

LUIS JIMÉNEZ ASÚA

Doctor en Derecho

Pensionado para estudiar Derecho penal en el Extranjero

LA SENTENCIA INDETERMINADA

El sistema de penas determinadas *a posteriori*

Prólogo de

Constancio Bernaldo de Quirós

Presentación de

Enrique Bacigalupo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN.....	15
PRÓLOGO	25
BIBLIOGRAFÍA	43

INTRODUCCIÓN

1. La lucha contra el crimen	53
2. Insuficiencia de los medios empleados	54
3. Fin de la pena	59
4. Defensa de la idea correccionalista	59
5. Individualización de la pena por medio del <i>Sistema de penas determinadas a posteriori</i>	62
6. Nombres que el nuevo sistema ha recibido y justificación del adoptado	63

PARTE PRIMERA

ORÍGENES E HISTORIA DEL SISTEMA DE PENAS DETERMINADAS A POSTERIORI

Razón de plan y división de esta parte.....	69
CAPÍTULO I. PROGRESIÓN LEGISLATIVA	71
1. En la Edad Antigua.....	71
2. En la Edad Media y hasta la Revolución francesa (1789).	73
3. Desde la Revolución francesa hasta las leyes que en la materia están vigentes	77

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
CAPÍTULO II. PROGRESIÓN CIENTÍFICA	83
1. Hasta el Congreso de Cincinnati (1870)	83
2. Desde el Congreso de Cincinnati hasta nuestros días	88
CAPÍTULO III. HISTORIA DEL SISTEMA DE PENAS DETERMINADAS <i>A POSTERIORI</i> EN NUESTRA PATRIA	107
1. Historia legal	107
2. Progresión científica.....	116

PARTE SEGUNDA DESENVOLVIMIENTO IDEAL DEL SISTEMA

CAPÍTULO I. LA IDEA	129
1. Concepto	129
2. Fundamento.....	130
3. Fines	137
4. Definición	141
5. Diferenciación del sistema que estudiamos de otros sistemas o instituciones con quienes tienen ciertas ana- logías	141
CAPÍTULO II. DESARROLLO DE LA IDEA.....	145
1. Plan	145
<i>Primera parte: La pena a priori ha de ser indeterminada.</i>	146
2. Sistemas de indeterminación.....	146
A) Sistemas de indeterminación absoluta.....	146
B) Sistemas de indeterminación relativa	151
C) Sistemas de tránsito entre la idea <i>determinista</i> y la <i>indeterminista</i>	156
3. Qué sistema nos parece más acertado	159
<i>Segunda parte: La pena debe determinarse a posteriori.</i>	162
4. Dentro del momento en que la pena se determina pue- den distinguirse también dos momentos sucesivos	162
5. Por quién y cómo debe determinarse la <i>clase</i> de la pena .	162

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
6. Quién debe determinar la <i>cantidad</i> de la pena señalando el momento de la liberación	163
A) Sistema administrativo.....	164
B) Sistema judicial.....	165
C) Sistema de las Comisiones mixtas	165
7. Qué sistema proponemos nosotros	169
 CAPÍTULO III. CONDICIONES QUE EXIGIRÍA LA IDEAL REALIZACIÓN DEL SISTEMA DE PENAS ULTERIORMENTE DETERMINADAS	 177
1. <i>Primera</i> : Que los jueces del nuevo sistema penal tengan los conocimientos suficientes	178
2. <i>Segunda</i> : Que la pena se cumpla en establecimientos reformativos	181
3. <i>Tercera</i> : Que el personal penitenciario sea idóneo.....	186
4. <i>Cuarta</i> : Que exista una Comisión especial	187
5. <i>Quinta</i> : Que el reo no sea liberado hasta que tenga un medio honrado de vivir	187
6. <i>Sexta</i> : Que el liberado lo sea condicionalmente	188
7. <i>Séptima</i> : Que esta liberación condicional esté vigilada y protegida	192
 CAPÍTULO IV. A QUÉ INFRACTORES DE LA NORMA PENAL DEBE APLICARSE EL TRATAMIENTO DETERMINADO A <i>POSTERIORI</i>	 195
1. Plan	195
2. Opiniones de los que pretenden que el sistema se aplique a todos o la mayor parte de los delincuentes	196
3. Quiénes quieren que la indeterminación sea aplicada a la vez como pena de reforma y como pena de seguridad	200
4. Quiénes pretenden que se aplique en uno sólo de esos aspectos	201
A) Quiénes la reclaman tan sólo para los individuos susceptibles y necesitados de reforma	202
B) Quiénes son los que la piden para los delincuentes más peligrosos	204

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
5. Para quiénes la solicitan los que conciben la indeterminación como una medida extra-penal	206
6. Otras variadas opiniones.....	210
7. A quiénes pretendemos nosotros que se aplique el tratamiento determinado <i>a posteriori</i>	213
 CAPÍTULO V. RESPUESTA A LAS OBJECIONES.....	 221
1. Plan	221
2. Objeciones de principio	221
A) Objeciones surgidas del fin particular que se asigna a la pena	222
B) Objeciones basadas en el principio de la santidad de la cosa juzgada	228
3. Objeciones de hecho.....	229
A) Objeciones nacidas del temor de poner en peligro los derechos de igualdad y libertad individuales	229
B) Objeciones fundadas en la dificultad de conseguir y de constatar la corrección que ha de poner término a la pena	234
C) Funestas consecuencias que creen los detractores traería consigo la aplicación del sistema que defendemos	237

PARTE TERCERA REALIZACIÓN PRÁCTICA DEL SISTEMA OBJETO DE ESTE ESTUDIO

CAPÍTULO I. LEGISLACIÓN EXTRANJERA COMPARADA	241
1. Estados Unidos	241
A) Nueva York.....	243
B) Massachusetts	246
C) Pensilvania	248
D) Minnesota	249
E) Michigan.....	249
F) Illinois.....	250

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
G) Ohio	251
H) Kansas	251
I) Indiana.....	252
J) Colorado.....	252
K) Connecticut.....	252
L) Nueva Jersey	253
M) Otros Estados de la Unión americana que han adop- tado la sentencia indeterminada	253
2. República Argentina	253
3. Uruguay	254
4. Inglaterra.....	255
5. Noruega.....	258
6. Suiza.....	259
7. Austria y Hungría	260
8. Australia	261
9. Nueva Zelanda.....	262
10. Transvaal	263
11. Comparación entre la varia legislación de estos países ...	265
12. Legislaciones que marchan por el camino de la indeter- minación.....	267
 CAPÍTULO II. RESULTADOS OBTENIDOS EN LA PRÁCTICA.....	 271
1. Resultados obtenidos en el Estado de Nueva York.....	272
2. Resultados conseguidos en otros Estados de la Unión Americana	275
3. Resultados obtenidos en Inglaterra	280
 CAPÍTULO III. ESPAÑA Y EL SISTEMA DE PENAS DE- TERMINADAS <i>A POSTERIORI</i>	 283
1. La situación actual de la ley penal española enfrente del sistema que estudiamos.....	283
2. En los momentos actuales sería prematuro instaurar el <i>sistema de penas determinadas a posteriori</i>	287
3. Forma gradual de poder conseguir su implantación en nuestra Patria.....	291
 CONCLUSIONES.....	 293

PRESENTACIÓN

El 28 de febrero de 1913 Luis JIMÉNEZ DE ASÚA obtuvo el título de Doctor en la Universidad (entonces) Central, hoy Universidad Complutense. Ese día leyó su tesis doctoral, que había sido presentada el 15 de enero de 1913, sobre *El sistema de penas determinadas á posteriori en la Ciencia y en la Vida*, calificada con la nota de sobresaliente. La tesis fue redactada a partir del 11 de octubre de 1911, fecha en la que había concluido la licenciatura. El texto de la tesis, con varias modificaciones y adiciones, dio lugar a un volumen titulado *La sentencia indeterminada. El sistema de las penas determinadas a posteriori*, que, con prólogo de D. Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, publicó la Editorial Reus de Madrid en el mismo año de 1913. Este libro es el que ahora es reeditado por la editorial Marcial Pons en conmemoración de un acontecimiento tan relevante para la ciencia del Derecho penal de España y de Iberoamérica.

