

Sobre el Derecho Penal de la postguerra

Por

EUGENIO CUELLO CALON

Catedrático de la Facultad de Derecho

I

Es quizá en el Derecho penal, de todas las ramas del Derecho, donde con más fuerza repercuten las luchas políticas y los cambios en la organización estatal. Cuando más hondos son éstos, más profundas y extensas son las transformaciones que en el campo de aquél se originan.

Las mudanzas en los regímenes políticos van seguidas, de modo ineludible, de reformas del ordenamiento criminal. La desaparición del antiguo régimen y el advenimiento del Estado liberal determinaron grandes mutaciones en las legislaciones penales, se mitigó la dura penalidad, fueron abolidos numerosos delitos y creados otros nuevos, se establecieron garantías penales procesales, y la organización de los tribunales represivos fué objeto de sustancial renovación. A su vez, el surgimiento de los regímenes autoritarios dió nacimiento a una política penal con rasgos genuinos y originales, y no sólo en sus normas de índole política, sino también en las sancionadas de la criminalidad común. Y en los postreros años —consecuencia de la última guerra y de los profundos cambios políticos que motivó en algunos países— se han originado en sus leyes criminales transformaciones considerables, tan hondas en algunos, que han llegado a su más íntima entraña.

Pero sin salir de España podemos ver claramente cómo las mudanzas en la organización política son origen de trascendentes renovaciones en el campo penal. El restablecimiento del régimen constitucional dió, en nuestro país, nacimiento al Código penal de 1822; la reacción de 1823 lo derogó; la Constitución de 1845 ocasionó la promulgación del Código de 1848; de la Constitución de 1869 salió el Código de 1870; bajo la Dictadura del general Primo de Rivera nació el Código de 1928; la República, al año de su implantación, promulgó su Código penal de 1932; el nuevo Estado publicó el suyo en 1944. Todos nuestros cambios políticos han sido causa de reforma trascendente de nuestra legislación criminal.

II

Las ideas que fueron fundamento del Derecho penal liberal, individualista, se afirman y difunden cuando comienza a cuartearse el edificio secular del antiguo régimen político. Dejando de lado los remotos precedentes (Pufendorf, Thomasius, Cristian Wolf), aquellas se forjan y consolidan en la filosofía del «iluminismo» (*Aufklärung*) (1), del «siglo de las luces». Se inician con la crítica acerba, a veces audaz y revolucionaria, de la justicia criminal entonces reinante, pero a sus promovedores no les basta la censura implacable del sistema penal en vigor, se lanzan a formular propuestas de reforma, subversivas en aquellos días y peligrosas para sus autores. Montesquieu lanza el primer ataque a fondo. En su *Esprit des lois* (1748) estigmatiza la bárbara justicia criminal de su tiempo, pide una penalidad más humana y reclama el establecimiento de garantías jurídicas. «La ley penal—afirmaba—debe inspirarse en la noción de libertad política (2); las leyes criminales deberán garantizar la seguridad de cada uno mediante el respeto de todos. Serán precisas y completas, y el magistrado estará vinculado a ellas y contenido por ellas en el ejercicio de la represión.» «Así—añadía—, la manera juzgar ganará en «fijeza» (fixité), y se evitarán los males del «espantoso arbitrio de la interpretación jurisprudencial fundada sobre glosas caras a los prácticos del antiguo régimen.» Rousseau, que, preocupado por las cuestiones de moral y de política, apenas se ocupó de Derecho penal, en su *Contrat social* (1762) se aparta de las concepciones entonces dominantes y fundamenta el derecho de castigar en la cesión de su derecho de defensa hecha por cada individuo a la sociedad. Voltaire, influido por Montesquieu, expone en folletos y en libelos sus ideas sobre la reforma penal, en particular en su escrito *Prix de la justice et de l'humanité* (1777), obra del crepúsculo de su vida. Revolviéndose contra la doctrina teocrática de la expiación, a la sazón imperante, cimenta la pena de modo exclusivo en la utilidad y en la prudencia del Estado, combate la penalidad cruel que favorece el aumento de los delitos, propugna la aplicación de la pena de muerte tan sólo para los casos excepcionales y protesta con ardor contra la tortura y el procedimiento inquisitivo (3).

(1) El *Aufklärung* lo define Kant (*Was ist Aufklärung?* Berliner Monatschrift, 1784): «Es la salida de los hombres de su culpable minoría de edad», de la incapacidad de servirse de su inteligencia sin la guía del otro... «Sapere aude! ¡Ten valor para servirte de tu propia inteligencia!», éste es el lema del *Aufklärung*.

(2) «La libertad consiste en la seguridad. Esta seguridad nunca es más atacada que en las acusaciones públicas o privadas. Es, pues, de la bondad de las leyes criminales de lo que depende, principalmente, la libertad del ciudadano...» *Esprit des lois*, lib. VI, cap. III; lib. XI, cap. V; lib. XII, cap. II. Vid. J. Graven, *Montesquieu et le Droit pénal en Rev. de Sc. criminelle et de Droit pénal comparé*, 1949, pág. 461 y sgts.

(3) Vid. v. Overbeck, *Das Strafrecht der französischen Enzyklopädie*, Friburgo, 1902 (tesis).

Mas el realizador de las aspiraciones a un nuevo régimen penal fué el marqués de Beccaria (1738-1794).

En contra de una opinión muy difundida, no puede ser considerado como un doctrinario original, en realidad fué un político, el hombre afortunado que en el momento crítico lanzó su libro resonante *Dei delitti e delle pene* (1764), que en plazo breve iba a desencadenar la revolución en la doctrina y en la legislación criminal, el instrumento que abatió el Derecho penal del antiguo régimen. En sus páginas—encendida diatriba contra las leyes criminales europeas entonces vigentes—condenó la aplicación desmedida de la pena de muerte, las penas infamantes, la confiscación, la tortura, la talla, el procedimiento inquisitivo; abogó ardientemente por la atenuación de las penas, por la protección del acusado mediante garantías procesales (4) y por la prevención de los delitos (5).

