheco, en cuyas opiniones Serrano encuentra un refrendo de su criterio escolástico, al hallar en ellas constante « alegación a los principios inmutables del orden natural »⁽²²⁶⁾. Con este regreso al siglo XIX, no sólo confirma Serrano su iusnaturalismo de « dirección puramente escolástica », sino que completa, y pone al descubierto, la estrategia desarrollada en estos años constituyentes por los políticos, la cual, repudiando en bloque toda la historia constitucional, reconecta la tradición política « nacional » con el momento « imperial » en que se forjó el « destino » histórico de la « Nación espa-

⁽²²⁶⁾ Cf. para todo lo dicho, SERRANO, *El fundamento del derecho* (cit. n. 221), pp. 12, 30, 40-46, 52-54 y 89; *Culpabilidad y pena* (cit. n. 213), « I. Existe el libre arbitrio »; y, sobre todo, *El art. 2 del Código penal vigente en relación con los principios generales del Derecho*, en « RFD » num. 12 (1943), 35-54.

ñola », en una operación de ocultamiento ideológico de la auténtica ascendencia política decimonónica de las « nuevas » concepciones franquistas. Por último, la corriente católica, al cimentar otra vez la doctrina penal sobre el absolutismo moral, promueve una política criminal opuesta a las exigencias del principio, que favorece las incriminaciones por motivos de creencia confirmados por el criterio de la ciencia. De ahí que, a pesar de su enérgico rechazo del « materialismo grosero lombrosiano », los autores tomistas den paradójica cabida en sus investigaciones — « en sumario aprovechamiento de la Criminología » — al « sujeto del delito », con inclusión de « las muchedumbres amorfas » como ejemplo de « colectividad delincuente » (227).

Si la dirección iusnaturalista rellena de contenido moral la dogmática jurídica, la corriente falangista trata de asentar la ley penal en la « base perdurable de *lo nacional* ». Su punto de arranque es, efectivamente, la insuficiencia de la dogmática para dar cuenta del « ser » de la función punitiva. Hecho « añicos allá por el año treinta y cuatro », el método formal se demuestra incapaz de dilucidar las razones de la transformación del derecho penal en un arma « para el sostenimiento de una determinada concepción vital ». Para suplir esta carencia, Del Rosal no sólo invoca el pensamiento teológico de la contrarreforma, que ya se dedicaba a « explicar la concepción española », sino, sobre todo, su intervención en la guerra civil, o, por expresarlo con sus palabras, « haber participado en la elaboración de esa unidad apareciente, con que la Comunidad de una Nación se hace verbo de su expresión histórica ». Cuidémonos de reducir semejante invocación a simple retórica, porque, una vez extirpado el encomendamiento a la providencia histórica, nos traslada, a mi juicio, las auténticas y trágicas dimensiones de la

(227) Vid. la sistemática penal de GUALLART en *Concepto, método, fuentes* (cit. n. 215), XLII-XLV, donde se dice, en apoyo de esta orientación político-criminal: « el delito, antes de ser un acto antijurídico, es un acto inmoral; es el acto inmoral por excelencia », p. XXXI. Cf. también la forma en que Serrano concilia la culpabilidad del « libre albedrío » con las corrientes totalitarias que « hablan de una tendencia en el sujeto a delinquir dolosamente como algo total de la persona », confluyendo ambas tendencias en una « posición que parte de la base de la existencia de una predisposición a delinquir, en el mismo sentido que lo dijo Lombroso », en *Culpabilidad y pena* (cit. 213), pp. 21-24, 48 y 74-110.

constitución política de la sociedad que se está llevando a cabo. Su aportación, al menos en estos primeros años, tiene escaso valor en el plano científico, y se limita a consignar enfáticamente que si la « ciencia estudia *lo que son* las cosas », a la ciencia penal corresponde descifrar lo que « *son* el delito, la pena y el delincuente en la pura y radical realidad de sus existencias » (228), en un razonamiento tautológico cuyo significado práctico es concebir la función punitiva según las pautas y contenidos que le marque la mitificada autoridad vigente. Pero, oculta tras la *jerga de la autenticidad*, se halla una descripción fiel del momento político y de la labor desempeñada en él por la legislación penal. Aunque interesa reseñarla, es de importancia menor la legitimación intelectual que Del Rosal hace de la criminalización de hombres por lo que son y creen, y no por lo que han hecho, presentada en sus ideas penales como una transformación de la teoría del delito, la cual no puede prescindir en su análisis del infractor en cuanto éste está ontológicamente ligado a sus acciones. Así, inscrito ya el derecho de castigar en el « orden concreto » de la colectividad, y subordinados los individuos a la organicidad ética de la comunidad en la que viven, la supuesta revolución que, proveniente del nacionalsocialismo, trae Del Rosal a la disciplina consiste en un « Derecho penal de voluntad », opuesto « al del resultado o lesión », cuya consecuencia es una estigmatización del delincuente como enemigo de la sociedad, en razón de su intrínseca perversidad revelada en la comisión del delito (229).