Según el «Acta del grado de Doctor en Derecho», extendida ese mismo día, el tribunal que juzgó la tesis estaba integrado por D. José María VALDÉS RUBIO, D. Francisco CUEVA PALACIO (catedrático de canónico, primero en Salamanca y luego en Madrid), Antonio GOICOECHEA, y D. Quintiliano SALDAÑA, a quien JIMÉNEZ DE ASÚA dedicó la tesis publicada llamándolo «mi querido maestro». Actuó como secretario GARCÍA MARTÍNEZ.

De los profesores del tribunal de tesis sólo eran penalistas conocidos D. José María VALDÉS RUBIO, que era catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central y autor del libro titulado *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, I, Madrid, 5.^a ed., 1913, a quien años más tarde el propio JIMÉNEZ DE ASÚA relevó en la cátedra de Madrid, y

D. Quintiliano SALDAÑA, catedrático del doctorado de «Antropología criminal y estudios superiores de derecho penal». JIMÉNEZ DE ASÚA sólo nos proporcionó en su Tratado de Derecho Penal datos biográficos de SALDAÑA¹. De ellos se infiere que sus relaciones personales años más tarde no fueron buenas, no obstante haber sido ambos los traductores al castellano del *Lehrbuch* de Franz VON LISZT². *Saldaña* había estudiado en Alemania, aunque —cuenta JIMÉNEZ DE ASÚA— por poco tiempo; allí pudo asistir al famoso seminario que VON LISZT había fundado en Marburg en 1888, trasladado a Halle, entre 1889 y 1899, y luego a Berlín. Siendo muy joven SALDAÑA fue catedrático en Santiago de Compostela y más tarde en Sevilla. Concluyó su carrera académica en la Universidad Central accediendo a la cátedra doctoral, en la que reemplazó a D. Félix ARAMBURU Y ZULOAGA, que había sido designado Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. JIMÉNEZ DE ASÚA pensaba que «sería injusto restar méritos a SALDAÑA. En orden a nuestra historia jurídico penal —dice— hizo grandes esfuerzos por acumular materiales y, sobre todo, en cuanto a las doctrinas, trajo a España, en un momento en que en el Derecho penal no había más que figuras adocenadas y libros vulgares, el viento de la modernidad»³.

El prólogo de *La sentencia indeterminada*, como dijimos, es obra de D. Constancio BERNALDO DE QUIRÓS. Marino BARBERO SANTOS, que fuera gran conocedor de la historia moderna del Derecho penal español, me contó, hace ya mucho tiempo, que el prologuista de *La sentencia indeterminada* debería haber sido Pedro DORADO MONTERO, pero que éste no llegó a un acuerdo con el editor. No he encontrado ninguna referencia en la biografía de DORADO MONTERO que JIMÉNEZ DE ASÚA hace en su tratado que confirme este dato. Segura-

¹ Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 4.^a ed., 1964, pp. 881 y ss.

² La versión castellana se publicó en tres tomos; SALDAÑA tradujo el primer tomo y JIMÉNEZ DE ASÚA los otros dos.

³ Loc. cit., p. 883.

PRESENTACIÓN

mente porque, como estimaba Marino BARBERO, JIMÉNEZ DE ASÚA no llegó a saber del desacuerdo del editor con DORADO. Lo cierto es que la publicación de la tesis estuvo prologada, como he señalado más arriba, por D. Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, a quien JIMÉNEZ DE ASÚA, muchos años después de la publicación de *La sentencia indeterminada*, consideró su maestro⁴. BERNALDO DE QUIRÓS había sido a su vez discípulo de D. Francisco GINER DE LOS RÍOS y explicado criminología en el Instituto de Estudios Penales. Pasó parte de su exilio en la República Dominicana y parte en México, donde murió el 11 de agosto de 1959. JIMÉNEZ DE ASÚA conoció a BERNALDO DE QUIRÓS en el local de la Junta de Ampliación de Estudios en 1913, cuando se presentó para solicitarle la redacción del prólogo. En esos días BERNALDO DE QUIRÓS pensaba que el estado de la ciencia penal en «el momento actual es de una depresión manifiesta». La tesis aparecía, por tanto, en un momento de poca significación en la historia del Derecho penal español.

JIMÉNEZ DE ASÚA escribió el libro en el clima científico dominado en la época por el positivismo, principalmente en Alemania y en Italia, desde donde fue irradiado a toda Europa a través de la IKV (*Internationale Kriminalistische Vereinigung*), fundada en 1898 y liderada por Franz VON LISZT (Berlín), G. A. VAN HAMEL (Ámsterdam) y Adophe PRINS (Bruselas). Un resumen esclarecedor del espíritu del tiempo en el que JIMÉNEZ DE ASÚA investigó la materia de su tesis está en la declaración estatutaria de la IKV: «La IKV sostiene que tanto el delito como los medios para combatirlo, tienen que ser considerados desde un punto de vista jurídico, sino también desde una perspectiva antropológica y sociológica. Ella se propone la tarea de investigar científicamente el delito, sus causas y los medios para combatirlo»⁵.

⁴ Loc. cit., p. 890. Evidentemente debe haber habido algún desencuentro con SALDAÑA, dado que en el Tratado ya no lo considera, como en 1913, cuando publicó la tesis doctoral, su «querido maestro».

⁵ Cfr. L. RADZINOWICZ, *The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance*, p. 74.

Como es sabido, el positivismo penal distinguía entre diversas clases de delincuentes y entendía que la pena tenía que ajustarse al peligro de reincidencia que cada categoría de ellos presentara. A partir de aquí y de la evidencia de que es imposible predecir exactamente el efecto de la pena sobre un sujeto que ha delinquido, fue posible pensar que la pena no puede ser fijada definitivamente en la sentencia, sino que debe ser indeterminada o mejor dicho determinada *a posteriori*. Este sistema es el que JIMÉNEZ DE ASÚA llamó «sistema de penas determinadas *a posteriori* o ulteriormente determinadas»⁶. El método requería, por tanto, relacionar la pena o la especie de pena con el delincuente o con una categoría de delincuentes. Consecuentemente JIMÉNEZ DE ASÚA examinó a qué tipo de delincuentes debe ser aplicada la sentencia indeterminada, pero concluyó que debía ser adoptada «para todos los delincuentes (...) en su verdadero sentido de tutela penal»⁷. Tal conclusión era también consecuencia del punto de vista de JIMÉNEZ DE ASÚA, que no admitió la categoría de los delincuentes irrecuperables de VON LISZT.