La publicación de este libro causó enorme estupor. Voltaire y Diderot lo comentan con entusiasmo; los prácticos criminalistas franceses Muyart de Vouglans y Jousse lo combaten con dureza, mas, a pesar de la fuerte enemiga de los hombres de toga, pronto encontró secuaces entusiastas. En plazo breve se creó un ambiente propicio a la realización de aquellas ideas, e influidos por ellas, Catalina de Rusia, José II de Austria y Federico de Prusia acometen la reforma de sus legislaciones criminales y mitigan su dureza. Aunque más tarde que a otros países, llegó también a España, donde fué traducido y publicado por vez primera en 1774 (6); la Inquisición lo ataca y el Consejo de Castilla toma su defensa. Mas las azarosas circunstancias por las que nuestro país atravesó en los primeros años del siglo XIX—la guerra de la Independencia—impidieron que, al menos por aquellos días, la ideología reformista de Beccaria tuviera influjo sobre nuestra legislación penal. No obstante, pocos años después de la aparición de la versión española de aquel libro, ya se muestra su influencia en el renombrado *Discurso sobre las penas* (1782), de don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo del rey y jurista famoso, obra escrita con miras a la reforma de nuestras anticuadas leyes criminales (7).

Fuerte sacudida causó en los espíritus de su tiempo la ardiente arremetida de Beccaria contra las crueldades y excesos de las leyes

(4) «Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del crimen, para que la opinión..., para que el pueblo diga *no somos esclavos y estamos protegidos*», *De los delitos y de las penas*, versión castellana, por P. Vincent, Madrid, 1879, pág. 55.

(5) «Mejor es prevenir los delitos que verse en la necesidad de castigarlos—éste es el fin principal de toda legislación». Ob. cit., pág. 203.

(6) *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido del italiano por don Juan Antonio de las Casas, Madrid, MDCCCLXXIV. En esta primera edición se silencia el nombre del autor.

(7) *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, por don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo de S. M. Su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada. Madrid, MDCCI.LXXXII.

criminales que a la sazón regían, mas es bien seguro que sus ideas reformistas no hubieran alcanzado la difusión enorme que lograron a no haberse producido por aquellos días un acontecimiento político de extraordinaria trascendencia, la Revolución francesa, que acogió sus postulados renovadores en la *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano* (26 de agosto de 1789), donde se establecieron las garantías penales de la persona: «La Ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad»; «la Ley no puede establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias»; «nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley anterior al delito y legalmente aplicada.»

Esta célebre *Declaración* consigna en estas normas los principios fundamentales del Derecho penal liberal individualista: una penalidad suave en sustitución de la durísima del antiguo régimen; implantación de garantías jurídicas que protejan a todos (delinquentes y no delinquentes, ciudadanos y hombres de una patria cualquiera) contra posibles atropellos de los depositarios de la autoridad y contra la arbitrariedad de los jueces. En estas normas se inspiraron los Códigos criminales de la Revolución, el de 6 de octubre de 1791 y el de 3 de Brumario del año IV (25 de octubre de 1775), leyes blandas y humanas de las que se ha dicho que «no estaban escritas para los franceses de fines del siglo XVIII, eran los Códigos de la Humanidad futura» (8). La benevolencia extremada de esta legislación fué causa de su fracaso, pero sus ideales esenciales encarnaron en el Código napoleónico de 1810, que, ante la gran criminalidad y la inseguridad de aquellos días, agravó sus medidas represivas, pero mantuvo las garantías penales antes establecidas.

Bien pronto fué aquel Código conocido, estudiado e imitado y sus directrices fundamentales, acogidas en Europa por la mayoría de los países. A España llegó con el Código de 1822, nuestro primer código criminal, y de Europa, casi siempre a través de los Códigos españoles, pasaron aquéllas más tarde a la América española (9). Así se difundieron y arraigaron el nuevo Derecho penal y

(8) Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 3.^a edic., t. 1, pág. 161.

(9) El nuevo derecho de base liberal, a causa de las guerras de Independencia y luego por las luchas políticas, llegó a América con gran retraso. En Argentina, el sentido de humanización de las penas aparece en algunas disposiciones aisladas, como el decreto de 20 de mayo de 1835, suprimiendo la pena de confiscación, y en el de 7 de agosto de 1852 aboliendo la pena de muerte, y más tarde plenamente en el Código penal de 1886. En Méjico, con el Código de Martínez de Castro, de 1871, influido por el español de 1870, si bien con anterioridad aparecen los nuevos principios en el Código del Estado de Veracruz, que tomó por modelo el nuestro de 1822. En Venezuela, con la Carta fundamental de 22 de diciembre de 1830, primera constitución venezolana que estableció importantes garantías penales y procesales, y, posteriormente, por el Código de 1863, al que llegó la corriente liberal por influjo de nuestro Código de 1848. En Colombia, las nuevas ideas a través del Código francés de 1810 y del español de 1822 son acogidas por el Código de 1837 para Nueva Gra-

sus principios básicos: humanización de la penalidad y firmes garantías jurídicas (legalidad de los delitos y de las penas, *nullum crimen, nulla poena sine lege*; irretroactividad de la ley penal; personalidad de la pena).

