

CONCEPCIÓN ARENAL Y EL FIN DE LA PENA DESDE LAS FUENTES CLÁSICAS

(Philantropia, humanitas, therapheia)

Isabel Núñez Paz

Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Oviedo

NÚÑEZ PAZ, Isabel. Concepción Arenal y el fin de la pena desde las fuentes clásicas. (*Philantropia, humanitas, therapheia*). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-20, p. 20:1-20:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-20.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-20 (2013), 26 dic]

RESUMEN: La complejidad y riqueza del pensamiento científico de Concepción Arenal (1820-1893) supera la mayoría de los esquemas convencionales en que tradicionalmente se ha venido encuadrando. En el presente estudio se abordan algunos aspectos del pensamiento jurídico-penal de esta mujer humanista, jurista del siglo XIX, a partir del diálogo con la filosofía y el Derecho grecorromano; en especial la finalidad preventiva o retributiva de la pena (remedio terapéutico o venganza de Estado), la reinserción social y la consideración del delincuente como corregible o incorregible.

PALABRAS CLAVE: Concepción Arenal, pena,

remedio terapéutico, filantropía, reinserción, corregibles e incorregibles, filosofía clásica, Derecho griego, Derecho romano.

ABSTRACT: The complexity and richness of the scientific thought of Concepción Arenal (1820-1893) challenges more traditional paradigms. This study explores, by drawing upon Greco-Roman legal philosophy, the criminal jurisprudence of the nineteenth-century jurist, humanist woman. In particular, it examines both preventative and retributive (therapeutic remedy or State revenge) justifications of punishment, and considers the offender as being either capable or incapable of rehabilitation.

KEYWORDS: Concepcion Arenal, punishment, therapeutic remedy, brotherhood of humankind, rehabilitation, law of nature, rule of procedure, Greek and Roman Jurisprudence.

Fecha de publicación: 26 diciembre 2013

SUMARIO: 1. Planteamiento. Un diálogo con los clásicos. 2. Grecia. La compensación pecuniaria y la primera crítica a la finalidad retributiva de la pena. 3. Roma. Mecio. Primer "incorregible" y la elaboración jurisprudencial sobre los nuevos fines de la pena. 4. La humanitas, la filantropía y la clemencia como criterios penales y de política procesal. 5. El delincuente enfermo social. Curables e incurables. Un puente en la historia. 6. Concepción Arenal. "Un poco de agua en el vino" correccionalista del siglo XIX. 7. Consideración final. Una mujer humanista, reformadora del Derecho penitenciario.

1. Planteamiento

Concepción Arenal (1820-1893), renovadora del Derecho Penal de su época y una de las creadoras del Derecho penitenciario, considera que el mayor de los castigos es haber delinuido. La jurista hace un planteamiento absolutamente desprejuiciado y original de la corrección del delincuente. Analiza la conducta delictiva para determinar cuál es el momento lógico y cronológico en el que se atraviesa la frontera de la corrección a la incorregibilidad. Desde un examen de la legislación vigente en el siglo XIX, propone reformas legislativas y una renovación del sistema carcelario y aporta argumentos sobre los instrumentos, de carácter ético y jurídico, necesarios para la reinserción social del delincuente.

En los estudios de Derecho Penal se la encuadra en la Escuela correccionalista, junto a Silvela, Aramburu y Dorado Montero. Ciertamente, conoció de primera mano las teorías del filósofo alemán Röder y escribió antes que los otros tres correccionalistas. Pensadora sin apoyos, su pragmatismo y sentido jurídico marcan un sello personal en sus análisis legislativos y en sus propuestas penales y penitenciarias.

Nos ha parecido que, desde un diálogo con griegos y romanos, podría llegar a conocerse mejor el pensamiento jurídico de Concepción Arenal. Fue en el mundo griego donde surge la idea de la pena como “remedio” y aparecen los primeros “incorregibles”. En los textos romanos se encuentran afirmaciones como *Ergo ne homini quidem nocebimus, quia peccavit* (“No podemos castigar al hombre porque obró mal, sino para que no obre mal”) y se destacan como fines de la pena *levare, corrigere, emendare*. De otro lado, la *caritas*, la *philantropia* o la *pietas*, tuvieron un significado etimológico y aparecen en fuentes literarias, filosóficas y jurídicas, mucho antes de ser utilizados por los teólogos cristianos.

En la primera parte de este estudio planteamos los primeros casos de corregibles e incorregibles en el mundo occidental; las discusiones en Grecia acerca de la finalidad preventiva o retributiva de la pena; su consideración como remedio o como castigo, y los cambios que se produjeron en la normativa penal cuando se introduce en Roma, especialmente a partir de Cicerón, el principio de la *humanitas*. En la segunda parte analizamos el pensamiento jurídico penal de Concepción Arenal, jurista con sentido pragmático y conocimientos humanísticos (bien anclada en el siglo XIX y firme defensora del principio de legalidad y de los derechos constitucionales) en relación con el correccionalismo de su época. Abordamos algunos aspectos de sus aportaciones al estudio de la pena y al Derecho Penitenciario.

Como punto de partida, tomamos las palabras de Beccaria:

“La voz de un filósofo es muy flaca contra los tumultos y gritos de tantos a quienes guía la ciega costumbre, pero los pocos sabios que hay esparcidos por toda la tierra la recibirán y oirán en lo íntimo de su corazón; y si la verdad, a pesar de los infinitos estorbos que la desvían de un monarca, pudiese llegar hasta su trono, sepa que la que propongo va acompañada de la aprobación secreta de todos los hombres, sepa que

callará a su vista la fama sanguinaria de los conquistadores, y que la posteridad más justa le reservará el puesto más elevado entre los pacíficos tronos de los Titos, de los Antoninos y los Trajanos”¹

Pero más allá incluso de los Titos, de los Antoninos y los Trajanos -y con una mayor altura filosófica y jurídica en la concepción de los delitos y las penas- estaba el mundo de los griegos.

2. La compensación pecuniaria y la primera crítica de la finalidad retributiva de la pena en Grecia

El primer proceso de la historia jurídica occidental aparece en la *Iliada* de Homero, cuando Tetis, la diosa de los pies de plata, madre de Aquiles, hace traer del Olimpo la bella y brillante armadura fabricada por Hefesto. En manos del héroe, el magnífico escudo aparece grabado con las imágenes de las ciudades de la guerra y la de la paz. En la representación de la ciudad de la paz, un tribunal de hombres justos, los *gerontes*, escucha a la víctima de una agresión injustificada. Los jueces deben pronunciarse entonces acerca de si se ha hecho efectivo, o no, el pago de la compensación pecuniaria, como retribución de la ofensa recibida por la víctima. Sólo se permitirá dar muerte al agresor en el caso de que dicha compensación pecuniaria, un talento de oro, no se haya hecho efectiva. Al término del litigio los dos talentos deberían ser entregados al que dijo la verdad. Si la *poiné*, no se hace efectiva, el tribunal de *gerontes* dará vía libre a los miembros del grupo de la víctima para que ejerzan su derecho a la venganza².

Dos siglos antes incluso de que naciera la *polis*, un primer órgano jurisdiccional se adelanta al mundo romano en la superación de la venganza indiscriminada y constituye una primera aproximación al equilibrio retributivo y a la proporcionalidad en la respuesta, por parte de los parientes del ofendido.

La literatura heroica se encuentra plagada de consideraciones éticas. Cada ultraje es una falta contra la *timé*, o consideración social de la víctima y de su grupo, mientras que la proporcionalidad en la respuesta habla de la superioridad en virtud y en valor. Aunque en la literatura griega se seguirá haciendo visible la cultura de la venganza, dando rienda suelta a las emociones y a las pasiones, Las leyes de Dracón (621-620 a.C.) ya limitan formalmente su ejercicio y prohíben expresamente el uso de la fuerza a los parientes de la víctima³.

¹ Cesare BONESANA, Marqués de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950; de las distintas

² *Iliada*, canto XVIII, ed. De J. ALSINA, F. GUTIERREZ, Barcelona 1995, pp.342-350; WOLF, H.J., *The origin of Judicial Litigation among the Greeks; Traditio* 4, 1946, pp.31 ss.

³ *Insc. Graec* 1, 2, 115; el texto de las leyes de Dracón se encuentra en el museo Nacional Epigráfico de Atenas; cfr. *Law, Politics and Society in the Ancient mediterranean World*, ed. B. HALPERN, D. HOBSON, Sheffield 1993; M. A. HOEBEL, *The Law of Primitive Man. A Study in comparative Legal Dynamics*, Harvard 1967; trad. It. *Il diritto nella società primitiva*, Bologna 1974, p.43; M. GAGARIN, *Drakon and Early Homicide Law*, London 1982; E. CANTARELLA, *Controlling Passions or establishment the Rule of*

Pero es en el “Protágoras” de Platón donde aparece la primera crítica fundamentada a las teorías retribucionistas de la pena. En dicho diálogo, la función del castigo se encuadra en el necesario aprendizaje de la virtud y por tanto debe proyectarse hacia el futuro (prevención) porque “es necesario instruir al hombre en la virtud y en su caso castigarlo hasta que el castigo lo haya mejorado” (...) “En cuanto alguno, niño hombre o mujer sea ajeno a ella se procura instruirle y en su caso de no poderlo conseguir, de considerarle incurable, poder expulsarle de la sociedad o hacerle morir”. El injusto o impío debe ser enseñado para así poderlo recuperar socialmente. En cualquier caso “es más feliz aquel que es castigado por cometer injusticias que el que consigue sustraerse a la pena”. Si la injusticia es el más grande de los males para su autor aún es peor el no expiar la falta cometida cuando se es culpable. La corrección del delincuente (*euthuni*) como prevención especial, es lo más deseable; sólo se le debe matar si resulta incorregible (*aniaton*). Cuando esto no es posible se le elimina en razón de la prevención general “para que ya que él no puede aprender, sirva de lección a los demás”. De entre las personas “impías”, se diferencia por tanto entre las recuperables, que pueden ser adiestradas enderezando su comportamiento equivocado (ya que se puede albergar alguna esperanza respecto a su reinserción si son recluidas cinco años en la cárcel -*sophonisterion*-) y aquellas otras personas que deben ser alejadas de la ciudad y enterrados fuera de sus muros, por su carácter contaminante. Aparecen en el Protágoras, como prioritarias, la finalidad disuasoria y de enmienda de la pena, tanto en su faceta de prevención especial como general.