JIMÉNEZ DE ASÚA cuestionó en su tesis un Código Penal que establecía un sistema de determinación de la pena caracterizado por su rigidez. De forma contundente nos dice que «de todas las leyes penales existentes hoy en el mundo civilizado, acaso sea el Código penal español de 1870 el más enconado adversario del libre arbitrio judicial»⁸. Y agrega críticamente que el Código «lo prevé todo, lo reglamenta todo (...) es necesario anular (...) la temida libertad del juez; por eso se dan reglas minuciosísimas sobre la manera de aplicar las penas»⁹. De ahí que afirmara: «nuestro Código es una traba, un grillete para el magistrado»¹⁰.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, 2.^a ed. Madrid, 2013, p. 66.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, cit., pp. 217 y 219, donde, sin embargo excluye a los delincuentes políticos.

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 283.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 283.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 283 y 284.

Diversos son los pasos que JIMÉNEZ DE ASÚA consideraba necesarios para implantar el sistema de penas determinadas *a posteriori*; entre ellos, señalaba el «permitir que dentro de los límites legales, el juzgador estableciera en la sentencia no el *quantum* fijo de la pena, sino una cantidad comprendida entre un extremo mínimo y otro máximo, de manera que el reo no pudiera ser liberado antes del primero, debiendo serlo antes del segundo, pero que dentro de ellos su corrección civil hiciera terminar el tratamiento penal»¹¹.

En la búsqueda en muy distintas legislaciones de los rasgos definitorios de la sentencia indeterminada, consideró un elenco de países en los que el sistema ya estaba bien implantado o bien con ciertas normas que apuntaban en esa dirección. Incluso trató¹² el Contraproyecto alemán de 1911 redactado por KAHL, VON LILIENTHAL, VON LISZT y GOLDSCHMIDT, que en el § 88.3 se ocupa de esta cuestión.

Finaliza JIMÉNEZ DE ASÚA su tesis doctoral indicando que quiere encaminar hacia esa meta los pasos necesarios y recuerda, haciéndolas suyas, las palabras de VAN HAMEL, «su tiempo llegará más pronto o más tarde: yo sabré esperarle»¹³.

Este planteamiento, pionero en España, que JIMÉNEZ DE ASÚA incorporó a la doctrina española, supuso una importante innovación y la inserción de España en la discusión de la «Lucha de Escuelas» que entonces, aproximadamente desde 1870, se libraba en Europa y que, según VON LISZT¹⁴, estaba llegando al final. El objeto de la investigación era especialmente innovador, dado que —como el propio VON LISZT lo subrayaba¹⁵— implicaba «una conexión orgánica de la administración de justicia con la ejecución de la pena» que era «un insoslayable presupuesto del éxito» de esa política criminal. Una premisa, que sigue teniendo total vigencia.

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 292.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 270.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 292.

¹⁴ Cfr. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.^a ed., publicada después de la muerte de VON LISZT en 1921 por Eb. SCHMIDT, pp. 22 y ss.

¹⁵ Loc. cit.

Sobre todo por esta razón, hoy en día, a los cien años de su publicación, el libro tiene un gran interés por cuanto supone una importante e ineludible base para la discusión sobre las teorías de la pena y de las relaciones entre imposición de la pena y la ejecución penal.

El último artículo escrito por JIMÉNEZ DE ASÚA, un año antes de su muerte, está dedicado a Franz VON LISZT y fue publicado en el fascículo de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* del año 1969¹⁶, en el que fue conmemorado el 50 aniversario del fallecimiento del fundador de la revista. El artículo se titula «Corsi e ricorsi - die Wiederkehr Franz von Liszts»¹⁷. JIMÉNEZ DE ASÚA retomó de esta manera en el título de su último artículo una idea que BERNALDO DE QUIRÓS ya había expuesto, más de medio siglo antes, en el prólogo de *La sentencia indeterminada*: la idea del eterno regreso (*die ewige Wiederkehr*) de NIETZSCHE¹⁸.

En su último artículo JIMÉNEZ DE ASÚA muestra su satisfacción por el retorno de las ideas político-criminales de la prevención especial, a las que sin duda estaba íntimamente vinculada su tesis doctoral, escrita, como vimos, en el contexto del Programa Universitario de Marburg¹⁹ de VON LISZT. Pero ya se sabe que cuando las ideas regresan no suelen ser idénticas a las del pasado. Cuando JIMÉNEZ DE ASÚA escribía su último artículo era el tiempo del *Alternativ Entwurf* de 1966²⁰, de la idea de la resocialización, de los establecimientos de terapia social, de la ejecución como tratamiento. Consecuentemente la prevención especial del *Alternativ-Entwurf* ya no tenía por

¹⁶ ZStW 81 [1969], pp. 685 y ss.

¹⁷ «Curso y recurso —el retorno de Franz von Liszt—. No he podido constatar si este artículo ha sido publicado también en castellano.

¹⁸ Prólogo de la primera edición, p. XVI.

¹⁹ «Marburger Universitätsprogram», 1882, ZStW 3, pp. 1 y ss. (recogido en Franz VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, pp. 126 y ss.)

²⁰ *Alternativ-Entwurf eines Stragesetzbuches*, vorgelegt von J. BAUMANN, A. E. BRAUNECK, E. W. HANACK, A. KAUFMANN, U. KLUG, E. J. LAMPE, TH. LENCKNER, W. MAIHOFFER, P. NOLL, C. ROXIN, R. SCHMITT, H. SCHULTZ, G. STRATENWERTH y W. STREE, 1966.

fundamento la idea de la *selección artificial* —que VON LISZT²¹ entendía como concepto paralelo, en el ámbito social, a la «selección natural» que DARWIN postulaba en el ámbito natural de las especies— y de la eventual segregación definitiva de los delincuentes incorregibles de Franz VON LISZT, categoría que ya no era aceptada por JIMÉNEZ DE ASÚA en los tiempos de su doctorado. Su alto grado de optimismo social no le permitía aceptar la idea misma de un sujeto incorregible²². La prevención especial estaba basada ahora en un programa resocializador, de reinserción social, como dice la Constitución en su art. 25.2, que era precisamente lo contrario de la segregación. Ya no eran admisibles las famosas palabras de VON LISZT con las que recomendaba que «contra los incorregibles la sociedad tiene que protegerse; y dado que no queremos decapitarlos ni ahorcarlos y deportarlos no podemos, sólo queda su encierro perpetuo (es decir: por un tiempo indeterminado)»²³.

El pensamiento de JIMÉNEZ DE ASÚA, que tuvo una larga vida, atravesó distintas fases y participó siempre de las ideas de su tiempo. Pasados los años de su juventud y su admiración por el Proyecto Ferri de 1921²⁴, JIMÉNEZ DE ASÚA no volvió a insistir en la sentencia indeterminada. Seguramente no pudo imaginar que los *ricorsi* del desarrollo de las ideas penales trajeran ahora al primer plano, un siglo después de su tesis doctoral, la concepción básica de la sentencia indeterminada, bajo el ropaje de la llamada *prisión permanente revisable* y, en cierto sentido, de la *custodia de seguridad* del Anteproyecto de Reformas del Código Penal del Poder Ejecutivo.

En efecto, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal (LO 10/1995) se dice, respecto

²¹ Cfr. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.ª ed., 1921, cit., p. 7.

²² En verdad la noción de delincuente incorregible —aceptada en el Proyecto del ministro MONTILLA de 1902— tenía y tiene una débil base empírica, pues sólo se basaba en datos estadísticos sobre la reincidencia. En este sentido era tan poco sostenible como el delincuente nato de CESARE LOMBROSO.

²³ VON LISZT, loc. cit., p. 169.