Mayor interés contienen sus criterios político-criminales, pues, a pesar de su exposición farragosa y a menudo inconclusa, expresan con transparencia el profundo cambio que se está operando. Si el

(228) Cf. Juan DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 89 y 138; *Acerca del pensamiento penal español* (cit. n. 223), pp. 13-32; *Política criminal* (cit. n. 223), p. 51 y 82.

(229) Vid. sus *Notas para un concepto ontológico del delito*, en « RGLJ » III 172 (1942), 131-148 y *Nuevo sentido del Derecho penal* (cit. n. 215), p. 60. Sus construcciones, en efecto, son deudoras del nacionalismo romántico de Schmitt y también un triste remedo de la metafísica de Heidegger. El complemento procesal del autor falangista lo pone Miguel FENECH, *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, con regreso de la judicatura al interior de una « Administración que abarca todos los funcionarios », reunificación de los poderes y « sumisión y obediencia » del juez al « Príncipe », pp. 102 y ss.

derecho penal debe acatar las órdenes de la historia, la finalidad que pasa a cumplir es, sencillamente, la adjudicada por el nuevo dominio, pues el sentido del derecho criminal, lejos de inferirse de criterios racionalistas neutrales, como pretendía la concepción liberal, proviene « de la idea política en que nace y a la que sirve ». La continuada apelación a la fase histórica que atraviesa Europa, resumida, en lo que al derecho penal concierne, en el tránsito de una concepción jurídico-privada de la penalidad a otra que resalta su dimensión pública, es pronto corroborada por la concatenación de varias medidas legislativas adoptadas por el régimen franquista con la finalidad de eliminar la disidencia política. Así, las leyes penales de excepción, el acrecimiento de la jurisdicción militar y la creación de una jurisdicción especial para la represión de la masonería y el comunismo ⁽²³⁰⁾, son saludados por Del Rosal como una meritoria adecuación del « moderno Estado » al imperativo de los tiempos. El contraste de la interpretación que Del Rosal hace de estas disposiciones con su exposición meramente dogmática es muy intenso: los encargados de presentar su contenido — omitiendo todo juicio moral o tratando de restarle intensidad — recuerdan la represión liberal del anarquismo, traen ejemplos legislativos de similar alcance adoptados en países democráticos ⁽²³¹⁾, o, en fin, exponen fríamente las previsiones irracionales de sus preceptos ⁽²³²⁾. En cambio, sólo

⁽²³⁰⁾ Me refiero a la ley de responsabilidades políticas de 1939, a la de seguridad del Estado de 1941 y a la ley para la represión del comunismo y la masonería de 1940, donde, por ejemplo, se recurre a la retroactividad y la analogía. Para el contenido de estas disposiciones, el cual debiera ser expuesto hoy en las facultades de derecho, véase Barbero SANTOS, *Política criminal y Derecho penal en España* (cit. n. 11), pp. 70-72 y Manuel Álvaro DUEÑAS, 'Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo'. *La Jurisdicción especial de Responsabilidades Políticas*, Madrid, CEPC, 2006.

⁽²³¹⁾ Vid. José GONZÁLEZ LLANA, *La seguridad del Estado y la Ley de 29 de marzo de 1941*, en « RGLJ » 171 (1941), 111-119.

⁽²³²⁾ Como hace Cuello Calón, siendo así fiel al legalismo que siempre le caracterizó: vid. *Delincuencia política*, en « RFD » 1 (1940), 16-23, donde se mencionan ejemplos democráticos de leyes de defensa política del Estado que permiten explicar el caso franquista como expresión particular de « un fenómeno general », p. 20; y *Reformas introducidas en el Código penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado*, en « RFD », nums. 6-7 (1941), 37-51, descriptiva enumeración de los artículos del código aún vigente de 1932 derogados expresa o tácitamente por la nueva legislación.

Del Rosal, evidenciando con ello la nula relevancia del « tan cacareado » principio en sus ideas, interpreta estas disposiciones como lo que realmente fueron: leyes de guerra a través de las cuales se intensifica el sentido « defensivo » del derecho penal y se anula parcialmente, hasta que sea completada la labor constituyente de la nueva sociedad, el código penal y su jurisdicción ordinaria ⁽²³³⁾.