En Gorgias, el discurso de Platón se amplía. Comienza entonces la historia de larga tradición de la injusticia y la maldad como enfermedades morales. La pena es medicina del alma. Pero como la prevención es mejor que la curación es responsabilidad de los poderes públicos educar en la justicia:

“A poco que te pares a reflexionar, Sócrates, sobre lo que se quiere conseguir con el castigo del culpable, la realidad misma te mostrará que los hombres consideran la virtud como una cosa que se adquiere. En efecto, nadie al castigar a un culpable tiene presente ni toma por móvil el hecho base de la falta cometida a menos de abandonarse como una bestia feroz a una venganza que en vano la razón trataría de justificar; al contrario quien trata de castigar con fruto no hiere a causa del pasado, pues lo hecho, hecho está, sino en previsión para el porvenir, con objeto de que ni el culpable ni los que son testigos de sus acciones caigan en la tentación de imitar ejemplo tan funesto. Luego, si se admite esto fuerza es admitir que la virtud puede ser enseñada o el castigo no tiene por fin la intimidación del culpable y el impedir que vuelva a repetir la falta cometida”⁴.

the Law? The functions on Punishment in ancient Greece, en *Punishment and Society* 6/4 2004, 429-436; eadem, *Itaca. Eroï, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano 2002, pp.18 ss.

⁴ *Gorgias*, 476 b-479; 114-117c, en la versión castellana, J. B. BERGUA, *Diálogos*, Biblioteca de Bolsillo, Madrid 1960 ; pp137-281; p. 250; *Protágoras*; 325 a-b-326 e.; 476b- 479 c; 480 c-d., en J. B BERGUA, pp. 34-123; C. GILL, *Law and Ethics in Classical Thought*, cfr. “Classical Material on law civil Ethics”, nt. 25-35, en *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, ed. K. ECONOMIDES, Oxford 1998.

Ser justo es aproximarse lo más posible a la idea de justicia y por eso en ningún caso quien castiga a un culpable debe plantear la venganza, que conlleva un retorno al pasado. La idea de proyección hacia el futuro se percibe con fuerza la obra de Platón de carácter más general, “las Leyes”, cuando se ocupa de represión de la impiedad en especial a partir del Libro X. Considera que es mucho mejor instruir o recomendar que tener que dictar leyes que impongan sanciones penales. “Hay tres causas de culpabilidad en el alma, la pasión o arrebató que arrastra al mal, el placer que persuade o engaña, pero sin violencia, y la ignorancia”. Es necesario que el legislador prevenga a los que podrían llegar a ser criminales y que haga leyes para separarles del crimen y castigarlos tanto si fueran culpables como si pudieran llegar a serlo. Para los malos que no admiten curación la muerte es la medicina”⁵

En la necesidad de persuadir a los ciudadanos, conviene hacerse con la adhesión íntima de los mismos, porque sólo si los ciudadanos identifican su voluntad con la de las leyes, también en su vida privada, podrán prevenirse los conflictos internos y podrá garantizarse la justicia. En este sentido Platón puede haber sido el más antiguo defensor de las teorías de reinserción del delincuente en la sociedad adelantándose así no sólo a Cicerón y a Séneca sino también a Beccaria y a Bentham.⁶

La histórica opción entre teorías retribucionistas y preventivistas acababa de inaugurarse en el mundo occidental⁷.

3. Roma. Mecio. Primer “incurregible” y la elaboración jurisprudencial sobre los nuevos fines de la pena

El año 146 d.C. marca un hito en la historia de la jurisprudencia romana. Se plantea entonces una trascendental discusión en torno a la finalidad de la pena de muerte que se prolongará a lo largo de los siglos. Mientras que el jurista Sexto Cecilio Africano, (discípulo del gran jurista Salvio Juliano) se pronuncia en favor de su función disuasoria, el filósofo Favorino considera que no es más que un ejercicio de venganza pública, si bien aplicada por el rey en representación de la comunidad.

El punto de partida de la discusión es el relato de Tito Livio en torno a la suerte

⁵ Platón, *Leyes*, 718a, 724 b, tomo I pp. 149-157; en cuanto al paralelismo legislador-médico y poder curativo del castigo, *Leyes*, IV, 718 b-724 b; ed. J. M. PABÓN y M. FERNÁNDEZ GALIANO, Tomo I- II, Madrid 1983, tomo II, pp. 100-143; pp. 147-184; M. VEGETTI, *Quindici lezioni su Platone*, Torino 2003, p.241; En la filosofía aristotélica se plantea en cambio una clara opción retribucionista, con proyección no hacia el futuro sino al pasado, si bien matizada porque la ley del Talió no garantiza la proporcionalidad entre sanción y perjuicio en todos los casos. La pena es intimidación general, la pena restaura la tranquilidad, reafirma y fortalece la moral social; en especial sobre la justicia retributiva (*antipeponthós*), Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Cap. V, L.V; 1129 a, 1-1138 b, 14; 1132, b21-1134, a16; ed. J. MARÍAS, Madrid 1955, pp. 70-88.

⁶ Así lo considera E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta*, Milano 2007, p.39.

⁷ D. COHEN, M. GAGARIN (eds), *The Cambridge Companion to Greek Law*, Cambridge 2005, pp. 170-190; T.J SAUNDERS, *Plato's Penal Code Tradition Controversy and reform in Greek Penology*, Oxford 1991, pp. 37 ss.

que corrió el traidor Mecio Fufecio, condenado a una muerte terrible “para que en el futuro nadie más actuase como él”. El historiador romano cuenta que Mecio, magistrado romano, dictador en Alba, engañó a los romanos arengando ocultamente al enemigo para que se sublevase contra ellos, pero en el último momento, al percatarse de que los romanos vencían, quiso participar en la gloria de la victoria de éstos. Puesto que, cambiándose de bando, traicionó su tratado de alianza con el rey romano Tulo Hostilio, el sabio y ecuánime rey Tulio se pronunció del siguiente modo:

"¡Mecio Fufecio! Si pudieses aprender cómo mantener tu palabra y respetar los tratados, te lo enseñaría y respetaría la vida; pero pues tu carácter es incurable, enseña por lo menos con tu castigo a mantener sagradas las cosas que has ultrajado. Como ayer, en que tu interés estaba dividido entre los fidenenses y los romanos, hoy tu cuerpo será dividido y desmembrado. (...) Se aparejaron dos cuádrigas y Mecio fue atado a ellas. Los caballos tiraron en direcciones opuestas, llevándose las partes del cuerpo en cada carro donde los miembros habían sido asegurados por cuerdas. Todos los presentes apartaron los ojos del horrible espectáculo”.

*Tum Tullius....Si ipse discere posses fidem ac foedera servare, vivo tibi eae disciplina a me adhibita esset; nunc quoniam tuum in sanabile ingenium est at tuo supplicio doce humanum genus ea sancta credere quae a te violata sunt*⁸.

A lo largo de los siglos el proceso de Mecio será objeto de valoraciones distintas pero lo que tiene trascendencia ahora es el término que se aplica al traidor Mecio. Se trataba de un *insanabile* y, por tanto, la única opción posible de cara al futuro era la intimidación y la ejemplaridad en su aspecto de prevención. Roma, donde la crueldad e imaginativa simbología de las penas, es mucho mayor que en Grecia, da un paso hacia adelante en la reflexión sobre el fin del castigo y su contenido ético⁹.

La filosofía de Séneca en el siglo I a. C constituye una auténtica teorización jurídico penal en torno a la diferenciación entre incorregible, de un lado y delincuente ocasional o corregible, de otro, cuya determinación (como se verá en el siguiente epígrafe) depende en gran medida del arbitrio del juez penal. Séneca no excluye la retribución como fin de la pena, pero orienta la finalidad de la misma (*emendare, corrigere, levare*) hacia la prevención general; el castigo debe proyectarse sólo hacia el futuro:

In utroque non praeterita sed futura intuebitur. Nam ut Plato ait: Nemo prudens punit qua peccatum est sed ne peccetur. Ergo ne homini quidem nocebium quia peccavit sed ne peccet: necun quam praeteritum, sed ad futurum poenam referetur (Séneca, *de ira* 2, 31)

⁸ Tito Livio, *Ab urbe condita*, I, 28, Traducción de M.F JIMÉNEZ DELGADO y C.E MESA, Madrid 1960.

⁹ A. Gelio, *Noctes Att XX*, 1-54; O DILIBERTO, *La pena tra filosofia e diritto nelle “Noctes Atticae”*, en O. DILIBERTO (a cura de) *Il problema de la pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli, 1993, pp. 121 ss; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana* BIDR 80, 1977, pp. 278 ss., L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monárquica e repubblicana*, Padova, 1997, pp.150 ss.

Se mantiene la dimensión de temporalidad respecto al castigo y la proyección hacia el futuro de la filosofía platónica y continúan apareciendo los recursos al sentido común y al raciocinio de las mentes cultivadas, en contraste con la irreflexión propia de los animales.¹⁰

En textos jurídicos más tardíos se procede a fundamentar las razones de las decisiones normativas jurídico penales. La función preventiva va prevaleciendo sobre la expiatoria o, por mejor decir, retributiva. Aunque la desigualdad básica de los individuos sigue condicionando la diferencia entre *honestiores* y *humiliores* en cuanto al tratamiento penal se dan pasos importantes, que ya se habían dado en Grecia, matizando, por ejemplo, las circunstancias que diferencian el homicidio culposo del doloso:

Eventus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta: quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, qua meum qui occiderit puniat. Et ideo apud Graeces exilio voluntario fortuiti casus luebantur ut apud praecipium poetarum scriptum est... (D. 48, 19, 16, 8) Claudio Saturnino (*Lib. sing. de poen. Pag.*)

Cada vez son más los textos jurídicos en los que la proyección hacia el futuro del castigo y el fin de la enmienda aconsejan que la pena no grave al heredero del reo, como éste de Paulo:

Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius re illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo in constitui videtur, desinit (D. 48, 19, 20) Paulo (18 *ad Plaut*).