²⁴ Cfr. *Estudio crítico del Proyecto de Código Penal italiano de 1921, 1922*.

de la prisión permanente revisable, prevista para ciertos delitos graves, que «la gravedad de los delitos citados justifica una respuesta extraordinaria que consiste en la imposición de una *privación de libertad de duración indeterminada*²⁵, que no obstante está sujeta a un régimen de revisión, pues tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena (...), acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias (...)».

Ciertamente entre el Anteproyecto y la concepción de JIMÉNEZ DE ASÚA hay notables diferencias metodológicas. El Anteproyecto parte de la gravedad del delito cometido para determinar la consecuencia jurídica de la prisión permanente revisable. Su punto de partida es, por tanto, la *idea de retribución o la prevención general negativa*. JIMÉNEZ DE ASÚA, por el contrario, siguiendo a los pensadores de su tiempo, GAUTIER, VAN HAMEL, VON LISZT, vincula la sentencia indeterminada con las categorías de delinquentes a los que puede ser eficazmente aplicada²⁶.

Como se ve, el eterno retorno tampoco es ahora idéntico al momento en el que JIMÉNEZ DE ASÚA escribió su tesis doctoral. La prisión permanente revisable reaparece como una sentencia indeterminada basada, probablemente, en una (nunca explicitada) teoría de la unión, apoyada en la idea de retribución, corregible desde puntos de vista preventivo-especiales poco claros. Una reforma de esta especie, que innova de una manera puramente especulativa sobre la configuración una especie de la pena privativa de la libertad, requeriría un estudio profundo, tanto jurídico como empírico, que hasta ahora es desconocido. La reforma proyectada, evidentemente, no tiene hoy más apoyo científico que el que hace un siglo tenía la sentencia indeterminada en el momento de su máximo esplendor.

No es mi propósito enjuiciar, desde las que JIMÉNEZ DE ASÚA llamaba «volanderas páginas de un prólogo», el Anteproyecto de Reforma del Código Penal que ahora está en marcha. Pero, si el art. 25.2 CE, después de su discutible minimalización por

²⁵ Sin subrayar en el original.

²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, cit., p. 217.

PRESENTACIÓN

el Tribunal Constitucional, todavía significa algo, el único fin de la pena no puede ser la prevención general negativa. Es preciso tomar en serio la dignidad de la persona y, consecuentemente, el tratamiento individualizado del penado en la ejecución. En este sentido es ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) alemán de 5 de febrero de 2004²⁷, en la que consideró que un largo internamiento del condenado es compatible con las garantías constitucionales sólo si respeta la individualidad y la dignidad de la persona, estableciendo al mismo tiempo que, por esta razón, el procedimiento de la ejecución debe estar orientado hacia el cumplimiento de esas exigencias y que cuanto más largo es el tiempo de internamiento más estrictas deben ser las condiciones de su continuidad.

Concluyo. JIMÉNEZ DE ASÚA ha sido el gran reformador de la ciencia jurídico-penal y de la política criminal hispanoparlante y siempre ha sido un hombre de su tiempo. Las líneas básicas de su pensamiento son todavía válidas en muchos aspectos sustanciales, sin perjuicio de los grandes cambios que han sido experimentados desde sus aportaciones científicas originales y que él mismo ha propiciado a lo largo de su vida académica. Pero, el merecido reconocimiento científico y el respeto que la obra de JIMÉNEZ DE ASÚA impone, requiere que la utilización de sus ideas juveniles, esto es, el retorno a las mismas, sea llevado a cabo como él lo hubiera hecho: de una manera sosegada y con una sólida base científica actualizada; en ningún caso JIMÉNEZ DE ASÚA hubiera pensado que el ingenuo endurecimiento de las penas, sin establecer para la ejecución un sistema de tratamiento serio y adecuado a la dignidad de la persona, puede mejorar nuestra situación criminológica y la seguridad de la sociedad.

Enrique BACIGALUPO

Catedrático de Derecho Penal

Director del Seminario de Derecho Penal

Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset

²⁷ 2 BvR 2029/01. La sentencia se refiere específicamente a la custodia de seguridad, pero sus principios son claramente aplicables a cualquier instituto penal que implique una larga privación de la libertad.



UNIVERSIDAD CENTRAL

ACTA DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

CURSO DE 1912 A 1913

FOLIO

28

NÚM.

20

D. *Luis Jimenez Asua*

Reunido en el día de la fecha el Tribunal nombrado por el Sr. Decano de la Facultad, el aspirante leyó un discurso sobre el siguiente tema, que libremente había elegido: *El sistema de juicios de los tribunales de primera instancia*

El sistema de juicios de los tribunales de primera instancia

Terminada la lectura y contestadas las objeciones formuladas por los Jueces del Tribunal, éste le calificó de *sobresaliente*

Madrid 28 de *enero* de 1913

El Presidente

D. Tomás Navarro Saldaña

El Vocal

D. Francisco Guerra Calvo

El Vocal

D. Saldaña

El Vocal

D. Francisco Saldaña

El Secretario del Tribunal

D. Jimenez Asua

Firma del graduado

Luis Jimenez Asua

PRÓLOGO

I

Cuando el autor de este libro, con sus originales bajo el brazo, ha venido a mí en solicitud de un Prólogo, joven, como yo, cuando escribía mis *Nuevas teorías de la criminalidad* —quince años hace— una instantánea ilusión de autoscopia me ha sobrecogido, ante quien, como en la *Noche de Diciembre*, de Musset, veía al modo de otro yo exterior y distante:

*un pauvre enfant, vetu de noir
et qui me rassemblait comme un frère.*

He aquí por qué ante esta impresión simpática y ampliamente melancólica, he consentido escribir este Prólogo al frente de un libro de Derecho penal en una época en que cada vez me alejo de su campo y voy, día por día, guiado por nuevas preferencias, a otros paisajes mejores, sobre los que no pesa la doble tristeza de plomo de los crímenes y las penas; de éstas, sobre todo; sí, de éstas, cuya pesadumbre es mayor y mayor su gris opaco. Hay en un antiguo estudio, escrito por el ingenioso penalista francés —creo que este es su epíteto justo— Gabriel Tarde, a propósito de las transformaciones de la impunidad, cierta frase escrita como al descuido, y casi diríamos escapada, inquietadora, más todavía por lo que calla que por lo que dice, aun siendo no poco esto, como uno de esos semidesnudos llenos de lascivia que sujetan en la morosa

delectación de lo escondido. Pues dice Tarde: «el efecto más perjudicial del delito, en la Edad Media sobre todo, pero en general en todo el tiempo pasado, fue el de suscitar su contrario y antídoto: la pena»¹.

¿En la Edad Media sólo? ¿Sólo en el pasado?

II

Quince años hace, cuando nosotros escribíamos nuestro libro, había una gran promesa de renovación en nuestra ciencia, tanto en el estudio, aún inédito, de los delincuentes, como en la elaboración de la doctrina correspondiente de la pena. Era como una hermosa primavera sagrada, una clara mañana de abril, en que las ideas rompían como flores tempranas, prodigiosas de frescura y delicadeza, bajo un sol que ascendía hacia el zenit radiante de luz y de calor suave. Entonces, la sentencia indeterminada casi no era otra cosa que una frase certera: primero, el embrión; después, ya la institución autónoma y viva, un ensayo aventurado en la ideal Elmira, laboratorio de promisión, esperanza de los innovadores.