Con la afirmación de estos principios, logró el individuo el reconocimiento y amparo de su personalidad, antes desconocida o cercenada, y así, para asegurar su respeto, las garantías jurídicas de la persona, y entre ellas la garantía penal, fueron consignadas en las constituciones políticas como una de las garantías constitucionales, como una de las expresiones de libertad personal. Por vez primera aparecen inscritas en la Constitución francesa de 1793, y de ésta han ido pasando a las de otros países. También en España hallaron amplia acogida en nuestra primera Constitución, en la de 1812, en particular las garantías procesales (no poder ser ningún español detenido, ni preso, ni juzgado, ni sentenciado sino conforme a las leyes), sin contar otras (10), y con reiterada y machacona insistencia, explicable por ser la vez primera que se consignaban y por el anhelo de mantenerlas y arraigarlas. Las Constituciones posteriores, las de 1837, 1869 y 1876, también las acogieron, en particular las garantías procesales; la de 1932 estableció en forma más precisa la garantía penal (11), que acoge también el Fuero de los Españoles, juntamente con la garantía procesal (12). Al irrumpir en el campo del Derecho punitivo, con el positivismo, las doctrinas de la antropología y sociología criminal, y más tarde otras concepciones biológicas (tipología criminal, dirección constitucionalista, etc.) se produjeron en su ámbito grades mudanzas, destacando entre ellas la estimación de la personalidad del delincuente, antes desatendida por leyes y juzgadores, y la adopción de nuevas medidas y sistemas represivos, pero el fondo político del Derecho penal, a pesar del germen antilegalista que el

nada, aceptado más tarde por los demás Estados de la Unión Colombiana. Bolivia adoptó nuestro Código de 1822, del que en la Asamblea Constituyente de este país se dijo que «era el fruto de la filosofía y de las luces del siglo, tomadas de los mejores criminalistas y conforme a los principios de Bentham, Beccaria y otros autores». El mismo Código español fue acogido en Perú por decreto de 22 de junio de 1836 del Mariscal Santa Cruz, Supremo Protector de la Confederación Perú-Bolivia. En Chile, el nuevo Derecho penal, aunque en él se inspiraron los propósitos de reforma de 1846 que intentaron establecer un sistema penal «conforme a los principios de la Humanidad y de la justicia que prescriben la razón y la filosofía del siglo», no llegó a tener vigencia hasta el Código de 1874, que aún rige, muy influido por nuestro Código de 1848.

(10) Principalmente en los artículos 247, 248, etc. Además del establecimiento de garantías procesales, abolió el tormento (art. 303), o mejor dicho, confirmó su abolición, pues ya había sido suprimido por decreto de las Cortes de 22 de abril de 1811; asimismo fueron abolidas la confiscación (art. 304) y las penas que trascendían a la familia del penado (art. 305).

(11) Art. 28. «Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración.»

(12) Art. 19. «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia de tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado.»

positivismo llevaba en su seno, se conservó intacto; las garantías penales se mantuvieron, y aún con mayor firmeza, por la expresa consignación en los modernos Códigos del principio de legalidad de los delitos (13); el espíritu humanitario adquirió todavía más considerable arraigo por la aspiración creciente a la reforma del delincuente (prevención especial), a la abolición de la pena capital y de las penas corporales, y por la creación y adopción en gran número de países de instituciones y formas de tratamiento de la delincuencia impregnadas de sentido humano.

Este fondo individualista humanitario, benévolo y protector de los derechos de la persona, esencia del Derecho penal que hoy rige, ha dominado, sin pugna ni oposición alguna, durante más de un siglo, en los Códigos y en las leyes penales. Es éste un régimen de seguridad y certeza jurídica, consecuencia inmediata del alto rango otorgado a la ley, como fuente única del Derecho penal, es el régimen de «fijeza» de que hablaba Montesquieu, que garantiza a todos no ser perseguidos ni castigados más que por aquellos hechos definidos por la ley como delitos, y sólo en las condiciones y dentro de los límites legales.

III

Firmes, con traza incommovible, dominaban estas ideas en las legislaciones europeas, cuando se produjo un cataclismo político y social que había de originar un sistema punitivo fundado sobre nuevos cimientos: la revolución socialista rusa. Otras conmociones políticas sobreveniadas poco más tarde, la revolución fascista en Italia y el advenimiento del nacionalsocialismo en Alemania, dieron a luz doctrinas penales ajustadas a la esencia y fines de los nuevos Estados, que pronto encajaron en sus códigos y leyes. Así nació un Derecho penal nuevo, el llamado Derecho penal autoritario, encaminado, sobre todo, a la realización de específicos fines estatales y a fortalecer y reforzar la autoridad del Estado a expensas y en perjuicio del sentido de protección y de garantía del individuo que inspiraba las normas del Derecho liberal.

Las garantías penales fueron abolidas por los nuevos ordenamientos criminales de Rusia y Alemania, sólo el Derecho penal italiano no sufrió en este punto modificación relevante. En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*) fué reemplazado por el de analogía. «Cuando algún hecho peligroso—dispone el artículo 16 de su Código penal—no se halle expresamente previsto en el

(13) Códigos de Italia, art. 4.º; Suiza, art. 1.º; Polonia, art. 1.º; Brasil, art. 1.º; Perú, art. 2.º, etc.

Otros Códigos modernos, aun sin hacer declaración expresa, se inspiran implícitamente en la idea de legalidad al definir el delito como hecho penado por la ley, Méjico (D. F.), art. 1.º; Cuba, art. 2.º; Uruguay, art. 1.º, etc.

Código, el fundamento y la extensión de la responsabilidad se determinarán conforme a los artículos de éste que prevean los delitos análogos.» Consecuencia del abandono del principio de legalidad fué la implantación de la retroactividad de la ley en todo caso, en el favorable como en el perjudicial al reo, establecida por la ley de Introducción a dicho Código en su artículo 1.º

En la Alemania nacionalsocialista, el principio de legalidad sufrió también una violenta acometida: a la máxima *nullum crimen sine lege*, substituyó la norma *nullum crimen sine poena*, cambio que se intentó justificar invocando su mayor eficacia para la represión de la criminalidad (14), e incluso alegando la necesidad de aproximar el Derecho a la moral; así se vino a sostener que para ser un hecho conceptuado punible bastaba que fuese considerado como criminal por el llamado «sano sentimiento popular». De acuerdo con estas ideas, la ley de 28 de junio de 1935 modificó el artículo segundo del Código penal, otorgando a dicho sentimiento el rango de fuente del Derecho penal, juntamente con la ley, y autorizó la aplicación de ésta por analogía (15). Así desapareció en Alemania, durante el período hitleriano, con el principio de legalidad, la garantía penal establecida en el texto primitivo del Código, texto de sentido liberal, y en él mantenida hasta su abolición por aquella ley.