La pena, aun manifestándose principalmente como instrumento de represión, asume la función de corrección del reo y tiende a conformarse a la culpabilidad y a las circunstancias del acto criminal. Se destaca la proporcionalidad, ya que las penas deben adecuarse a las circunstancias del delito y a las cualidades personales del delincuente¹¹.

4. La *humanitas*, la *philantrophia* y la *clementia* como criterios penales y de política procesal

Los conceptos de humanitarismo y filantropía habían surgido en el mundo antiguo. Antes de ser adaptados por el Cristianismo, aparecerán también los de caridad y *officium-beneficium*, y se continúa empleando el término *pietas*. Me referí en el epígrafe primero a la piedad en el mundo homérico. Antes incluso de ser desarro-

¹⁰ Cfr. Sén, *de ira* 3, 27,1 “¿Cuánto mejor es curar una ofensa que vengarla! ¿Acaso parecería estar en su cabal juicio alguien que contestara a una mula con coces o a un perro con mordiscos?”; especialmente estudiado por J.M. STAMPA, *Las ideas penales y criminológicas de L.A. Séneca*, Valladolid, 1950; pp. 82 y 91.

¹¹ En su origen, la expiación va unida a la ceremonia de purificación y no todos los castigos tienen carácter expiatorio; *sacrificium* es lo que se ofrece a los dioses, pero no comporta necesariamente la aceptación por parte de los mismos; es el caso del parricida, v. *infra* nota 26.

llado por los filósofos, implicaba respeto a los dioses y cumplimiento de su voluntad; así Aquiles debe dejar enterrar a Héctor o de lo contrario cometerá un acto de impiedad. Posteriormente, para honrar los lazos de devoción y afecto entre los miembros de la familia se levantará un templo a la *Pietas*, que simboliza respeto hacia los padres, la patria y los dioses.¹²

A partir del siglo I a. C las virtudes romanas se impregnan de helenismo. Cecilio Estacio, y sobre todo Cicerón, concilian ética y ciencia, *philantropia* y *theoria*, *benignior interpretatio* y *paideia*. Todas ellas tienen su espacio en la *humanitas*, que llega a constituir un auténtico criterio de política criminal y procesal penal. La historiografía atribuye a Cicerón la configuración de la *humanitas* romana, como misión moral y política que hace confluir el helenismo con las tradicionales virtudes de los romanos. La *gravitas* la *constantia*, la *magnitudo animi*, la *pietas*, la *sanctitas* y la *fides* constituyen el *mos maiorum*¹³.

Deos placatos pietas efficiet et sanctitas; proxime autem et secundos eos, homines hominibus maxime utiles esse possunt (Cicerón, *de off.* 2, 11).

La *caritas* se integra en la *humanitas*, como amor diferenciado de la inclinación natural que también tienen los animales, y que debe regular las relaciones entre padres e hijos, A su vez esta *caritas* sirve como referencia para las “humanísimas” relaciones de amistad, donde existe una conciencia solidaria (amabilidad y paciencia), frente a otras formas menos evolucionadas y por ello más rústicas y ásperas. Cicerón es muy representativo en cuanto a testimonios acerca del contenido de la *caritas* y la *beneficentia*.

Quod in homine multo este videntius,... primum ex ea caritate, quae est inter natos et parentes, quae diriminisi detestabilis celere non potest, deinde, cum similis sensus existit amoris, si aliquem nacti sumus, cuius cum moribus et natura congruamus, quod in eo quasi lumen aliquod probitatis et virtutis perspicere videamur (*Lael.*, *de amic.* 9, 27).

Ubi enim liberalitatis ubi patriae caritas (*de leg.* 1, 42).

Quanto latius officiorum, quam iuris, patet regula. Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, iustitia fides exigunt quae omnia extra publicas tabulas sunt (*de leg.* 2, 10).

Sed tamen est laus aliqua humanitatis (*pro Murena*, 32-66).

Ut in beneficentia dilectus esset dignitatis (*de off.* 1, 6, 45).

La profundización en los valores de solidaridad, altruismo, y conocimiento del propio deber en reciprocidad con el conocimiento de lo que es el otro, resulta im-

¹² Val Max, *Antiq Rom.* 5, 4, 7; en fuentes jurídicas aparece como respeto entre padres e hijos y luego s como fraternidad universal; D. 37, 15, 1, 1-2; D. 48, 8,2; D. 48, 9, 5; C. *Theod.* 9, 13, 1; acerca de la prelación de los deberes, A. Gelio (*NoctAtt.*, 5,13,2) establece el siguiente orden: *primum iuxta parentes locum tenere pupilos debere fidei tutelae que nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui se seidem in fidem patrocinium que nostrum dediderunt; tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos ad finesque.*

¹³ F.L. LISI, *Cicerón, Escritos filosóficos*, en “Historia de la literatura latina”, ed. C. CODONER, Madrid 1997 p. 359.

prescindible para lograr el refinamiento de los espíritus romanos. Con posterioridad, se desarrollará una doctrina sobre las circunstancias agravantes y atenuantes del delito y la mayor o menor aflictividad de las penas. El modelo sigue siendo Grecia¹⁴:

Misericordia nostri in quam, illia a Platone et Aristotele moderati homines et temperati, aiunt apud sapientem valere aliquando gratiam, viri boni esse misereri; distincta genera esse delictorum et dispaes poenas; esse apud hominem constante mignoscendi locum; ipsum sapientem saepe aliquid opinari quod nesciat, irasci non nunquam, exorari eundem e placari quod dixerit interdum si ita rectius sit mutari, de sententia decedere aliquando; omnis virtutes mediocritate quam esse moderata (Cic. Pro Murena, 30, 62-64)¹⁵.

También se relacionan con la humanidad la *Philiaiatriké* (muy frecuente en los escritos hipocráticos) y la *philantropia*¹⁶.

Qui verba latina fecerunt quique his probeus isunt humanitatem non id esse voluerunt, quod vulgus existimat quodque a Graecis “filantropía” dicitur et significat dexteritatem quadam benevolentiamque erga omnes homines promiscuam, sed humanitatem apellaverunt id propemodum, quid Graeci “paideía” vocant, nos eruditionem institutionemque in bonas artes dicimus (A. Gelio, Ant. Rom. 13, 17).

La noción de hombre, siempre varón, se encuentra en la raíz misma del término *vir*, etimología de virtud, y de *humanitas*. La humanidad como conciencia de ser hombre, junto a la responsabilidad que dicha conciencia comporta, fue en los primeros tiempos de la República patrimonio exclusivo de un restringido círculo de hombres de gran cultura. Esta idea irá luego desarrollándose a lo largo de toda la época clásica, a partir del periodo adriano-antoniano (precisamente el tiempo romano que provoca la nostalgia de Beccaria y sus alusiones a los “trajanos” con que iniciábamos este estudio) hasta configurarse una juridicidad universal, adaptada a las dimensiones del Imperio.

En el título V del libro I del Digesto de Justiniano se encuentra el concepto básico *De statu hominum*. En la categoría de hombres llegarán a incluirse *cives, liberi, ingenui, qui in uterosunt, servi*; todos ellos empiezan a tener ya la categoría de persona. Las nociones de *homo* y de *persona* van de la individualidad “hombre” al concepto genérico de humanidad. Así se observa en el texto de Gayo: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi (Inst. 1, 9)*.

El singular y específico valor de la persona humana obliga al hombre a comportarse como tal, a construir su propia personalidad, de forma que observe respeto

¹⁴ I. CREMADES, *El officium en el Derecho privado romano*, León, 1988, pp.45-47.

¹⁵ (Pro Murena 39, 86-87)...*iudices, vestram fidem obstetatur, vestram misericordiam implorat.*

¹⁶ Sobre los escritos hipocráticos, la relación entre *philantropia* (amor al arte y amor a la humanidad) y la *philiaiatriké* o amistad médica, v. M. I. NÚÑEZ, *La responsabilidad de los médicos en Derecho romano*, Gijón, 1996, pp. 56-58.

hacia los demás hombres y se ponga límites a sí mismo. Esta idea es también desarrollada por San Pablo, en tantos aspectos próximo a Séneca.¹⁷

La genérica *humanitas* tiene honda repercusión en el Derecho. En primer lugar, en la nueva función y finalidad de las penas. En segundo término, en la dinámica del proceso.

Hemos dicho que a partir del episodio de Mecio había dado comienzo una nueva etapa del Derecho Penal romano. Se empiezan a tener en cuenta ya las condiciones en que se encuentra la persona para determinar la gravedad del delito; la proporcionalidad muy superior al primitivo Talión de la ley de las XII Tablas, en tanto la pena no debe ser ni más grave ni más leve que lo que requiere el caso concreto; los grados de culpabilidad; la causa (así, la corrección por parte del padre o del magistrado no son punibles, si hay un móvil pedagógico); la determinación de las circunstancias agravantes y atenuantes y la mayor racionalidad y moderación en la aplicación de las penas. El castigo se proyecta definitivamente hacia el futuro en una clara tendencia a superar la idea de “venganza”. Cada vez se proyecta la mencionada *humanitas* como mecanismo de control en la aplicación de la pena, que obedece en este sentido a la parte racional del hombre¹⁸.

Es Séneca, en efecto, la fuente más significativa al respecto cuando mantiene la idea de “hombre entre los demás hombres” y dice que el individuo debe servir al Estado, puesto que nació para la solidaridad y en la sociedad debe buscar la defensa de sus propias fuerzas *-nudus et infirmus* (el hombre) *societas munit-* reconociéndole el beneficio de una hermandad acogedora. El que delinque no acata ese pacto solidario, y por ello se le debe castigar, siempre dentro de los límites de la racionalidad y la moderación. El castigo que se aplique debe responder a la razón y no a la ira “por cuanto si ésta nos ofusca apelamos al hierro, a los suplicios capitales y al hambre, vengándonos así de lo que en realidad merece castigos más leves”. En este sentido, Séneca considera que aplicar la pena con moderación es expresión de superioridad¹⁹.