Mas he aquí que luego, año tras año, en el curso de algunos que pueden constituir hasta una estación, un fragmento de ciclo, en el desarrollo de las instituciones sociales, la impresión es distinta, necesariamente. Mas bien un estío que va avanzando; un estío también con su peculiar belleza de frutos que maduran al calor poderoso. Pero estos frutos —¡ay!— han quedado retrasados, insípidos, adquiriendo la acre esencia que poseen todas las instituciones penales. Ahora ya no hay reverdecimientos. A las readaptaciones regresivas de la práctica, corresponden los amaneramientos doctrinarios de la teoría. Aquellos criminalistas, todo novedad, todo invención, ¿qué se hicieron?

¹ G. TARDE, «Les transformations de l'impunité», en los *Archives d'Anthropologie criminelle*, vol. XIII, 1908.

PRÓLOGO

«¿Qué fueron, sino rocíos de los prados?»

Algunos se salvan con su interesante personalidad. Dígalo Antonio Marro, *senior*, el autor de *Los caracteres de los delincuentes*, de hace veinticinco años, de quien aún aguardamos con prisa el libro sobre la psicología del homicidio, de que algunos ensayos preparatorios prometen muchas enseñanzas. Mas, salvo estas excepciones contadas, el amaneramiento en los métodos, la petrificación en los conceptos, ha llegado a grado tal, que para hallar alguna originalidad en la literatura relativa al crimen y la pena, precisa hoy acudir a los escritores no criminalistas, tanto más cuanto más distantes se encuentren de ellos: a los astrónomos, *v. gr.* Los criminalistas profesionales, han cerrado su horizonte mental en la estrechez de sus convencionalismos.

No es esto decir —sólo inmortal y admirado Jorge Manrique— no es repetir contigo que cualquier tiempo pasado fue mejor. No; vendrán otras primaveras, aún más prometedoras que la que yo conocí, aun habiendo sido tan bella aquélla; vendrán tiempos mejores, nuevas vueltas más amplias de la eterna espiral que traza la vida. ¿Acaso, también, en la vuelta, en el regreso eterno, volverán a repetirse otra y otra vez los mismos que retraté yo, si es cierta aquella tremenda hipótesis que un día, pasando por el cerebro de Federico Nietzsche, le dejó estupefacto y aterrado?

Pero, entre tanto, el momento actual es de una depresión manifiesta.

III

De cuantas instituciones jurídicas comenzaron a germinar últimamente dos singularmente despertaban enorme interés y parecían llamadas a un porvenir ilimitado, transformador del Derecho penal vigente. Eran estas instituciones la condena condicional y la sentencia indeterminada, inseparable pareja, cuyos vínculos habrá ocasión de exponer en este Prólogo.

PRÓLOGO

Difícilmente es posible estudiar la una separada de la otra; difícilmente y con mermada eficacia. La una y la otra, naturalmente, pueden aislarse como se aíslan dos músculos gemelos en una disección; pero en la vida, en el organismo incipiente de las nuevas instituciones penales las dos juntas constituyen un solo sistema: el sistema formal del nuevo derecho punitivo, en función natural y necesaria con el sistema material que da carácter a la pena.

Así, pues, el estudio presente, en que el autor considera aisladamente el sistema de la sentencia indeterminada (llamémosla así —con todos sus defectos nominales—, puesto que todos nos entendemos), nos parece un estudio anatómico, si vale la comparación, *a completar* (se nos perdone el galicismo) con otro, igualmente anatómico, sobre la condena condicional, y, por último, en un estudio final, fisiológico, y aun psicológico, en la medida propia, sobre su mutua relación en el sistema orgánico y completo, adoptado a su momento, queramos decir, que ofrecen.

El Sr. Jiménez Asúa no se inmute si cree que le condenamos a esta sentencia..., indeterminada. Estos dos estudios por hacer pueden quedar para otros. Siempre que estos otros se comporten como él en la tarea de elaborarlos. Más aún, siempre que posean el tipo mental de él: severo jurista aun a su edad, según revela la prosa de este su libro, primicia de su espíritu; sobria, con un vocabulario elemental y reducidísimo; austera, sin imágenes, sin paradojas, sin ironía, juegos de entendimiento tan gratos a sus años... y siempre.

IV

La literatura del asunto le es perfectamente conocida al autor, cuando menos en lo fundamental y más divulgado. Desde este punto de vista, su libro es una verdadera rapsodia de las frases y fragmentos más afortunados. Los dos capítulos de la parte primera de su trabajo, dedicadas a exponer la

PRÓLOGO

«progresión científica», como dice, de la sentencia indeterminada, uno en el extranjero, otro en España, sirvan de ejemplo de celo. Son catálogos muy cuidadosos y tan completos como permiten las escasas facilidades que ofrece nuestra patria para la investigación científica, a que tan sólo tendríamos que poner dos reparos. Uno: el método puramente cronológico, cuando en la ciencia, después de Darwin, sólo el método genealógico es el fecundo. Otro, cierta falta de selección que deja pasar insignificantes contribuciones al problema. ¿A qué nombrar en un capítulo sobre la progresión «científica» de la idea, trabajos, como el que se cita en la página 115, escritos «sin pretensión científica»? Tanto más cuanto que, seguramente, han quedado preteridos, sobre todo en lo que toca a la literatura extranjera, no pocos estudios «científicos», de verdadera importancia. ¿Cuál será en el *Instituto bibliográfico internacional*, de Bruselas, el número de las fichas bajo la rúbrica de «Sentencia indeterminada»?

Con celo no menor sigue también el Sr. Jiménez Asúa la «progresión legislativa» de la sentencia indeterminada. Del imponente Archivo de nuestra legislación saca olvidados, curiosos precedentes de antigüedad relativa. Ahora bien, si los proyectos legislativos le merecen atención —como cuando, en la página 244, recoge los proyectos relativos a la sentencia indeterminada en el nuevo precepto de Código penal argentino— no hubiera estado de más añadir al capítulo III de la parte tercera («España y el sistema de penas determinadas *a posteriori*»), algún ensayo que no ha faltado aquí y del cual voy a permitirme hablar con cierta detención, por lo mismo que le conozco bien, como nadie.

Me refiero al Proyecto Montilla, de 1902.

V

Aquel año —el de 1902— fue muy atareado para mí. Había pasado la primavera en los trabajos preparatorios del Instituto del Trabajo, que proyectaba entonces el malogrado

D. José Canalejas, Ministro entonces de Agricultura, ayudado principalmente por los señores Buylla, Posada y Morote, éste también ya desaparecido. Contesté innumerables cartas en que desconocidos importunos preguntaban al Ministro el sentido de la palabra «latifundio» que él había lanzado poco antes. Conocí, a través de la literatura epistolar, el tipo del matóide político, del *chiflado* que propone a los poderosos los más delirantes proyectos. Y cuando, al acabar el mes de mayo, D. José Canalejas abandonó el Ministerio, yo, que nada tenía que hacer, me marché a la tierra maternal, entre Gredos y Guadarrama, en busca de descanso bien ganado.

Pronto me sacó de él una carta de Enrique García Herro, el querido amigo que ahora administra justicia entre las razas de Egipto. Me traía la nueva de que Salillas deseaba hablar conmigo.

Volví a Madrid y visité a D. Rafael en seguida. El maestro había tenido la benovolencia de decir nuestro nombre al Subsecretario de Gracia y Justicia, D. Luis Silvela, indicándonos para la elaboración de un proyecto de Código penal, mediante la previa exposición, en una breve Memoria, de la marcha de la codificación penal en Europa y en América durante los últimos años, a partir del Código penal italiano de 1889. Esto era entonces de una gran facilidad para mí; entonces, cuando vivía casi en el monoideismo completo del delito y de la pena, hasta el punto de que si un alma es, como pretenden algunos psicólogos, una colección de imágenes, la mía era, en el fondo una sucesión de leyes, procesos, figuras y aspectos delinquentes, sin mezcla alguna de los paisajes naturales y los exotismos de raza que han venido después a añadirse a aquéllas, dominándolas. Así, nos bastaron pocos días para redactar aquella Memoria, escrita a vuela pluma en la Biblioteca del Ministerio, sobre algunos textos que hicimos traer en el acto.