Pero la arremetida contra los fundamentos del Derecho penal liberal, llevada a cabo por los regímenes autoritarios, no se limitó a la anulación de las garantías de la persona: se extendió también a otras materias reguladas por el ordenamiento penal. El castigo de la delincuencia política, que en el Derecho liberal poseía un tono suave y hasta benévolo—recuérdese la supresión en algunos

(14) Así, Henkel sostuvo que si el Estado liberal creó la norma *nullum crimen sine lege*, el Estado nacionalsocialista no precisaba de esta máxima, lo importante es que ningún delito quede exento de pena. Todo hecho, opinaba, debe ser expiado conforme al sano sentimiento popular. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburgo, 1934.

(15) El § 2.º del Código penal quedó redactado así: «Será castigado el que cometiere un hecho declarado punible por la ley o que merezca ser penado conforme al principio fundamental de una ley penal y al sano sentimiento popular. Si no hubiere ley directamente aplicable al hecho, éste será penado según la ley en cuyo principio fundamental encaje mejor.»

El doctor Gürtner, Ministro de Justicia, en el discurso de apertura del XI Congreso de Derecho penal y penitenciario (Berlín, 1935), comentando la reforma introducida en este artículo, manifestaba que el principio *nullum crimen sine lege* había sido substituído por el *nullum crime sine poena*. Esta nueva concepción conduce a una revolución completa en la doctrina de la antijuridicidad. Una ley, añadía, que parte de la máxima *nullum crimen sine lege* no considera como antijurídico más que el acto que infringe una norma de la ley penal, lo que no está prohibido no es punible y debe ser considerado lícito y permitido. Dicha ley parte de la noción del «delito formal»; el nacionalsocialismo sustituye la noción del «injusto formal» por el «injusto material» y considera «injusto» toda agresión a los intereses de la comunidad nacional, toda agresión que lesione las exigencias de la vida popular: Y terminaba, por consiguiente, en *Alemania puede haber culpabilidad aun en casos en que la ley no comine pena alguna*.

países de la pena de muerte para los reos políticos y la creación de una especial penalidad mitigada para estos delinquentes—adquiere gran dureza en el Derecho criminal autoritario. En Rusia los delitos de carácter político, los llamados por su Código penal «delitos contrarrevolucionarios», se castigan con las penas más severas: con la pena de muerte y la deportación a campos de trabajo situados en regiones lejanas, de clima riguroso, y de allí extendidos a otras comarcas (16). También en Alemania la delincuencia política fué perseguida con gran rigor. En el mismo año del advenimiento de Hitler al Poder se promulgaron una serie de leyes que reprimían los ataques contra el Estado con severas penas: con la de muerte y con la prisión perpetua o de larga duración (17); creóse, además, por ley de 24 de abril de 1934, un tribunal excepcional, denominado «Tribunal Popular» (Volksgerichtshof), encargado de juzgar los más graves de estos delitos. Aun en Italia, cuya legislación mantuvo las garantías de la persona, y cuyo tono penal no alcanzó la dureza de los demás regímenes autoritarios, la delincuencia política, los denominados «delitos contra la personalidad del Estado», fueron perseguidos severamente, y algunos de ellos juzgados por el Tribunal Especial para la Defensa del Estado, tribunal de excepción creado por ley de 25 de noviembre de 1926.

La mano dura con los reos políticos, en franco contraste con el modo suave del Derecho liberal, es rasgo genuino del Derecho autoritario. Dentro del sentido individual liberal, el Estado cede ante el individuo; la pugna entre ambos se decide a favor de éste; ante la idea de libertad se sacrifican sin vacilar los intereses colectivos, y hasta cuando asesta contra el Estado o contra sus órganos los golpes más duros o más peligrosos, el individuo goza, por lo común, de un trato indulgente. Pero un sistema semejante no es compatible con la concepción autoritaria, para los regímenes autoritarios, que aspiran, sobre todo, a la protección y defensa del Estado, no son posibles estas situaciones de privilegio características del Derecho liberal. Un Estado que para la consecución de sus fines tiende al más firme mantenimiento de su fuerza y de su autoridad, ha de estar siempre dispuesto a rechazar con la mayor energía todo ataque contra su vida y sus órganos vitales. El des-

(16) Graven, *Le Droit pénal soviétique*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1948, págs. 231 y 430; 1949, pág. 241 y sigts.; Mera y Zwierniak, *La justicia soviética*, trad. española, Bilbao, 1947, pág. 360 y sigts.; Maurach, *Das Sowjetstrafrecht von 1936 bis 1938*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, pág. 95 y siguientes.

(17) Estas leyes, promulgadas todas en 1933, eran: la ordenanza de 4 de febrero «para la protección del pueblo alemán», la ordenanza de 28 de febrero «para la protección del pueblo y del Estado», destinada a reprimir la propaganda comunista; la ley de 4 de abril «para la defensa contra los hechos violentos de carácter político», que penaba los atentados por medio de explosivos, los incendios y otros hechos de grave violencia, y la ley de 13 de octubre «para la garantía de la paz jurídica».

usado rigor con que los países autoritarios han reaccionado contra estos delitos es consecuencia indeclinable de su régimen político.