¹⁷ Concepción Arenal cita con frecuencia a S. Pablo; *infra*, nota 27

¹⁸ *Lex duodecim Tab.*, VIII, 2, X. d'ORS, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid, 2001, p. 56 *supra* nota 5; A. PALMA, “*Humanior interpretatio*” *nella interpretazione e nella normazione de Augusto ai Severi*, Torino 1992; pp.19-47 y III-18, cfr., “*Clementiae* sistemazione di principi penalistici”, pp. 179-196; A. MASCHI, *Humanitas romana e caritas cristiana come motivi giuridici*, IUS,1, 1950, pp. 266ss; pp. 332 ss.; E. NARDI, *Credo stoico e portata delle leggi Cornelia e Pompeia sul'omicidio*, Studi Grosso, I, Torino, 1968; J. IGLESIAS, *El espíritu del Derecho romano, Estudios*, “Orden jurídico y orden extrajurídico”, Madrid, 1985 pp. 190-193 y pp. 210-212. P. VEYNE, “*Humanitas*”, *romani e no*, en *L'uomo romano* (A. Giardina), Bari, 1989, pp. 387 ss.

¹⁹ Sén, *de clem.*, 1,12,1; 1, 13, 4; de ira 3, 32; comete impiedad “el padre gobierna sobre sus hijos, igual que el tribuno o centurión sobre sus soldados” y que “sería un padre pésimo el que reprime con golpes constantes a sus hijos, basándose en causas mínimas; fuentes jurídicas tardías en cuanto al *officium* en interés del hijo, *C.th.*8,13,1, *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinqui stribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocat ... neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in inmensum extendi volumus...* C. Th. 9, 13, 1 ...*Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicium*; otras fuentes sobre el ejercicio paterno de corrección en M. I. NÚÑEZ, *Algunas consideraciones sobre la pena de muerte en el derecho de familia romano*, “*Universitas Vitae*”. Libro Homenaje Ruperto NÚÑEZ BARBERO”, Salamanca 2007, pp. 570-572.

En cuanto al aspecto procesal, los tribunales permanentes, encargados de los procesos penales públicos funcionan con regularidad a partir del siglo II a.C. En los últimos tiempos de la República -al afirmarse más enérgicamente el principio de la *humanitas*- los procesos de los jurados significan una auténtica garantía para los ciudadanos. Las *quaestiones perpetuae* o jurados penales cuya formación como expresa Schulz “acontece precisamente en el tiempo de la enérgica afirmación de la idea de la humanidad”. Se garantiza a la defensa una amplísima esfera de acción, hasta el punto de que algún penalista ha querido ver antecedente del principio de legalidad.²⁰ El proceso tenía naturaleza acusatoria y tras la puesta en marcha a iniciativa privada del mismo -*qui vis de populo*-, es decir, no necesariamente por el sujeto ofendido, se requería del magistrado la *postulatio* del derecho a acusar -*nominis delatio*-. A ésta seguía el procedimiento mediante el cual el magistrado inscribía al acusado en la lista de los imputados (*nomen recipere*). El principio acusatorio se observa sobre todo en la fase de debate, que comienza con la requisitoria del acusador y favorece las garantías del procesado, posibilitando por ejemplo la recusación de los testigos a favor o en contra de la acusación y de la defensa. La determinación de la responsabilidad del imputado es competencia de un jurado, compuesto por ciudadanos romanos, sin que el magistrado participe en la votación final acerca de la culpabilidad o inocencia²¹.

Junto a este tipo de proceso empieza a desarrollarse -sobre todo en las provincias- otro tipo de proceso, íntegramente ante el magistrado, y en éstos el principio que regía era el principio inquisitivo, en el cual el magistrado reúne en su persona las funciones de acusador, de defensor y de juez. La actuación del magistrado en estos casos ya no se basaba en norma jurídica alguna, sino tan sólo en la sabiduría y el sentido de responsabilidad del mismo. Que el denunciante acuse y que el acusado se defienda es algo que se produce a iniciativa del magistrado. El sentimiento popular acude en estos casos la *humanitas* como mecanismo corrector, ya que no es un acto de auténtica justicia un proceso sin acusador, una sentencia sin *consilium*, una condena sin posibilidad de defensa: *Crimen sine accusatore, sententia sine consilio, damnatio sine defensione: aestimate harum omnium rerum pretia*.²²

²⁰ F. SCHULZ, *Principios de Derecho romano*, traducción de M. ABELLAN, Madrid 1990, p.226; M. BARBERO en *La pena de muerte, seis respuestas*, Valladolid 1975, p.27, considera que estos tribunales “tenían que ser creados por una ley y cada ley configuraba un crimen” ; más matizada la posición de B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989 p. 96.

²¹ Respecto a las garantías en el proceso regido por el principio acusatorio, *vid.* por ejemplo el proceso que cuenta Valerio Máximo, *Fact et dict.*, 7,3,1; en él una mujer, Mesia, es juzgada por un tribunal presidido por un pretor, y tras una brillante defensa ejercida por ella misma en el debate oral, es absuelta por mayoría de los votos del jurado; también respecto a este tipo de proceso, Cic, *de dom.* 20, 51; *Verr.*, 2, 2, 38; 2, 1, 9; *pro Cluent.* 31, 86; Val. Max, *Fact e dict.*, 3, 7, 9; G. PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano*, Scritti giuridici, II, Napoli, 1985, pp. 39 ss.

²² Cic., *Verr.*, 2,5,9,23; este planteamiento se mantiene años después, así en el proceso a S.Pablo, el magistrado provincial afirma que “no es costumbre romana condenar al acusado antes de que los acusadores se hayan enfrentado con él y se le haya dado posibilidad de defenderse de la acusación, *Hechos apóst.*, 25,16.

La fuerza del arbitrio magistratual se observa también en que en los juicios que aún se sometían a los comicios, (en los que el magistrado actúa como acusador y la asamblea popular como juez) aquel podía librar al culpable de la pena capital, si dicho culpable optaba por el exilio voluntario²³.

La *humanitas* así configurada como criterio objetivo de política procesal se evidencia en el nuevo sistema procesal de la *cognitio extra ordinem*, que se generaliza a partir de Octavio Augusto y cuya más alta instancia es el Príncipe.

La superioridad moral del Príncipe, la más alta instancia procesal, modelo de jueces y fuente del el *ius publice respondendi* para los juristas, está vinculada a la idea griega de la superioridad del sabio. Ciertamente que el *Princeps* no tiene que atenerse a las fuentes, jurídicas porque es fuente él mismo, pero sí debe inspirarse en los principios que fundamentan el Derecho de acuerdo con la equidad y el bien: *clementia liberum arbitrium habet; non sub formula sed ex aequo et bono iudicat*. La clemencia es imprescindible para que se cumpla la función de enmienda y de ejemplaridad de la pena. Así, en un texto de Marciano:

Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposit: nec enim aut severitatis aut clementia gloria affectanda est, sed perpenso iudicio, pro ut quaeque res ex postulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi (D. 48, 19, 11) Marciano (2 de iud. Pub.)

En este texto jurisprudencial aparecen los términos *benignitas* y *clementia*, así como el recurso a la necesaria serenidad de juicio, a la racionalidad y al equilibrio que deben guiar el proceder de los jueces en la aplicación de las penas.

Séneca considera (De clem 2, 7, 3) que “la clemencia es la más humana de todas las virtudes”: *Nullam vero ex omnibus virtutibus magis homini convenire, quam sit nulla humanior, constet necesse est, non solum inter nos*²⁴.

El perdón es bueno, pero el castigo es aún mejor. El Príncipe tiene tal grado de arbitrio en la aplicación de la pena que puede incluso dejar de aplicarla. Esta facultad se encuentra indisolublemente unida a las cualidades superiores que lo adornan y la mayoría de los delincuentes vuelve a la virtud si se les perdona.

Ahora bien, considera Séneca que el perdón no se regala porque el Príncipe es sabio como los dioses y el perdón pierde su virtud si consiste en la absolución de un castigo merecido. Insiste en el poder terapéutico del castigo, que proporciona bien, siempre que no se inflija una pena ni más grave ni más leve que la que requie-

²³ G. CRIFÒ, *Exilia causa, quae adversus exule magitur. Problemi dell’aqua et igni interdictio*, en “Du châtement dans la cité”, Tableronde, Rome, 9-11 nov. 1982, Roma 1984, pp. 453-497.

²⁴ Sén, *de clem.* 1,3; comienza a hacerse frecuente la utilización del calificativo *humanissimus* para justificar las decisiones normativas, en una línea de continuidad que se manifiesta sobre todo en la compilación justiniana, *Codex. Iust.* 1,12,6,9; 3,33,12,1; 5,35,3,2.

re el caso concreto. *Ignoscere autem est quem iudices puniendum non punire; veniae debitae poenae remissio est.* Sólo si el castigo es merecido, el Príncipe puede como los dioses hacer gracia de la vida y salvar a alguien arrancándolo incluso de la pena de muerte²⁵.

El castigo en consecuencia es un bien, que cura y purifica.

Sólo los malditos no son ni corregidos ni incorregibles. Ellos son los *monstrua* o *prodigia*, los no queridos por los dioses. Están situados fuera de la humanidad y por ello, son privados de la bendición purificadora del castigo.