Menos les bastaron al Subsecretario y al Ministro para darla por buena y a mí como capaz de prepararles un proyecto de Código penal que pudiera presentarse apenas se rea-

PRÓLOGO

nudase la legislatura, al comenzar el otoño; en dos meses de plazo, sobre poco más o menos.

Hoy, tampoco aceptaría yo este encargo, como el maestro Salillas y como cualquiera otro que pensase cuerdamente. Pero en aquella época aún no habíamos pasado la divisoria de la vida, y caminábamos hacia arriba con un impulso que se pierde al pisar la otra vertiente. Acepté, pues, el encargo, con un desinterés tan cabal como el que ellos pusieron, por su parte, todo olvidándolo.

El Ministro, D. Juan Montilla, de quien guardo la impresión de un hombre enfermo, sentado, en estado de inercia, ante una pequeña mesa... de descanso, no me comunicó otra instrucción que la de tomar como base el Proyecto de D. Francisco Silvela, que, como es sabido, redactó su hermano D. Luis, liberalizándole y poniéndole al corriente de las últimas creaciones penales. El Subsecretario, D. Luis Silvela, expresó dos o tres de las reformas que, exteriormente, para la galería, debían imprimir carácter de modernidad a la obra. Estaba entre ellas, naturalmente, la abolición de la pena de muerte.

Como no había sitio para mí en las oficinas del Ministerio, me habilitaron un pequeño despacho en el propio tocador del Ministro. En aquel ambiente de perfumería —agua de Colonia y jabón de olor— se engendró apresuradamente este pobre Proyecto de Código penal de 1902, criatura abortiva que no llegó a término. ¡Con qué buen ánimo, con qué excelente humor, comencé la tarea!

La parte general del Proyecto no ofreció ninguna dificultad. Tomé como modelo el Proyecto Stoos de Código penal federal suizo, seductor entre todos, por su brevedad y sencillez; dos notas que no debe olvidar nadie que ponga mano en las leyes penales (un Código penal largo o complicado, sería un caso de regresión, una anomalía atávica). Y adoptándolo a las condiciones del país, que procuramos precisar en conversaciones fugaces, de sorpresa, con el único Magistrado y el único Penitenciario que, de vez en cuando, se interesa-

ban por el pobre muchacho encerrado en la celda perfumada (eran los Sres. González del Alba y Cadalso, estos amables e inteligentes señores), quedó redactado este libro primero de disposiciones generales, que ofrecía, entre sus principales innovaciones las siguientes:

1. La ampliación de la fórmula de irresponsabilidad por defectos mentales anómalos o patológicos, con explícita mención de los epilépticos, y los sordomudos.

2. La iniciación de una jurisdicción y un régimen especiales para menores delincuentes, extendiendo, más o menos, los efectos de la minoridad penal hasta un límite que llegaba a los veintitrés años.

3. La supresión de las atenuantes nominadas, redactando, en cambio, una fórmula general de atenuación, no sólo en consideración a las verdaderas «circunstancias», sino, también a los antecedentes y los móviles.

4. La supresión de las agravantes predeterminadas.

5. El desarrollo, por el contrario, de la teoría de una sola de las agravantes: la reincidencia.

6. La abolición de la pena de muerte.

7. La simplificación y correccionalización de los de libertad.

8. La ampliación de los poderes del Juez en cuanto a la medida de la pena.

9. La supresión de la rebaja de pena en caso de frustración de delito.

10. Y aquí está lo más interesante en este momento; la retención indeterminada de los delincuentes incorregibles, en la forma que sigue:

Art. 33. «Cuando comparezca ante el Tribunal un individuo condenado repetidas veces, y, por virtud de los datos aportados al proceso, adquieran los Jueces el convencimiento de que, no obstante la nueva condena, volverá a delinquir el procesado, por lo cual sería conveniente retenerle inmediatamente en un esta-

PRÓLOGO

blecimiento penitenciario especial, destinado a incorregibles, propondrá al Gobierno esta medida, suspendiendo la sentencia hasta tanto que la consulta se resuelva.

Previa una información de los ascendentes y condiciones actuales del sujeto, el Gobierno decretará la retención de éste, por tiempo que no podrá bajar de diez años ni exceder de veinte, sí, a consecuencia de la información, aparece procedente tal medida.

La retención indeterminada del reincidente, reemplazará a la pena correspondiente a su último delito, y en ningún caso cesará antes de que se hubiera extinguido ésta, de habérsele aplicado.

La casa de incorregibles estará sometida a las reglas de trabajo en común y aislamiento celular nocturno.

Habrá lugar a la liberación provisional de los reincidentes sometidos a retención, luego que el Gobierno reglamente el uso de tal medida.

Cuando el Gobierno acuerde la retención, el Tribunal dictará sentencia con arreglo a las normas generales de la reincidencia.

11. La suspensión de la pena para los casos de incurrir en leve condena persona de buena conducta y sin antecedentes penales, sin que el delito, además, pueda achacarse a móviles bajos y vergonzosos.

Dominaba, pues, un sentido enteramente psicológico. De aquí la importancia siempre concedida al móvil.

La parte especial del Código, esto es, el contenido de los libros segundo y tercero, presentó alguna mayor dificultad, no obstante ser aquella en que debían seguirse, casi de continuo, las huellas del Proyecto Silvela.

Surgió la primera y más grave en el título de los delitos contra la Constitución. Para armonizar el nuevo Código con la Constitución vigente de 1876, era preciso, como en el Proyecto Silvela, crear la serie de delitos contra la Religión del Estado, que no conoce el Código vigente, hecho, como es sabido, sobre la base de la Constitución, mucho más liberal, de 1869. Una de dos: ¿cuál elegir de las dos soluciones? ¿Prescindir de la creación de tales delitos, con lo cual haríamos un Código anticonstitucional, nada menos? ¿Crearlos,

para evitar este defecto, con lo que el Código se haría antiliberal y regresivo? El Ministro, perplejo, eligió, sin embargo, la primera de estas soluciones. Entonces aprendí que, hasta tanto que llegue una reforma constitucional, este es el gran obstáculo que detiene la reforma del Código penal, manteniendo la vigencia del Código de 1870, viejo y paralítico. Los partidos liberales —me decía el ilustre Azcárate, con quien consulté el problema— no se resignarán a soltar la prenda de libertad de conciencia que representa, al fin y al cabo, este último texto.

De las otras dificultades que sugieren al llegar a esta parte especial, mencionaré dos tan sólo.

Una la represión más severa del duelo, que hubo de hacerse por indicación expresa del Ministro.

Otra, la incorporación al texto del Código del proyecto de ley contra la difamación en que otro de los Ministros, D. Segismundo Moret (otro más, como el mismo Montilla, desaparecido), tenía tanto empeño. La ley era, verdaderamente, defectuosa. Con todo, hube de incorporarla tal cual era.