Mas, en honor a la verdad, ha de recordarse también que los regímenes políticos liberales, en momentos peligrosos, no han vacilado en utilizar duros medios represivos, y no pocas veces han relegado al olvido las garantías jurídicas que con tanto celo propugnan. Recuérdese entre nosotros la ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, que encomendaba la represión de los hechos en ella sancionados a la autoridad gubernativa; la ley alemana, también denominada de Protección de la República, de 21 de julio 1922, que creó un tribunal de excepción de tipo político; sin contar las numerosas y severas leyes que en gran número de países liberales fueron promulgadas poco antes de la segunda guerra mundial para el castigo de los delitos contra la seguridad del Estado (18). En situaciones apuradas, los mismos doctrinarios liberales y democráticos se inclinan por los procedimientos fuertes. El profesor Liepmann, de Hamburgo, en el ambiente democrático, agitado por frecuentes revueltas de la Alemania republicana de la Constitución de Weimar, pedía una severa represión de estos delitos. «El Estado—escribía—no puede ser sensible a consideraciones de misericordia...; su existencia está en juego del modo más peligroso. Cualquier falta de reacción enérgica será considerada como señal de debilidad y aumentará la fuerza del movimiento revolucionario, mientras que una acción firme y decidida, sin titubeos ni términos medios, rápida y valiente, puede, al menos, determinar la abstención de los cómplices (19).

La represión de los delitos de Derecho común también revistió mayor rigor en ciertos países autoritarios: en Alemania y en Italia; mientras que Rusia ha mantenido, salvo en casos excepcionales, una penalidad moderada, moderación explicable por carecer de relevancia para este régimen la criminalidad común, que no pone en peligro, a diferencia de la delincuencia política, la existencia del Estado comunista. Como modelo de represión, en pugna con toda ley de humanidad, hemos de recordar, en la Alemania hitleriana, la campaña para el logro de la pureza de la sangre aria, en particular el aniquilamiento de la raza judía, que comienza con las

(18) Grecia, ley de 15 de septiembre de 1936 para la represión del comunismo; Ecuador, ley 1 de diciembre de 1936 para la represión de los delitos contra el Estado y las actividades comunistas; Haití, ley de 17 de noviembre de 1936 para reprimir las actividades comunistas; Paraguay, ley de 7 de octubre de 1936 para reprimir las actividades comunistas; Brasil, ley de 4 de abril de 1935 contra la delincuencia de tipo social y político; Bolivia, decreto de 21 de septiembre de 1936 contra el comunismo; Chile, ley de 11 de febrero de 1937 relativa a la seguridad del Estado contra las organizaciones comunistas y fascistas, etc.

(19) *Il trattamento particolare dei delinquenti politici*, en el volumen *Per il cinquantenario della Rivista penale* Città di Castello, 1925, pág. 265.

leyes de Nuremberg de 1935 (20) y termina con los horrores de las cámaras de gas del campo de Auschwitz.

IV

Terminada la segunda guerra mundial, el triunfo de las democracias reafirma en el Derecho penal el sentido liberal. El Derecho criminal autoritario sufre gran quebranto, en Alemania, el promulgado bajo el régimen hitleriano queda anulado por el Consejo Aliado de Control (21); en Italia, su ordenamiento penal, cuyas orientaciones fundamentales se inspiraban en las normas tradicionales, se mantiene con leve reforma, y no se tardó en acometer la tarea de preparar un proyecto de Código penal en armonía con su nuevo régimen político (22).

El tono humanitario, peculiar del Derecho liberal, se acentúa fuertemente, sin duda como reacción contra la severidad autoritaria. Se reanuda la campaña contra la pena de muerte, que llega a ser abolida en algunos países. La Italia de postguerra se apresura a suprimirla (Decreto de 10 de agosto de 1944), mas la gravedad que alcanza el bandolerismo en Italia meridional y en Sicilia a poco de su abolición obliga a restablecerla (Decreto de 10 de mayo de 1945), y es de nuevo definitivamente abolida por la nueva Constitución de 1947 (art. 27). En Alemania, el Gobierno militar aliado la suprime excepto para los hechos que estaban castigados con esta pena antes del 30 de enero de 1933, advenimiento de Hitler, y recientemente ha sido por completo abolida por la Constitución de Bonn en 1949 (artículo 12). La abroga también Rusia para el tiempo de paz (Decreto del Soviet Supremo de 26 de mayo de 1947), mas en breve vuelve a restablecerse para los delitos de traición, espionaje y sabotaje (Decreto de 12 de enero de 1950), y recientemente, por disposición del Soviet Supremo de mayo del corriente año, se extiende, por vez primera, a los culpables de homicidio

(20) De estas leyes, la de 15 de septiembre de 1935 (Blutschutzgesetz) sancionaba con penas el matrimonio, e incluso las relaciones sexuales, de hombres de raza judía con mujeres arias, y la tenencia de mujeres de servicio de raza alemana. Se llegó a tales desvarios que hasta se pidió el castigo, de estos hechos con pena de muerte. El diputado Julius Streicher propuso, con el fin de impedir la degeneración de la raza alemana, la imposición de la pena capital para los hebreos que mantuvieran relaciones sexuales con mujeres arias. Jungnik von Wittken (*Die nationalsozialistischen Blutschutzgesetze im Spiegel der ararischen Strafrechts*, recensión en *Zeitschrift f. die ges. Strafrechtswissenschaft*, 1939, pág. 453), en nombre de las antiquísimas tradiciones arias, propugnó también el establecimiento de la pena de muerte para el comercio carnal éntre personas de raza diversa.

(21) No todas las disposiciones provenientes de la época del nacionalsocialismo fueron abrogadas por el Consejo aliado de control; sólo lo fueron las inspiradas en su política; estas normas del Código de la legislación especial fueron abolidas por las leyes números I y II del Consejo aliado de control de 20 de septiembre de 1945 y de 30 de enero de 1946, respectivamente.

(22) El proyecto fué preparado por una Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia.

con circunstancias agravantes: Iguualmente las modernas Constituciones de Cuba de 1940 (art. 25) y Brasil de 1946 (art. 141, párrafo 31) la suprimen.