La supervivencia del principio queda finalmente en manos de la dogmática, que lo reduce a una simple predeterminación normativa de la conducta sancionable y, en consecuencia, lo desposee de su condición de garantía política y lo convierte exclusivamente en una técnica disciplinaria que estriba en producir « la certidumbre de ser castigado » ⁽²³⁴⁾. Cuello es el primero en advertir que el *nullum crimen* no desvirtúa, sino más bien consolida, la autoridad del nuevo Estado. Y a desarrollar esta indicación acuden sus discípulos. Para Pérez Vitoria, una vez salvada la « facultad omnímoda para dictar su Derecho penal », el Estado debe establecer con precisión « qué hechos son delictuosos y cuales no lo son » para que sus mandatos puedan ser cumplidos sin yerro. Con mayor profusión, Ferrer Samaniega a la tradición ilustrada la paternidad del axioma, como bien ejemplifica su « origen legislativo » en el « Digesto » y su reciente consignación expresa en el código fascista. Apartando la maleza ideológica que lo rodea, y devolviéndolo a la prístina función que le confirió Anselm Feuerbach, Ferrer averigua que el principio de legalidad sustenta la técnica de « prevención general », « doctrina

⁽²³³⁾ Cf. Juan DEL ROSAL, *Acerca del pensamiento penal español* (cit. n. 223), « III. Nuevo sentido defensivo del Derecho penal español »: con la constante apelación vitalista al viraje histórico para legitimar los tipos imprecisos — « ya no es posible sostener que la realidad anchurosa y concreta de la vida se exprima en un número determinado de figuras de delito », p. 49 — o la analogía — « esta idea política, nacida de la conciencia ética del hombre y de un examen agudo del auténtico ser de las naciones, presenta todos los síntomas de ser un *imperativo* para todo hombre de nuestro tiempo », p. 50.

⁽²³⁴⁾ Porque, efectivamente, la previa fijación legal del hecho punible y de la pena no colman el contenido del derecho constitucional de la legalidad penal. Cf. Susana HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en « Revista española de Derecho constitucional », 39 (1993), 81-113, que atribuye al principio « un contenido esencial » fundado en la historia de las ideas, tesis a la que cabría objetar el núcleo conclusivo de estas páginas, a saber: que la legitimación del principio no puede ser histórica, ni doctrinal, sino estrictamente racional.

sobre la que precisamente se asienta el moderno Derecho penal autoritario » y que, además, se conforma a las « condiciones temperamentales » del pueblo español. Por su parte, para remachar la argumentación, Ortego Costales concluye que, lejos de preservar la « libertad individual » frente al poder público, « la certeza del Derecho penal es la mayor manifestación de la potencia del Estado », pues « la primera necesidad psicológica del jefe es la seguridad y la claridad en el mando » (235). Con repugnancia por el iusnaturalismo rancio y el nacionalismo exacerbado, Antón Oneca se refugia precisamente aquí, en el valor jurídico de la prevención general como técnica disuasoria de la criminalidad, pero extrayendo también de ella los límites infranqueables del poder punitivo del Estado, pues para que « la pena se mantenga ejemplar es preciso que sea limitada y condicionada por las mismas normas morales que protege ». Era esta, en fin, la forma en que el liberalismo democrático se encomendaba a la futura *penalistica civil* (236) para que lograra lo que para él « fue solamente una tierra de promisión » (237).

(235) Cf. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1940 (5ª edición), p. 163; PÉREZ VITORIA, *Memoria sobre el concepto* (cit. n. 215), pp. 12-13; FERRER SAMA, *Concepto de Derecho penal* (cit. n. 215), pp. 48-58; y José ORTEGO COSTALES, *El principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege', exigencia jurídica y no garantía política*, en « RFD », nums. 6-7, 52-67. Sobre la ambivalencia de la formulación ilustrada de la legalidad, realiza algún apunte de interés Carmen LAMARCA, *Formación histórica y significado político de la legalidad penal*, en « Revista Jurídica de Castilla la Mancha » 2 (1987), 35-82, pp. 55-61.

(236) Concluyendo así el relato con la parábola acuñada para la historia de la penalística por el autor a quien se rinde aquí tributo y de quien leí mis primeras páginas en italiano de sus *Elementi per una bibliografía del socialismo giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 1976. Cf. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta* (cit. n. 219), p. 844.

(237) Cf. Antón ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945*, Salamanca, Imprenta Cervantes, 1944, p. 93, fecha en la que concluye la presente exposición. La última expresión la tomo de su texto *La generación española de la política criminal* (cit. n. 115), p. 348.