Y así avanzaba la obra, a la velocidad de veinte por hora, ¡veinte artículos legales! ¡Estos artículos de ley, duros y claros como el diamante, que hasta entonces, en plena inocencia de las prácticas oficiales, habíamos imaginado nosotros que se formarían lenta, lentísimamente, como cristalizan los cuerpos químicos en el seno de las aguas madres, de los líquidos en reposo! Cuando, de improviso, otra vez volvió a sentirse el seísmo político que llamamos «crisis», y que ya habíamos sentido cuatro meses antes, allá en mayo. Esta vez fue un macro-sismo, una crisis total. El Gabinete se disolvió. Pero el Proyecto estaba impreso... y repartido; impreso con todas las erratas tipográficas, con todas las antinomias que advertirá quien le quisiera estudiar, si mereciera tal honor el pobre documento.

Y he aquí, pues, cómo y de qué manera se preparó el Proyecto de Código penal en que por primera vez, apunta-

PRÓLOGO

ba en nuestro Derecho el sistema de la sentencia indeterminada.

VI

Sin duda, su indeterminación, tal como aparece, moviéndose entre un máximo y un mínimo, es muy relativa. Con todo, contrasta desde luego con el sistema de las sentencias predeterminadas: éstas condenas cuyo término se sabe, acabado el juicio, hasta el minuto, hasta el día; este día, límite de los grados y de las penas —tantos años, tantos meses y *un día*— que tanto impresiona al alma infantil del pueblo y que ha merecido de ella, por cierto, una explicación verdaderamente indeterminada. Si el Sr. Jiménez Asúa fuese aficionado a las pequeñas pesquisas de folklore, si hubiese preguntado por el sentido íntimo y profundo de este día enigmático que, de ordinario, se dice en las condenas, no —naturalmente— en los grupos sociales criminales o equívocos donde se sabe, a la letra, hasta la legislación comparada, sino en los ambientes sanos, ingenuos, de las aldeas perdidas en las sierras, durmiendo a la sombra de las montañas, como el poeta bajo los senos de la gigante, del bellísimo soneto de Carlos Baudelaire, entonces no faltaría anciano que dijera al señor Jiménez Asúa dos palabras que anotar en su cuaderno de notas *pour servir* a la elaboración de su libro acerca de la sentencia indeterminada. «Ese día es un día que no llega». ¡Cuántas veces lo he oído yo, y pronunciado con qué acento de misterio profundo! En este acento se muestra, a las veces, entre irónico y resignado, el simplicísimo estado de espíritu de individualismo anarquista ibero ante la pena. Otras, en cambio, hay en él claras muestras de aprobación, cuando el día que no llega defiende, en su ilusión, de un temeroso culpable.

Como quiera que sea, tal, sobre poco más o menos, como acabamos de verle en el Proyecto Montilla, esto es, como una medida específica contra los incorregibles, el principio de la

sentencia indeterminada, se ha presentado en el Derecho actual, desenvolviéndose en él en este sentido, aún siendo susceptible de una generalización que han podido ver, desde la altura de su punto de vista y con la penetración de sus medios intelectuales, los contados filósofos del Derecho, solitarios como las águilas. Entre nosotros, este es el caso de Giner, en aquel admirable fragmento que el autor del estudio a que estas páginas sirven de Prólogo, no ha podido menos de recoger, cuando, hablando de las «negaciones históricas del recto sentido de la pena», menciona «el grave error de determinar *a priori*, y de una manera absoluta la duración de la pena que en la sentencia se aplica, como si aquella pudiera ser otra que la necesaria para lograr el fin, la cual, en el momento de aplicar la pena, es por extremo incierta todavía»². Es para nosotros un motivo de sana jactancia, poder mostrar desde una fecha tan prematura, con una sobriedad tan ejemplar, un precedente tan profundo y completo de la institución que en este libro se considera. He ahí la uña del león: el rasgo de la personalidad soberana.

En los juristas, incluso los más prácticos, la teoría de la sentencia indeterminada, como un sistema íntegro, distinto y opuesto del actual, está muy lejos de haberse elaborado suficientemente. Desconozco el libro de Jorge de Lacoste de que el Sr. Jiménez Asúa hace tanto aprecio; y debo, por tanto, descartarle de la observación que sigue. A manera de ejemplo, y como una prueba de esta elaboración insuficiente de la teoría de la sentencia indeterminada como un sistema de penalidad que, en su aspecto formal, reemplace por entero a nuestro sistema actual de sentencia predeterminada, ¿cuál de los tratadistas —incluso nuestro mismo Jiménez Asúa, a quien prologamos— ha tratado un problema que queda en el aire al hacer la sustitución, y que es, sin embargo, inevitable, como efecto que es, en orden al factor tiempo, del sistema de la condena? Me refiero al problema de la prescripción de la

² F. GINER y A. CALDERÓN, *Principios de Derecho natural* (Madrid, 1873, pp. 169 y 170).

PRÓLOGO

pena, que se determina en función de la duración propia de las penas, en el sistema actual de las sentencias predeterminadas.

¿Quid, cuándo el factor tiempo de las penas sea un valor indeterminado? Véase una elegante cuestión para los nuevos juristas.

VI

Es que en la vida, las instituciones jurídicas, nacen y se forman de una manera distinta. No académicamente, sino como las especies vivas, por una adaptación natural y espontánea, perfecta, a las condiciones del ambiente. Por esto, jamás una institución agotada en vida, renace en su verdadera primera forma. Como en el mundo animal las especies extinguidas no se repiten, en el mundo social las creaciones sociales y jurídicas no se repiten tampoco. Si antes de hoy ha habido, como parece, sentencia indeterminada, ésta no es la sentencia indeterminada de hoy, ni siquiera su precedente. Son ciclos distintos de creación, cada uno con sus tipos peculiares.

Intentaremos resumir brevemente el proceso de lamarquismo social que ha llevado, hoy, a la sentencia indeterminada.

Primer momento. La reforma penal que sigue a la aparición del libro de Beccaria. La pena capital deja de prodigarse como antes; las penas todas se atenúan; desaparecen, en cambio, las instituciones de impunidad. «Que la seguridad de que ningún crimen —quede impune— (siquiera la penalidad sea menos dura), sea la mejor garantía para prevenirles», dice el escritor milanés, resumiendo, en cierto modo, todo su pensamiento.

Segundo momento. Crisis. Casi inmediatamente se advierten inconvenientes graves. Aparece el problema de la reincidencia, que apenas se planteaba antes, cuando la primera infracción costaba la vida. Convertida la prisión en pena

típica y casi única, multiplicadas las infracciones, suprimidos el perdón y las instituciones similares que conoció el antiguo Derecho, se forma, donde quiera, una enorme población penitenciaria que aumenta por momentos sus caracteres de temibilidad. Los buenos se pervierten; los malos no se intimidan. Al cabo, se llega al estado de espíritu que resume, con perfecta intuición, la frase de Griffiths, distinguiendo en aquella ingente población dos solos grupos: uno, los que nunca debieran entrar en la prisión; otro, los que nunca debieran salir de ella³.

Tercer momento. Solución. Para producir esta selección en la enorme y confusa población penitenciaria, aparecen simultáneamente dos instituciones:

a) *La condena condicional*, a fin de evitar que ingresen en prisión aquellos de quienes es muy probable, casi seguro, establecer que no reincidirán, aun no cumpliendo ninguna pena.

b) *La sentencia indeterminada, para retener indefinidamente a aquella contraria clase de reos que no debieran nunca salir de la influencia de la pena.*

En otros términos, perfectamente equivalentes, la condena condicional y la sentencia indeterminada, aparecen simultáneamente en el sistema del Derecho penal actual, como el tratamiento específico de las circunstancias que, destacándose por su influencia entre el conjunto de las de atenuación y de agravación, merecerían los nombres de *atenuantísimas* y *agravantísimas*, que ya un Magistrado francés llamaba así, con acierto, hace cerca de veinte años⁴, y que son, sencillamente: la ausencia de pasado judicial unida con los buenos antecedentes y esperanzas que ofrezca el reo, por una parte; por otra, la reincidencia incorregible.