La misma tendencia abolicionista se manifiesta respecto de las penas corporales, que ya habían desaparecido casi por completo de las legislaciones. En Inglaterra, los azotes quedan suprimidos como pena por el *Criminal Justice Act* de 1948; el Consejo Aliado de Control abroga en Alemania (art. 1.º, ley núm. 11 de 30 de enero de 1946) la castración de criminales sexuales peligrosos, introducida como medida de seguridad por Ley de 24 de noviembre de 1933, del período hitleriano. En algunas Constituciones de postguerra de países en los que hace largo tiempo estaba abolido todo género de pena corporal, y hasta perdido el recuerdo de su aplicación, se estigmatizan y prohíben estas penas. La nueva Constitución argentina de 1949 declara «abolidos para siempre el tormento y los azotes» (art. 17). «No se impondrán castigos crueles o desusados», dispone la Constitución de Filipinas de 1940 (art. 3.º, sección 1.ª, 19). «Las penas—establece la constitución italiana—no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad» (art. 27). Otras penas rechazadas por el Derecho penal moderno y eliminadas de las legislaciones se repudian, no obstante, de modo expreso, la confiscación y las penas perpetuas en la Constitución brasileña (art. 141, párrafo 31), la confiscación en la Constitución cubana (art. 24), y la boliviana de 1947 prohíbe la confiscación para los delitos políticos, la pena de infamia y la muerte civil (arts. 15 y 25),

La aspiración a la *prevención especial*, a la reforma y readaptación social del delincuente, peculiar de las concepciones penales y penitenciarias de los países liberales democráticos de la anteguerra, en particular de Inglaterra y Estados Unidos, prende con más fuerza en la postguerra, y no sólo domina en el ordenamiento penitenciario, sino que se incluye también como dogma fundamental en las Constituciones. «Las penas deberán aspirar a la reeducación del condenado», establece la Constitución italiana (art. 27); las cárceles serán «adecuadas para la reeducación social de los detenidos», proclama la argentina (art. 29). El anhelo reformador, que siempre limitó su acción a los sujetos considerados susceptibles de corrección, se extiende también a los criminales habituales, hasta ahora conceptuados incorregibles, y desde hace algún tiempo está surgiendo en la preocupación de su posible readaptación a la vida social. El XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario (La Haya, septiembre de 1950) abordó y discutió ampliamente esta importante cuestión (23). También se inspira en igual sentido la

(23) *Rapports sur le problème des délinquants d'habitude et de leur traitement*, en *Recueil des documents pénales et pénitentiaires*, Berna, 1947, septiembre; *Enquête de la Commission Pénale et Pénitentiaire*, Rapport Belezza dos Santos, *Traitement et libération des délinquants d'habitude*, *Recueil*, 1948, página

resolución adoptada en el mismo Congreso de extender a los delinquentes adultos el tratamiento puramente educativo aplicado a los jóvenes delinquentes.

Las ideas favorables a la mitigación de la ejecución de las penas, especialmente de las de privación de libertad, ideas que tan considerable desarrollo habían alcanzado, arraigan en la postguerra con firmeza creciente. Se inicia la creación de las llamadas «prisiones abiertas», desprovistas de medios de aseguramiento de los reclusos, muros, rejas, cerraduras, celdas y en las que el fundamento de su régimen consiste en inculcar al preso el sentimiento de la propia responsabilidad (24). Inglaterra, en el *Criminal Justice Act* (1948), suprime los trabajos forzados (*hard labour*); el aislamiento celular pierde terreno en todas partes; en el tratamiento de los condenados a penas privativas de libertad se intensifica el sentido de humanidad y de respeto a la dignidad de la persona.

Pero este sentido de moderación y humanización del Derecho penal, que es una de las más relevantes consignas de la política criminal contemporánea, ha llegado a tono tan desmedido, que ha desatado ya la protesta de los que recelan que la pena deje de ser temida para ser deseada. «El Derecho penal—se advierte—debe continuar siendo el mismo: «Derecho penal» y no «Derecho premial» (25).

Otro de los aspectos más peculiares del moderno Derecho penal, el reconocimiento de las garantías de la persona, se destaca en la postguerra con más pronunciado relieve. Las Constituciones de esta época recogen con vivo celo entre los derechos fundamentales de aquélla, los que hacen referencia al orden penal. El principio de legalidad se proclama en la Constitución italiana (art. 25), en las Constituciones de los Estados alemanes renano-palatinos de 1947 (art. 6.º) y en la de Wutermberg-Hotenzollern (art. 17) del mismo año; en la de Baviera de 1946 (art. 104, 1.º), en la Constitución (Grundgesetz) de Bonn (art. 103, 3.º) y en la de la República democrática alemana de 1949 (art. 135, párrafo 1.º). El principio de irretroactividad de la ley penal, necesaria consecuencia de la norma de legalidad penal, se establece en las Constituciones de Baden de 1947 (art. 16), en la de Hesse-Nassau de igual fecha (art. 18, 1.º) y en la de la República democrática alemana (art. 135, párrafo

382 y sigts. El citado XII Congreso penal penitenciario (Sec. II, Cuestión II) tomó sobre este asunto la siguiente resolución: 5. «En el tratamiento de los delinquentes habituales debe tenerse presente la posibilidad de su mejoramiento. Por consiguiente, uno de los fines de su tratamiento debe ser la reeducación y readaptación social de estos delinquentes.» *Actes*, vol. I, pág. 472.

(24) El XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario (Sec. II, Cuestión I) adoptó un voto favorable a este régimen de prisiones. Actualmente existen en Estados Unidos, Suecia, Dinamarca e Inglaterra. *Actes*, vol. I, página 450-452.

(25) Bettiol, *Sull'umanizzazione del Diritto penale*, en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1949, núm. 1, pág. 1 y siguientes.

segundo); fuera de Europa, en la argentina (art. 29), en la cubana (art. 21), en la brasileña (art. 141, 29), en la de Bolivia (artículo 31) y en la del Japón de 1946 (art. 39). En la citada Constitución argentina también se prohíbe de modo expreso la aplicación de la ley penal por analogía, secuela ineludible de la idea de legalidad penal. Por último, he de recordar que en la declaración de los derechos del hombre, aprobada por la O. N. U. el 10 de diciembre de 1948, se establece la doble garantía de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*) (26).