En el terrible suplicio impuesto al parricida, por lo demás largamente aplicado en nuestro Derecho histórico, la *poena cullei* (allí donde *culleus* era una bolsa de basura en la que se introducen diferentes animales en función de la época) simboliza la inhumanidad del que mata al *pater*. Frente al asesino de su padre, el poder público se inhibe del mismo modo que frente a aquellos que nacen sin figura humana: los *prodigia*. Así el *monstrum* es abandonado a su suerte, no sin antes azotarle con las varas color sangre (*virgae sanguinae*). Al cubrirle el rostro se le priva de lo más humano, la expresión, y al enfundarle una piel de lobo se le condena a vagar más allá del mundo. Sólo la divinidad ofendida (los dioses paganos primero, el Dios cristiano después) decidirá en último término su destino:

“Vivo, pero sin poder respirar el aire del cielo, lanzado al mar pero de tal modo que sus huesos no pudiesen tocar la tierra, sometido a la fuerza de las olas Pero no limpiado por ellas y lanzado a la playa pero sin que se le permita hallar reposo en acantilado alguno”²⁶.

Fuera de la humanidad sólo queda la monstruosidad. Más allá de Mecio, el incurable, a quien se le impone un castigo cruel, pero castigo al fin, están los no castigados, los malditos. Aun así, su abandono a los dioses también cumple una función: la prevención general.

²⁵ De *clem*, 1, 20, 2; 1, 26, 5; 2,5; A. d'ORS, en *Séneca y la jurisprudencia*, “Nuevos papeles del oficio universitario”, pp. 216-217 apunta a que Séneca fue precursor de un nuevo derecho más equitativo y más libre de los formalismos de la tradición jurisprudencial; la apertura hacia nuevos horizontes del derecho y concretamente y el *ius novum* se opera por el nuevo sistema de proceso burocrático; Para Concepción ARENAL, el dolor no moraliza sino en tanto que compadece y consuela, en *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Cap. I, *infra* nota 27.

²⁶ R. von IHERING se refiere al maldito, como *outlaw*, como un solitario condenado a vagar por siempre fuera del mundo: (*per silvas vadito, caput lupinum gerit*) *Der Geist des römischen Recht*. Darmstadt 1969, p. 315; más ampliamente sobre el significado y simbología del M. I. NÚÑEZ, *La no aplicación efectiva al parricida de la pena de muerte por razones religiosas*, Revista Penal, 25, 2010, pp. 94-95.

5. El delincuente enfermo social. Curables e incurables. Un puente en la historia²⁷

Cuando Antón Oneca hace referencia a Concepción Arenal como “Mujer de espíritu filantrópico y buen sentido” parece referirse al sentido etimológico más arriba mencionado de la palabra *philantropía*, como humanidad acogedora, implícito en la *philiaiatriké* de los escritos hipocráticos. Expongo a continuación algunos aspectos del pensamiento arenaliano, en relación a los autores griegos y romanos mencionados en los apartados anteriores²⁸.

1º. La proyección hacia el futuro del castigo y la consideración en el mismo del grado de indigencia moral y material del delincuente. La ignorancia está en el origen del delito. Comparte la aspiración educadora del Estado griego y afirma que desde los órganos del Estado se debe procurar la formación del ciudadano “para que no obre mal”. Como Platón, trata de conseguir la adhesión íntima del delincuente, su corrección desde el autoconocimiento: “Necesitáis empezar por conocer a vosotros mismos, por formar idea de los que sois”²⁹.

2º. Comparte con Séneca la idea de que fue el error el que les indujo al delito. Pudiendo hacer el mal es necesario enseñar a elegir el bien. Todos podemos hacer mal. Pero el valor moral de la conducta depende de la intención, y la buena intención es virtud del sabio que hay que enseñar. “Una de las causas de que el castigo no moralice es no estar convencidos de que es justo”³⁰.

3º. Uno de los fines esencial de toda pena justa es ejercer un “influjo bienhechor sobre el ánimo del penado en su pensamiento, sentimiento y voluntad” pero el principio base es la ejemplaridad. La pena debe hacer a los hombres mejores, en el sentido senequiano de *aut ut poena eius ceteros meliores reddat*. Como los clásicos considera que la fuerza del hombre se mide “por su virtud y su inteligencia”³¹.

²⁷ Las consideraciones que hago a continuación, necesariamente breves en este trabajo, parten fundamentalmente de reflexiones que hace la pensadora en su obra *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, publicada en 1861; obra que mereció el Primer Premio de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y *Cartas a los delincuentes*, publicado en 1865 y primero de una serie de publicaciones sobre prisiones y Derecho penitenciario que le darían reconocimiento internacional; (volúmenes 2 y 3, respectivamente de un total de 23 volúmenes que comprenden las *Obras Completas, Madrid, 1894*, publicadas por la Librería de Victoriano Suárez); hay ediciones digitales: sobre *La Filantropía*, <http://www.filosofia.org/arenal/001/328.htm>; sobre *Cartas a los delincuentes*, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/71301.pdf>.

²⁸ J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2ª ed. J.J HERNÁNDEZ GUIJARRO y L. BENEYTEZ, Madrid 1986, p49; respecto al Proyecto de Ley de beneficencia que le fue encomendado y al examen de las bases aprobadas por las Cortes para la reforma de las prisiones, v. J.ALVARADO, *Los proyectos legislativos de Concepción Arenal*, “Boletín de la Facultad de Derecho”, 10-11, 1996, pp. 22 ss.

²⁹ *Carta II* cit., p. 143; Sén. *de ira* 1, 19, 7: “Ningún hombre sensato castiga porque se ha delinquido sino para que no se delinca”: *Nemo prudens punit, qua peccatum est, sed ne peccetur.... Ergo ne homini quidem nocebimus, quia peccavit*; también en el sentido de que “los hombres pueden volver a la virtud si se les perdona”; *supra*, nota 10.

³⁰ *Carta III*, p. 149; la conmiseración hacia los delincuentes se expresa con los términos “errantes, equivocados, enfermos”, cfr. Sén. *De ira* 1,3; 1, 14.; 2, 30; 3, 28. *De benef.* 5, 14; 6, 8.

³¹ *La Beneficencia*, p.61; *Cartas, III*, p.149; el castigo mayor de los delincuentes es haber delinquido; *Transeamus ad alienas iniurias in quibus vindicandis haec trial ex secuta est, quae princeps quoque sequi debet; aut ut eum, quem punit, emendet; aut ut poenae ius ceteros meliores reddat; aut ut sub latis malis securiores ceteri vivat*; Séneca, *De clementia* 1, 22 (*De ira* 2, 30). *In utroque non praeterita sed futura*

4º. Si Séneca de algún modo vulgariza a Platón, Concepción Arenal lo traduce al mundo ilustrado y constitucional del siglo XIX. En este sentido, la pensadora ferrolana se ocupa con insistencia de algunos extremos de inhumanidad en el mundo antiguo, como la *expositio infantum*, de la antigua Roma y la distinta aflictividad de las penas en función de la clase social a que pertenezca el reo, *honestior* o *humilior*. Reclama un trato de igualdad y se distancia así no sólo de Séneca, (que no vincula pobreza-miseria y maldad como sí hace ella), sino incluso de Lardizábal, quien consideraba en este sentido que el reo tiene distinta sensibilidad según su status social.³²

5º. Figura recurrente en la obra de Concepción Arenal es el paralelismo entre salud del cuerpo y la mente y el recurso al parangón entre salud física y moral. La curación del enfermo y la reinserción del delincuente “enfermo moral” así como el valor expiatorio o purificador del dolor. Vimos como para Platón, sólo a través del dolor el delincuente conoce la verdad y alma. Así como aquellos cuyo cuerpo está enfermo deben ser conducidos “a casa de los médicos (...) los que se entregan a la injusticia y al libertinaje, deben ir a la casa de los jueces porque el castigo vuelve sensato, obliga a ser justo y es la medicina del alma”. Concepción Arenal se ocupa con insistencia del dolor, que no siempre tiene sentido, y afirma: “Yo considero la prisión como un hospital, sólo que en vez del cuerpo, tenéis enferma el alma”³³.

6º. Se muestra especialmente crítica en cuanto a la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados para disuadir del delito, que con frecuencia tilda de ineficaces, idea que comparte con Séneca. Partidaria de la prevención especial, mediante la enmienda, no cree en la extensa duración de algunas penas. Denuncia no sólo el desamparo de los delincuentes y las “malas condiciones de arrinconados pueblos” sino también aquellas “de provincias y capitales y hasta en la de Monarquía” y expresa la obligación del Estado de realizar todos los esfuerzos necesarios para que evitar nuevos casos en que haya que lamentar una sola nueva “víctima inocente de una sociedad culpable”.³⁴ Desde esta posición, plantea su famosa -y no siempre bien entendida- distinción entre “corregibles e incorregibles” que trascendió especialmente. Para la autora, no se debe hablar de incorregibles sino de no corregidos,

intuebitur, sed ne peccet: ne cunquam ad praeteritum, sed ad futura poena referetur, non enim irascitur, sed cavet. De ira 2,3.

³² “*Honestior* o *humilior*, particular o magistrado, de buena fama o despreciable, libre o esclavo”, *supra*, epígrafe 2; nota 19; J. ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, REP, 74, 1966, pp. 607 ss.

³³ *La Beneficencia*, Cap. II, Las facultades del alma como la del cuerpo se desarrollan con el ejercicio”, pp. 65-66; *Carta I*, p.139; respecto a Platón, *supra*, notas 4 y 5; Cfr. M.M MACKENZIE, *Therapeutic Plato on Punishment*, Berkeley, University of California, 1981, *chap.* 9-11; Séneca por su parte considera que “es necesario aceptar las reprimendas de magistrados, preceptores y jueces como el bisturí, la dieta u otras medidas que, destinadas a beneficiar, nos torturan”. *De ira*, 2, 27, 3.