³ A. GRIFFITHS, Informe sobre el tratamiento práctico de la reincidencia, al V Congreso internacional de Antropología criminal, celebrado en Ginebra en 1896.

⁴ DUMONTET, *De l'adoucissement dans la repression... II. Des circonstances très atténuantes* (Amiens, 1846). Véanse nuestras *Nuevas teorías de la criminalidad*, edición inglesa, Bostón, Londres, 1911, cap. III, §§ 38 y 39.

PRÓLOGO

Esta es la fase en que nos encontramos, en la cual, la sentencia indeterminada parece encontrar, no obstante, mayor resistencia que su hermana la condena condicional. En el Derecho europeo y americano ha ganado todas las legislaciones. En el Derecho árabe no le había perdido nunca. El principio del perdón con cierta subordinación a la conducta futura, aparece repetidas veces en el Corán, incluso en los crímenes contra natura⁵, que aún ahora algunas legislaciones de la cristiandad tratan implacablemente. Traigo del Corán, de vuelta de un viaje por Marruecos, la mejor impresión, incluso en lo tocante a la penalidad. Hay en él muchas cosas bellas, empezando por la bellísima *fatiha*; las plegarias de las plegarias, llena de fe y de sentimiento.

VII

Con esto me mantengo en los mismos términos en que, aunque imperfectamente, senté el principio de la sentencia indeterminada en el Proyecto Montilla. Lo mismo que para un porvenir más lejano —¿distanciado hasta qué enorme inmensidad— mantengo el pensamiento que escribí desde la primera edición de mis *Nuevas teorías de la criminalidad*, recogido por el Sr. Jiménez Asúa, con su paciente esmero.

Soy indeterminista de la pena... para cuando la pena haya desaparecido.

Me explicaré. Hay una indignación implacable y profunda contra el delito que no puede desaparecer, ni aun de entre los mismos delincuentes, cuando no están en función de tales y, a veces, en ella misma, como un odio sin frenos contra sí mismos y sus instintos, especie de sombra vengadora que les sigue en el espasmo asesino. De esta indignación instantánea y altísima, nadie, que sepamos, ha escrito página mejor que el

⁵ *Corán*, IV, 20.

inglés De Quincey en el interesantísimo apéndice épico —documento criminológico de primer orden, aunque ¡tan olvidado!, superior incluso a los del celebrado Dostoyewsky— al irónico tratado *Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes*. Varias veces me he referido yo a este pasaje soberbio, que una vez más he de repetir ahora.

Héle aquí, tal como le ha traducido Diego Ruiz a nuestra lengua:

«El caos, el ciego tumulto de la escena que siguió a esto, y que puede calcularse por la relación de los diarios, no ha sido, a mi modo de ver, jamás igualado; y si acaso puede compararse con algo análogo, sólo recuerdo ahora el caso de la muerte de los siete obispos de Westminster, en 1688. Era más que un entusiasmo apasionado. El movimiento frenético de horror mezclado de ira, los aullidos de venganza que subían de la calle; después, por una especie de sublime contagio magnético, de todas las calles adyacentes, no pueden expresarse exactamente sino por este paraje exaltado de Shelley: “Un transporte de alegría salvaje y monstruosa, se extendió a través de las multitudes en un vuelo rápido sobre las alas del miedo, de la demencia; el famélico se despertó y murió en la alegría; los agonizantes, entre los cadáveres, oyeron la buena nueva, y en la esperanza cerraron sus débiles ojos. De casa en casa, respondiéndose con fuerte aclamación, los vivientes hacían temblar la bóveda del cielo y llenaban la tierra trepidante de ecos”. Era, en efecto, algo inexplicable la interpretación instantánea del clamor que se elevaba. El implacable rumor de venganza, esta unanimidad sublime en tal barrio, no podía producirlos más que el demonio cuya imagen había tiranizado durante doce días el corazón popular. Todas las puertas, todas las ventanas del vecindario, estaban abiertas, como obedeciendo a una orden. Multitud de gentes, impacientes, saltaron por las ventanas del piso bajo; los enfermos se levantaron de sus camas; y en alguna parte, como para vivificar la imagen de Shelley, un hombre que esperaba la muerte desde hacía algunos días, y que, efectivamente, murió al día siguiente, se levantó, se armó de una espada, y en

PRÓLOGO

camisa acudió a la calle. La ocasión se presentaba de prender al perro feroz en medio de su festín y de su orgía de sangre» (se refiere el autor a la doble serie de asesinatos múltiples cometidos por Williams en Londres, en el invierno de 1812).

Sólo olvida el grande y desdichado escritor que fue Tomás de Quincey, un único detalle revelador, a saber: más de un homicida, que mató a hierro, y que ahora persigue al matador, rebelándose al absurdo cruel del crimen en que él incurriera en otro tiempo. Como ha escrito admirablemente Doña Concepción Arenal, el delito es un momento en el criminal. Fuera de este momento, único o repetido más o menos veces, salvo algún raro asesino frío, apache monstruoso de sanguinaria lascivia, la sensación del delito le llega también y reacciona a su manera.

Pero si esta implacable indignación con sus descargas a la vez extremadas y repentinas, disueltas instantáneamente en el olvido, me parecen un fenómeno natural imperecedero en que se expresa lo mejor de la naturaleza jurídica del hombre, su defensa resuelta y decidida de la vida y de los bienes ajenos, la penalidad organizada en frío y sin valor moral, rutinaria y profesionalmente por las leyes sociales, la tengo por una superfetación anómala y viciosa. Contribuir a ella, y sin duda he contribuido en la medida de mi insignificancia, me causa un secreto pesar incurable. Siempre he creído que a todos los escritores de Derecho penal, nos alcanza el cortante inciso del párrafo con que comienza la obra de Beccaria: «...un suplicio imaginado con bárbara complacencia por Farinacio».

Mientras esta penalidad sea tal cual es, quede la sentencia indeterminada como una medida de rigor aplicable tan solo a algunos criminales natos o habituales incorregibles.

Si alguna vez, en la elevación ascendente de todas las vidas hacia tipos mejores, la penalidad, dejando de ser penalidad, deviene algo superior, aún innominado y no bien conocido del todo, el principio de la sentencia indeterminada nos parece ser su forma necesaria.

PRÓLOGO

VIII

Contad si son catorce y ya está hecho.

El Prólogo queda terminado.

Ahora, si el hecho de prologar el trabajo de un escritor novel equivale —¡Oh Nuestro Señor Don Quijote!— a la grande y conmovedora ceremonia de armar un caballero, yo, que al campo salí sin que nadie me prologara y que llevo ya en él largos años de andanzas, me vuelvo hacia el autor de este libro, y le digo:

—Bienvenido seáis, oh novel caballero, que empezáis con trabajo de tal monta. Combatid siempre, día tras día, por la verdad y por el derecho, por las cosas nobles y hermosas que hacen adorable la dura vida. Poco os importe el éxito que administran tantas fuerzas enemigas. Pero merecedle para vos y para todos los buenos.

Después de lo cual, le abrazo desde lejos.

Constancio BERNALDO DE QUIRÓS
Instituto de Reformas Sociales
Madrid, 1 de agosto de 1913