Pero, al igual que en las leyes fundamentales de los países democráticos, hallamos con viva sorpresa estas mismas normas en las recientes Constituciones de las nuevas Repúblicas de influencia soviética: en la de la República democrática alemana de 1949 (artículo 135), en la yugoslava de 1946 (art. 28), en la búlgara de 1947 (art. 82) y en la rumana de 1948 (art. 30), normas que no siempre armonizan con los preceptos de sus Códigos penales (27).

Otro principio que también constituye una garantía de la persona conquistada y asegurada por el movimiento reformador de fines del siglo XVIII, es el de la personalidad de la pena. Que nadie sea castigado por el hecho de otro, que la pena recaiga solamente sobre el delincuente condenado, son ideas tan hondamente arraigadas en la conciencia jurídica de nuestro tiempo, que no precisaban ser consignadas ni en los Códigos ni en las Constituciones. Por esto causa viva sorpresa hallar esta declaración en buen número de Constituciones de postguerra como si se tratara de una reciente conquista, la encontramos en Italia (art. 21), en Hesse-Nassau (art. 18, 2), en Baden (art. 916) y en Brasil (artículo 141, 30); sólo el deseo vehemente de asegurar con la mayor firmeza posible los derechos de la persona puede explicar una declaración semejante.

Característica del moderno Derecho internacional y penal es también el principio, que tiene fuerte raigambre en los acuerdos internacionales, de la no extradición de los reos políticos, principio que ha adquirido recientemente tan destacado relieve, que hoy asume el rango de una norma constitucional (28), y con este carácter

(26) Se declara en su artículo 10: «Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de su comisión no constituyan un hecho delictivo, conforme al derecho nacional o al internacional. No se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento en que el acto delictivo haya sido cometido.»

En esta amplia fórmula de garantía de la persona creo ver un concepto peligroso para la seguridad de ésta en que el hecho (acción u omisión) constituya delito conforme al derecho internacional, pues mientras la expresión derecho nacional es clara y concreta y no puede suscitar duda, el término derecho internacional es aún vago en exceso y podría originar arbitrariedades deplorables.

(27) En Rumanía, Hungría y Bulgaria.

(28) En la anteguerra sólo hallamos regulada esta materia en la Constitución mejicana, que prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos

las nuevas Constituciones, la italiana (art. 26), la de Bonn (artículo 26, 2), la brasileña (art. 141, 33) y la cubana (art. 31) lo inscriben en sus preceptos fundamentales (29).

El derecho de refugio, acordado por las legislaciones, a los perseguidos por causa política, que generalmente se hallaba consignado en leyes o en otras disposiciones de la legislación común, también alcanza en la postguerra en algunos estados la jerarquía de precepto constitucional. Pero no es el hoy otorgado el asilo generoso y amplio para toda clase de perseguidos políticos que antes se concedía, y que aún hoy se establece en la Constitución de Bonn, el derecho de asilo actualmente reconocido por ciertos países en sus Constituciones se limita a los perseguidos por ideas políticas afines a las que inspiran los preceptos de éstos, los perseguidos de diferente ideología política quedan excluidos de esta protección. Este sentido restrictivo se halla en la Constitución francesa, que la otorga a los perseguidos «por su acción en favor de la libertad (30); en la italiana, que la reserva a aquellos a quienes en su país se les impida el ejercicio de las libertades democráticas que ella establece (art. 10), y los estados alemanes Baviera (artículo 105), Hesse-Nassau (art. 7.º, 3) y renanopalatino (artículo 16) lo conceden a los perseguidos respecto de quienes se hayan violado los derechos fundamentales reconocidos respectivamente en estas Constituciones; también de análogo modo lo concede la Constitución de la República democrática alemana (art. 10). Asimismo, en los países de influencia soviética, Yugoslavia (art. 31), Bulgaria (art. 84) y Rumania (art. 35), sus Constituciones, imitando la rusa de 1936 (art. 129) conceden el derecho de refugio a los extranjeros perseguidos como defensores de los derechos de los trabajadores, de la independencia nacional o de la actividad científica o cultural, y se otorga asimismo a los propugnadores de las ideas democráticas (protección ésta no consignada en la Constitución rusa); la República popular húngara (art. 58, 2) lo otorga a los extranjeros perseguidos por su actitud democrática o a causa de su actividad a favor de la liberación de los pueblos.

V

La política criminal que bajo el influjo democrático predomina en la mayoría de los países, en particular en la Europa occidental, como hemos visto, ha mantenido con firmeza y ha vigorizado los principios básicos del Derecho penal individualista humanitario.

políticos (art. 15), y en la española republicana de 1931, que prohibió suscribir convenios o tratados que tuvieran por objeto la extradición de delincuentes político-sociales (art. 30).

(29) Art. 16. 2.º: «Los perseguidos políticos gozan derecho de asilo.»

(30) En su preámbulo.

Mas, a pesar de su conservación celosa, apenas terminada la segunda guerra mundial surgió un durísimo ordenamiento punitivo, en pugna bien notoria con aquellas normas. Los Estatutos de Nuremberg y de Tokio, así como la legislación aparecida en la mayoría de los Estados beligerantes para la represión de los crímenes de guerra, o relacionados con la guerra, colaboracionismo, incivismo, etc., han conculcado, como ya lo hizo el Derecho penal autoritario, sus principios fundamentales, el de legalidad de los delitos y de las penas, y con él la máxima reputada intangible *nullum crimen nulla poena sine lege*, acogida en los Códigos penales de los Estados democráticos y exaltada al rango de garantía constitucional; el principio de irretroactividad de la ley penal, vulnerado por numerosas leyes de postguerra aplicadas *ex post facto*, y el de personalidad de la pena, violado por el artículo 9.º del Estatuto de Nuremberg y por otras disposiciones, normas rechazadas por el mismo derecho de guerra (31) y contra cuya infracción por los países vencedores ya protestó Su Santidad el Papa en el radio-mensaje al mundo en la Navidad de 1944 (32).