³⁴ Ponencia de Concepción Arenal en el Congreso de San Petersburgo; ver también los Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma y Amberes; volumen 14 de sus *Obras Completas*, cit. *supra* nota 27.

en gran medida porque los medios empleados son ineficaces y deben ser revisados.³⁵

7°. En cuanto a los medios, considera que corresponde al Estado, mediante una legislación adecuada, poner a disposición los instrumentos suficientes para evitar que el delincuente pase a ser de no corregido a incorregible, considerando como tal a “todo penado que después de haberlo sido varias veces y puesto en condiciones de enmendarse, al recobrar la libertad vuelve a infringir las leyes repetidamente”. (“*insanabili*” en la terminología romana) que también como la jurisprudencia romana identifica con la reincidencia en el delito. Critica el lenguaje de la ley cuando para procurar medios suficiente se legisla “se procurará que haya”, porque conduce a la arbitrariedad y a la injusticia. La corrección debe ser graduada y tiene un límite: “La conveniencia es la regla que indicará al legislador hasta donde ha de llegar; pero nunca será causa suficiente para que se lleven los castigos más allá de los que el absoluto derecho autoriza”. La pena necesaria se determina en relación a la prevención especial; debe inhibir, corregir y resocializar por medio de una adecuada aplicación de la misma y en ningún caso debe aplicarse de tal forma que pueda envilecer al reo. “Si considerados moralmente, solo algún monstruo de maldad o el que no está en su cabal juicio son incorregibles es decir, incapaces de ser más o menos modificados en el sentido del bien...” Denuncia la crueldad con que se trata a los presos y el punible abandono en que se los deja, así como que en las cárceles haya presos en régimen preventivo que, aun en el caso de que posteriormente resultaran absueltos, permanecerían para siempre estigmatizados por el horror experimentado y los daños sufridos en estos casos, de imposible reparación³⁶.

8°. Donde no es posible corrección o resocialización, cabe la prevención general mediante la intimidación a la colectividad y en casos extremos la inocuización. Platón, en su *Gorgias*, se había referido al suplicio de los “incurables” expuestos al espectáculo, como intimidación colectiva y ejemplaridad. Séneca consideraba que “la eliminación mediante la muerte es el mayor bien que puede otorgárseles”. Uno de los fines de la pena es la intimidación “para que muriendo infundan terror a los otros”.

Partidaria de la ejemplaridad, pero muy combativa con los medios empleados, Concepción Arenal se muestra escéptica en ocasiones; indignada otras, respecto a la aplicación de la pena de muerte a los incorregibles.

Se opone a la parafernalia y el espectáculo con que se rodea la aplicación de la pena de muerte, que iba más allá de la ejemplaridad y en realidad no respondían más que a una inercia histórica, carente de sentido y desprovista ya de su simbolis-

³⁵ *La Beneficencia*, Cap. V, pp. 66-70; Según Séneca: “nada impide tanto la curación como el cambio frecuente de remedios. No llega a cicatrizar la herida en la que se ensayan las medicinas: *Nihil aeque sanitatem impedit quam remedium crebra mutatio; non venit vulnus ad cicatricem in quo multa medicamenta temptatur* (*Epist.* 2, 2, 3).

³⁶ D. 48, 19, 28, 3; Sén. *De ira* 1, 5-16.

mo primitivo, en relación a los *monstrua* del pasado romano. Así, por ejemplo se muestra en el hecho de cubrir la cabeza del condenado con un birrete o las manchas rojas de su indumentaria que recuerdan a las *virgae sanguinae*.³⁷

Beccaria había afirmado que “El criminal, salvo algunos casos no está fuera de la humanidad”. Ella lo trae a la humanidad desde una moral previa al Derecho y una finalidad utilitarista del castigo.

Destaca que la beneficencia es deber exigible como labor pública del Estado, a quien se le supone superioridad moral, del que procede la pena como instrumento de defensa social. “El hombre que ha delinquido es como un centro del que parten radios a todos los problemas morales e intelectuales”. “Las leyes amparan principalmente al que las infringe”. Insta al Estado a profundizar en las causas de la delincuencia y en el origen último de la responsabilidad. La solidaridad de los ciudadanos para con la sociedad debe hacerse compatible con el respeto de la sociedad hacia los ciudadanos mediante un adecuado funcionamiento de las instituciones del Estado³⁸.

6. Concepción Arenal. “Un poco de agua en el vino” correccionalista del siglo XIX

Como figuras más representativas del Correccionalismo español se suelen citar Concepción Arenal, Silvela, Aramburu y Dorado Montero. Pues bien, siendo Concepción Arenal la más cercana cronológicamente (y concedora directa de la obra del iniciador de la llamada corriente correccionalista, el alemán Carlos Röder, fallecido en 1879), es también la que mantiene una postura más equilibrada, equidistante de las importadas ideas correccionalistas, la escuela clásica y el Positivismo.

Röder, discípulo del filósofo Krause, había enseñado en la Universidad de Heidelberg y fue traducido al castellano por Giner de los Ríos. La idea central del correccionalismo es la consideración del delito como una determinación defectuosa de la voluntad, contraria al Derecho que revela una enfermedad psíquico-moral. La pena, por tanto, debe ir dirigida a la corrección del delincuente, para así eliminar su errada voluntad injusta. Röder considera que la pena por su naturaleza no puede ser un mal, sino que debe ejercer un influjo bienhechor en el sentimiento y la voluntad

³⁷ “El derecho de gracia ante la justicia. El reo, el pueblo y el verdugo” (Volumen 12 de sus *Obras completas*; *supra* nota 35); “Apartados sean de la sociedad de los mortales quienes empeorarían todo lo que tocasen y dejen de ser malos de la única manera que pueden llegar a serlo”; Sén. *de ira* 1, 15; posteriormente afirmará L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid 1874, p.256: “Impónese con alguna frecuencia la pena capital, como defensa una vez, como expiación las más; y si bien la base del sistema son los castigos que recaen sobre la libertad, como acontece en todos los países cultos, se nota el profundísimo desdén que hay hacia el punto capitalísimo de que se produzca la corrección por la indiferencia con que se mira la manera de cumplirlos”; *infra* nota 43.

³⁸ *La Beneficiencia*, Cap. V, p. 66.; respecto a la influencia de las doctrinas de Feijoo y el P. Sarmiento en el pensamiento de C. ARENAL, v. L. RODRÍGUEZ ENNES, *La lucha contra el arcaísmo punitivo del Antiguo Régimen*, RECCrim, <http://www.uv.es/recrim>, p. 284, nt.80.

del penado y define el Derecho como el conjunto de condiciones conforme a las que el hombre debe cumplir su destino por propia voluntad. La pena es un medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente, pero la reforma no ha de limitarse a alcanzar la mera legalidad externa de las acciones humanas sino la íntima y completa justicia de su voluntad.³⁹

Las ideas de Röder, un tanto excéntricas en Alemania, a partir sobre todo de la disociación entre Derecho y Moral preconizada por Kant, se encuadran mejor en la tradición latina de pasado griego y encuentran un buen caldo de cultivo en el pensamiento de Concepción Arenal, sedimentado en la tradición senequista, tan próxima a S. Pablo en algunos aspectos, y después en los teólogos de los siglos XVI y XVII. Concepción Arenal quedaría sin duda impactada por las enseñanzas del Krausismo.⁴⁰

La más veterana de los cuatro correccionalistas españoles era también una mujer liberal, ilustrada, educada en el principio de legalidad, hija de su época y de D. Ángel del Arenal⁴¹ que había sufrido prisión y desgaste físico por su lucha contra el absolutismo de Fernando VII y que la dejó huérfana cuando solo tenía ocho años. Precisamente la reacción absolutista había dejado sin vigor el Código Penal de 1822⁴².

Firme partidaria del ya bien anclado en el siglo XIX (y bien lejos del mundo jurídico grecorromano) principio de legalidad, Concepción Arenal se mostrará muy crítica con la irracionalidad de los viejos sistemas. Tenía veintiocho años cuando vio la luz el Código Penal de 1848, que aunque fue objeto de críticas marcaba un punto de no retorno respecto a las terribles penas del antiguo régimen. Era ya una intelectual madura y experimentada jurista cuando vio la luz la humanitaria reforma del Código de 1870⁴³.

³⁹ C. D. A. RÖDER, *Doctrina fundamental sobre el delito y la pena*, traducción de F. GINER, Madrid 1876, Prologo p. XIX y p.256; *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, 3 ed. Madrid 1877; *Revista de Legislación* 1880, pp.129ss.

⁴⁰ Una de las anécdotas más conocidas en la vida de Doña Concepción Arenal es que, al tener prohibido entonces las mujeres el acceso a la Universidad, se vestía de hombre para pasar desapercibida en las aulas de la Universidad; se dice que entre la clases a las que asistía se encontraban las impartidas por Julián Sanz del Río en la Universidad Complutense de Madrid, quien traía a España las enseñanzas krausistas, leyenda no siempre coincidente con la cronología, *infra* notas 41 y 55; un excelente estudio en A. PIRAT, *Concepción Arenal y el krausismo*, *Moenia*, 10, Toulouse, 2004, pp. 355-373.

⁴¹ M. CASAS FERNÁNDEZ, *Concepción Arenal. Su vida y su obra*, Madrid 1936 M. CAMPO ALANGE, *Concepción Arenal, 1820-1893. Estudio biográfico documental*, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1973; C. DIAZ CASTAÑÓN, *Obras Completas de Concepción Arenal*, Madrid, 1993; M.J LACALZADA DE MATEO, *Concepción Arenal, El enigma de la libertad*, Santander, 2006.

⁴² El principio de legalidad que impide castigar un hecho que no esté definido en la ley en sus distintas manifestaciones (*Nulla poena sine lege; Nulla poena sine crimine; Nullum crimen sine poena legali*) se encuentra muy alejado del pensamiento romano; S.M CORONAS, *Estudios de Historia del Derecho Público*, cfr. "Continuidad y cambio en los orígenes del parlamentarismo español, tras la Revolución francesa", Valencia 1998, pp.143 ss.; desde 1822 a 1848 no hay ningún Código penal aprobado vigente. La reacción absolutista dejó sin vigor el Código de 1822, volviendo a regir la Novísima y los cuerpos legales supletorios si bien el arbitrio judicial suavizaba sus rigores.