Pero las desviaciones del Derecho penal democrático contenidas en estos nuevos ordenamientos represivos no se limitan al menoscabo de aquellos principios de garantía de la persona: representan también un abandono completo de las concepciones penales democráticas acerca de la esencia y finalidad de la pena. Mientras que en la legislación común de aquellos países domina el sentido de la llamada *prevención especial*, que encierra la aspiración a la reforma y readaptación social del delincuente, las normas para el castigo de los crímenes de guerra se inspiran solamente en las ideas de expiación; la pena, con frecuencia la de muerte, se impone en ellas para que el condenado purgue y expíe el hecho cometido.

El mismo sentido duro y expiatorio inspira el Derecho penal en formación para el castigo de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, en los proyectos que se están elaborando se establece la pena capital ejecutada no sólo por fusilamiento, sino también mediante el procedimiento infamante de la horca.

Las disposiciones de los citados ordenamientos represivos no solo representan el contraste más completo con el humanitarismo

(31) El Reglamento y usos de la guerra terrestre adoptado en La Haya en 1907, en su art. 23, último párrafo, considera ilícita la pena colectiva, de carácter pecuniario o de otra clase, que se imponga a la población del país ocupado por el ejército enemigo por hechos individuales, de los cuales dicha población no puede ser jurídicamente considerada solidariamente responsable.

(32) Después de declarar que nadie piensa en desarmar a la justicia en el castigo de los crímenes de guerra, S. S. el Papa añadía: «Pero si la justicia pretendiera juzgar y castigar no singulares individuos, sino colectivamente enteras comunidades, ¿quién no podría ver en semejante procedimiento una violación de las normas que presiden todo juicio humano?»

del Derecho democrático y con su tono de profundo respeto a la persona, sino que muestran también una estrecha semejanza con el Derecho penal de los regímenes autoritarios.

Por otra parte, al examinar las características del Derecho penal de nuestros días, es menester tener muy en cuenta que no es Rusia el único país donde se halla implantado un sistema represivo autoritario, sino que en las repúblicas populares de la Europa accidental, países satélites de Rusia, según las noticias que de ellos nos llegan, como ya he manifestado, han plasmado en la postguerra, o están a punto de hacerlo, sus instituciones penales en los moldes soviéticos autoritarios. En Rumania, después de la implantación del nuevo orden político, las leyes de 1 de marzo de 1948 y 30 de abril de 1949 han abolido la legalidad penal, introduciendo, con arreglo al Derecho soviético, la aplicación de la ley por analogía. En Hungría, la ley II de 1950 ha anulado la parte general de su Código penal, sustituyéndola por otra «que sirve mejor a los intereses del socialismo y a la protección de los bienes sociales», según declara su introducción, esta reforma ha suprimido, en su artículo 1.º, el principio de legalidad y el Código penal promulgado el 9 de febrero de 1951 reconoce la analogía como creadora de delitos (art. 2.º, párrafo segundo). En cuanto al Código penal checoslovaco entrado en vigor el 12 de junio de 1950 es cierto que establece el principio de legalidad, mas éste aparece quebrantado por la amplitud de numerosas figuras de delito y múltiples cláusulas generales (33).

VI

Después de cuanto hemos expuesto, ha llegado el momento de preguntarnos: ¿puede afirmarse, en verdad, que hoy rige, en particular en Europa, un Derecho penal democrático, esto es, humanitario y respetuoso de los derechos de la persona?

En el grupo de Estados de la Europa oriental, en Rusia y en los sometidos a su dominio o a su influencia, su política criminal y sus ordenamientos penales se inspiran en los principios opuestos.

Por el contrario, como hemos reiteradamente manifestado, en los países democráticos sus directrices peculiares se han robustecido de modo sensible en la postguerra. Después del grave peligro que corrieron al aparecer los regímenes autoritarios, aquéllos mantienen con firmeza en el campo penal sus fundamentos tradicionales. Códigos penales y Constituciones políticas, en particular éstas, garantizan con energía creciente los derechos de la persona que caen dentro del ámbito punitivo. La legalidad de delitos y de penas, el repudio de la aplicación analógica de la ley, la retroacti-

(33) Su traductor alemán, el doctor Schmied, así lo manifiesta. *Das Ischecoslowakische Strafgesetzbuch*, vom Juli 1950, Berlín, 1952, pág. 14.

vidad de las leyes penales, la personalidad de la pena, sin contar, las múltiples garantías procesales, ya quizá excesivas, otorgadas a los delincuentes, y la prohibición de los tribunales de excepción, todos «los inolvidables derechos del hombre», que, conforme a las palabras de Su Santidad el Papa en el radio-mensaje de Navidad de 1942, deben ser protegidos «contra los ataques de todo poder humano», todos se hallan hoy en la esfera penal recientemente asegurados, como nunca lo estuvieron; quizá la fuerte embestida que sufrieron en los momentos de culminación de los derechos autoritarios ha agudizado en la postguerra la conciencia de los bienes que las garantías jurídicas otorgan. Sólo esto puede explicar la insistencia, superflua en apariencia por ser ya consustanciales del moderno derecho, con que estas garantías se acogen y establecen en las Constituciones de nuestros días.

Pero el exuberante desarrollo del espíritu humanitario en el derecho y en la política criminal de nuestra época tiene su contrapartida sombría en los duros estatutos, leyes, decretos y ordenanzas para la represión de los crímenes de guerra y hechos afines, que por su semejanza con los preceptos punitivos de los regímenes autoritarios forma un cuerpo extraño, algo así como un tumor maligno, incrustado en las formas penales democráticas.

Como el dios Jaro de la mitología romana, el Derecho penal de nuestros días ostenta dos rostros: uno humano y comprensivo, otro rígido, adusto, de inflexible dureza.