⁴³ Silvela desconfiaba del excesivo arbitrio judicial y critica en la reforma del 70 la determinación "de manera casi matemática, en cantidad y calidad, la pena correspondiente a cada delito, como si, una vez especificado en qué consiste la deuda, se quisiera dejar con la misma precisión establecido en qué consiste la paga"; *infra* nota 44; la reforma obedeció a "la necesidad de acomodar el orden penal a los principios básicos

Sería el segundo de los correccionalistas, D. Luis Silvela (1865-1928), el autor que mejor analizó el Código reformado de 1870, si bien lo hizo con rigor vez excesivo, precisamente por el profundo impacto que causaron en él las nuevas doctrinas. Llega a escribir que el Código reformado “no existe más que de nombre”.... “Porque la privación y aun la restricción de libertad puede ser pena expiatoria cuando es perpetua o de duración muy larga y cuando no se cuida de que el trabajo y otras condiciones que expusimos singularmente en el Libro 5º, Parte primera de esta obra, vengan a darle carácter correccional”⁴⁴.

Silvela coincide con Concepción Arenal cuando afirma: “Ilusión engañosa sería pensar que se ha expiado o borrado el delito, permaneciendo tan perversa y tan impura como antes la voluntad, causa originaria de la mancha que pretende lavarse. El arrepentimiento es el comienzo, la corrección el término y el sufrimiento el camino y medio de la verdadera expiación. Sólo de este modo puede comprenderse la virtud purificadora del dolor que aparta al alma del mundo externo, que la hace entrar en sí misma, que la pone frente a frente su conducta para que la juzgue con tanta severidad como si fuese ajena, conduciéndola a su perfeccionamiento. Por esto, todo dolor no merecido es un simple mal sin carácter expiatorio, que tiene sólo el que proviene de una falta cuando corrige y mejora” También es parte del pensamiento arenaliano en la idea de “armonía” que debe existir entre la pena impuesta en interés de la sociedad jurídica y el castigo en beneficio del reo; en el mismo sentido que antes afirmara ella al que ya hicimos referencia (en coincidencia con Séneca) considera que no tiene sentido causar el mal inútilmente y que no es cierto que el castigo sea más eficaz cuanto más duro.⁴⁵

Previamente, en 1865 Concepción Arenal ya había escrito censurando “el rechazo al delincuente cuando quiere ser reinsertado”...”Después de estar verdaderamente recuperado hay que devolver a la sociedad la confianza en el excarcelado”, crítica con las leyes injustas, concepto moral. “La esencia de la pena es que sea buena, porque ni el individuo ni la colectividad tiene derecho a hacer el mal”.

de la Constitución, de marcada tendencia liberal, protección penal del ejercicio de los derechos individuales y el humanitarismo como criterio de benignidad y dulcificación de las penas”. R. NÚÑEZ, *La reforma penal de 1870*, Salamanca 1969, pp.11-14.

⁴⁴ El libro, citado *supra*, nota 37, cuya primera edición se había publicado en 1879, se presenta en los siguientes términos: “D. Luis Silvela catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid, segunda edición notablemente aumentada con todas las disposiciones legales publicadas hasta el día y la Jurisprudencia del tribunal supremo corregida por el autor y por don Eugenio Silvela, Vocal de la junta Superior de prisiones, parte Primera”, Madrid 1903 España (2ª ed. E. Silvela), Madrid 1903”, parte Primera, vol. 1; p. 316; parte II Libro III: pp. 236-237; p. 244; p. 257; p. 257-2; p. 262; p. 381; en el primer tomo se ocupa de filosofía jurídica y en el segundo analiza detenidamente la reforma; la primera edición se había publicado en 1879.

⁴⁵ L. SILVELA, ob. cit. *Prólogo*, XIX “...Allí sometidos a una clasificación científica por la bien disciplinada inteligencia del Sr Bernaldo de Quirós se hallarán los nombres que honran a España, de Salillas, Gil Maestre, Jimeno, Azcárate, Llamas, Aguilaniedo, Silió, Vidal, Dorado, Pulido, Aramburu, Martínez Ruiz, Posada, Concepción Arenal, Cadalso, Alvarez Taladrid, Plaza y el mismo Sr. Bernaldo de Quirós, con expresión de las obras que han enriquecido la ciencia y el lugar y fecha de su publicación”.

“Dada la naturaleza del hombre y la esencia de la pena, ésta ha de ser necesariamente correccional”⁴⁶.

Ambos correccionalistas, aún afines a la escuela Clásica, consideran que el fin de la pena es la restauración del orden perturbado, si bien hay que llegar hasta la raíz en la voluntad jurídica, en el “por qué” y el “para qué” de la conducta delictiva. Concepción Arenal, partiendo de un mayor realismo sí considera que la pena es un mal, a diferencia de lo que consideraba Lardizábal y posteriormente Röder, aunque es función de los poderes públicos esforzarse para que deje de serlo paulatinamente. La pena “debe ejercer in influjo bienhechor sobre el ánimo del penado, en su pensamiento, sentimiento y voluntad” y reclama la temperancia en los castigos en el sentido más senequiano del término). Así se observa, por ejemplo en las reflexiones que hace a propósito de un tipo penal muy significativo sociológicamente, el infanticidio.

Ciertamente el infanticidio es uno de los delitos en que las tendencias humanitarias desaconsejan la aplicación de la pena de muerte. La atenuación de la pena se fundamenta en el estado anímico de la mujer después del parto pero también se tienen en cuenta la vergüenza o la imposibilidad de mantener al hijo. El móvil de ocultar la deshonra (que se amplía a los padres de la mujer) es incompatible con la deshonestidad de la vida de la madre, y aparece como elemento subjetivo de la antijuricidad, que impide la comisión por imprudencia.

Sin excluir la retribución, Concepción Arenal no llega a los extremos de otros penalistas como Pacheco y donde éste califica a la madre de “monstruo de maldad”, Concepción Arenal apela a la “naturaleza débil” y se muestra escéptica en cuanto a la eficacia del castigo. “El infanticida, el hombre o mujer que por librarse de un peso o por miedo a la opinión pública quiere ocultar la debilidad detrás de un crimen, es débil”⁴⁷.

Afirma Antón Oneca que “Los más notables correccionalistas españoles fueron doña Concepción Arenal y don Luis Silvela”⁴⁸.

⁴⁶ C. ARENAL, *La Beneficencia*, cit., Cap. I; Cap. V, p.68; *supra* nota 25; G. LANDROVE, *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1969, pp.21 y ss.

⁴⁷ C. ARENAL, *Carta I* cit.; pp.141-144; E. CUELLO CALÓN *Centenario del Código de 1848. Pacheco, penalista y legislador. Su influjo en este Cuerpo legal*, Información jurídica, Madrid 1948, pp. 5 ss.; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Pacheco en el centenario del Código penal español*, “El Criminalista”, Tomo IX, 1951, pp. 16-19; aunque no fue sólo Pacheco el autor del Código de 1848, fue uno de los más influyentes redactores; respecto al mismo, cfr. S.M. CORONAS *Manual de Historia del derecho español*, Valencia 1996, p. 465: “Su rigor y dureza ejemplarizantes especialmente visibles en la sanción de los delitos políticos y religiosos fue el necesario trasunto de la defensa de un orden social especialmente convulso y atormentado”; en la reforma del 70, la redacción del artículo 424 es la siguiente “La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo”; C. CARRACEDO, *El infanticidio durante la Edad Moderna en Castilla*, “Mujer e Investigación”, coord. D. Álvarez, I. Carrera, R. Cid, Oviedo 1995, pp147-155; *eadem*, *Mujer y Derecho en la sociedad asturiana de la Edad Moderna*, “*Liber Amicorum*”, Prof. Ignacio de la Concha, Oviedo, 1986, pp. 127 ss.

⁴⁸ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., p. 50; *idem*, *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*, *Estudios Jurídico-sociales*. Estudios-Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp.1015-1020.

La primera de ellos considera que la corrección no es algo absoluto sin matices ni grados, sino que tiene mucho de relativo y graduado; diferencia ente los que hacen el mal contra las influencias que les rodean y los que lo hacen a partir de ella. Pero dentro del amplísimo concepto de corrección que tenía la autora. Corrección significa no sólo dejar de delinquir sino cualquier mejora que pueda obtenerse del delincuente de evitar por todos los medios que se conviertan en incorregibles antes de proceder al análisis de su conducta delictiva a la vez que duda de la efectividad de la pena a efectos de reinserción del delincuente en especial en algunos delitos culposos porque hay muchos delincuentes que no necesitan reeducación mientras que otros son incorregibles, o al menos no sirven para corregirlos los métodos existentes en el sentido de medios idóneos o inidóneos a los que me referí en el anterior epígrafe. En el pensamiento arenaliano, como en el pensamiento romano, la reincidencia es una característica de los incorregibles y el castigo mayor es haber delinquido,⁴⁹

Con respecto a los otros correccionalistas, Concepción Arenal se muestra equidistante tanto del Positivismo criminológico, que ya se manifiesta en el profesor asturiano D. Félix de Aramburu y Zuloaga (1848-1913), como del determinismo de Dorado Montero (1861-1919). El profesor salmantino llega a concebir el Derecho Penal como un Derecho protector como parte de una Pedagogía correccional, desprovisto de sentido represivo y doloroso.

Aramburu es también correccionalista y abunda en ideas ya avanzadas por la pensadora gallega: “Tener respeto a la dignidad humana y amor al prójimo porque cierto es que el estado debe castigar al delincuente al que falta a las leyes, pero no es menos cierto que el estado no debe colocar al hombre en el grado de perversión moral contagiado de un virus moral al salir de la cárcel”.⁵⁰

Dorado Montero, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca desde 16 IX 1892 hasta que murió en 1919, licenciado en Derecho y Filosofía fue el más influenciado por de Giner de los Ríos. Sin dejar de ser correccionalista, es quien más se interesa por la observación experimental que fundó el Positivismo criminológico, pero imprime un selle humanitario en las nuevas teorías importadas de Italia. Aun así llegó a ser denunciado por su “heterodoxia universitaria” y por explicar a los alumnos el delito como un fenómeno patológico, influencia en el delincuente de factores psicológicos, personales y físicos⁵¹.

⁴⁹ J. ANTÓN, ob. cit., *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*, p. 1020-1021; pp. 1024-1025.

⁵⁰ F. de ARAMBURU, en *Diario de las Sesiones de Cortes*. Senado num. 143 de 24 de noviembre de 1906; p. 2012; J. ANTÓN ONECA, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en Homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires 1970, cfr. “la generación española e la Política criminal”; L. ROCA, *Los catedráticos de Derecho penal en la Universidad de Oviedo*, “Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)”, coord. por Santos Manuel CORONAS, Oviedo 2010, pp. 379-384

⁵¹ Acerca de la persecución que sufrió el gran penalista castellano por su sus presuntas explicaciones “no sólo positivistas sino materialistas”, ver I. BERDUGO, *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero*,

Concepción Arenal, nacida cuarenta años antes que Dorado Montero, había sido sin duda precursora de la escuela Positiva. Conocedora de los estudios de Lombroso; del método inductivo experimental en el estudio del delito y del delincuente, pero es liberearbitrista y parte de la responsabilidad como base de la pena. Pero para ella el centro de atención es siempre el delincuente. Se detiene en el análisis de los que actúan a partir de las influencias que les rodean y en algunos extremos se muestra muy combativa contra el término peligrosidad.

Tal vez por eso afirma Antón Oneca que Concepción Arenal anticipa los modernos estudios criminológicos y “echa suficiente agua al vino del correccionalismo para no desvariar por el camino de la utopía”⁵².

El interés de la pensadora por el Derecho penitenciario la sitúa cerca de D. Rafael de Salillas (1855-1923), médico y funcionario, inspector de servicios sanitarios de las prisiones, gracias al cual conocemos estadísticas sobre patología carcelaria y sobre mortalidad de la población reclusa. Ambos coinciden en la grave censura contra el sistema disciplinario existente en las prisiones.⁵³

En definitiva, Concepción Arenal adopta un correccionalismo atemperado, en el que se observan supervivencias de la Escuela clásica. La pena restaura la tranquilidad y sus fines son retribución y prevención general. Tampoco es determinista y mantiene, como hemos puesto de relieve, una postura equidistante entre el correccionalismo y el Positivismo.

Por otra parte insiste en la dimensión moralizadora del castigo más que ninguno de los correccionalistas. La bondad de la pena descansa en el principio de que ésta se aplica para enmendar moralmente una voluntad desviada del orden jurídico.

Cuando de un modo un tanto abrupto, la pensadora es cesada en su cargo, escribe con tristeza que “el gobierno no quiere moralizar las prisiones”⁵⁴.

Salamanca 1984; en p. 37, nota 32, afirma: “Dorado Montero acepta del positivismo la crítica que se deriva de la aplicación del método de las ciencias naturales al examen del fenómeno delictivo; los factores que llevan al delito pueden ser tanto personales como sociales” J. ANTÓN ONECA *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca 1951, p.19.

⁵² J. ANTÓN, *La teoría de la pena*, cit. 1020.

⁵³ R. SALILLAS, *La vida penal en España*, Madrid 1888; como conclusión de sus análisis estadísticos destaca Salillas: “los datos de la clínica son bien terminantes para que el legislador se convenza de lo antihigiénica y por tanto antijurídica que resulta la penalidad en España, rebasando siempre la pena los límites fijados en el Código”, cit. por F. TOMÁS y VALIENTE, ob. cit. pp. 87-88; la influencia de V. Listz se advierte en la última obra de ARAMBURU, *La actual situación del derecho penal y la lucha contra el delito*, Madrid 1910, cercano en este sentido a Bernaldo de Quirós, según J. CEREZO, *Curso de Derecho Penal español, Parte general*, Madrid 2002, p. 99, nota 117; por otra parte, la visión anticipadora de Concepción Arenal se observa en el estado todavía incipiente del Derecho Penitenciario; en este sentido, D Valentín Silva Melero, continuador en la cátedra de Oviedo, de D. Félix de Aramburu; la lección 64 trata sobre “El llamado derecho penitenciario”, cfr. *Sistemática del derecho Penal* 5ª ed. Oviedo (librería de Cipriano Martínez), 1952.

⁵⁴ E. DIAZ: afirma: “Junto a la ética e indefectiblemente unido a ella, a veces casi identificado con ella estaría el Derecho”. *Krausismo e Institución Libre de Enseñanza: pensamiento social y político*, Lissorgues, “Pensamiento y literatura en España en el siglo XIX”, Toulouse, 1998, p. 338.

7. Consideración final. Una mujer reformadora del Derecho penitenciario

Cuando Victoria Kent se convierte en la segunda mujer en la historia de España que accede al cargo de Directora General de Prisiones (la primera con una responsabilidad comparable había sido la misma Concepción Arenal) recuerda a la “insigne mujer española de profundos estudios penales” y, al encontrarse con el desolador panorama de los centros de internamiento en la España de la II República, escribe que las críticas de su predecesora, “seguían plenamente vigentes”.⁵⁵

Tomás y Valiente considera que Concepción Arenal fue “una luchadora individualista en favor del oprimido, del pobre, del desgraciado y muy en concreto del penado”⁵⁶. Es cierto, pero aquel individualismo de algún modo le había sido impuesto. No había podido acceder a los estudios oficiales de Derecho, ya que las carreras universitarias estaban vetadas a las mujeres, y se convirtió en autodidacta. Aprendió que la libertad y la verdad son producto de la reflexión y el conocimiento. En sus cartas, casi personales, a los delincuentes, les advierte “Estáis aquí por ignorantes y débiles” mientras que en sus escritos jurídicos instaba a los poderes públicos a acometer nuevas reformas. “El hombre nunca sale de la prisión como entró, o sale reformado o pervertido” e incluso llega a considerar la conveniencia de que en los centros se estudiara el Código Penal.⁵⁷

Detrás de su obra enciclopédica se esconde un profundo esfuerzo intelectual, dedicado al análisis de la legislación vigente, y una actividad incansable en el conocimiento de la situación carcelaria y de las condiciones de vida los reclusos. Accedió a ocupar puestos de responsabilidad, el más relevante como máxima responsable de Prisiones, que abandonó con la misma libertad interior con que había aceptado, concluyendo con su espíritu pragmático cuando fue cesada: “Era yo una rueda que no engranaba con ninguna otra de la máquina penitenciaria y debía suprimirse”.⁵⁸

No dejó de remitir a Congresos Internacionales ponencias con indudable rigor científico. En el ámbito jurídico fue más reconocida fuera que en su propio país. Denostada y admirada por igual, hay que contar, entre quienes reconocieron su labor científica, figuras de la envergadura intelectual de Silvela, Dorado Montero, Salillas, Posada o Antón Oneca, pero sufrió los rigores de la misoginia más allá incluso de su vida. Se la silenció a veces y fue excluida de muchas enciclopedias

⁵⁵ V. KENT, *Las reformas del sistema penitenciario durante la II República*, Historia 16, octubre 1978, p.10; M. TELO, *Concepción Arenal y Victoria Kent. Las prisiones*; Madrid 1995; C. RUIDIAZ GARCÍA, *Notas sobre Concepción Arenal*, REDUR 6, 2008, pp. 57-67.

⁵⁶ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los borbones*, Cfr. “la denuncia de Concepción Arenal”, ob. cit., p. 84.

⁵⁷ Sobre la cuestión M. J. LACALZADA, *La reforma penitenciaria entre la ilustración y el organicismo social*; “Estudios Penales y Criminológicos, XVI, Santiago de Compostela, 1993, pp. 153ss.

⁵⁸ Cit. por CAMPO ALANGE, p.136, *supra* nota 41.

jurídicas. En otras ocasiones se atribuyeron a otros colegas méritos que solo a ella pertenecían.⁵⁹

En el año 1893 moría una anciana humanista, Concepción Arenal, sin haber podido acceder a un título universitario por su condición de mujer. Ese año no obstante, por una de esas extrañas curiosidades del azar histórico, tenía lugar en Nueva Zelanda el primer sufragio femenino sin restricciones, y una jovencísima Ethel Benjamin accedía a las aulas en la Universidad de Otago, para convertirse en la primera mujer con título universitario en leyes de la historia.⁶⁰

Se ha dicho que Concepción Arenal fue una “mujer excesiva”. Se ha recurrido a su “temperamento apostólico” y a su “espíritu femenino”; se le ha llamado “conservadora”, “católica militante”, “heterodoxa”, “ingenua”, “librepensadora”, o con absurda intención despectiva, “krausista”. De todo hubo y una sola de las calificaciones no le hace en absoluto justicia. En cualquier caso esta mujer, tal vez excesiva pero sólo en talento y en humanidad, ha sido más estudiada desde la educación y el feminismo que desde la filosofía jurídica y el Derecho Penal.

Avanzó el sistema de unificación en una sola sanción de penas y medidas de seguridad, proponiendo que éstas sustituyeran a las penas correccionales. Aportó una nueva visión sobre los corregidos y los incorregibles. Antes que Bentham, nadie se había preocupado tanto del derecho Penitenciario y todavía hoy se leen con provecho sus “Estudios Penitenciarios”, en los que fue pionera⁶¹.

Cuando se la tilda de ingenua, acaso por su adscripción oficiosa a la escuela correccionalista, puede que se trate menos de ingenuidad que de prejuicios científicos y morales.

Firme partidaria del poder transformador de la educación, repensó los fines de la pena que griegos y romanos habían pensado por vez primera muchos siglos atrás. Se planteó, sin más apoyos que los de su formación intelectual y las firmes creencias en el constitucionalismo, las preguntas primeras del filósofo: ¿Un acto legislativo es bueno? ¿Es justo? ¿Por qué castigar? ¿Cuál es el fin de la pena?

La complejidad y riqueza del pensamiento científico de Concepción Arenal no cabe en algunos esquemas convencionales en que, con un punto de simplificación, algo de pereza y mucho de misoginia, se le ha querido encuadrar. Hemos acudido al apoyo de las fuentes clásicas como instrumento portador de verdad y liberador de

⁵⁹ Vgr. J.A. CABEZAS, *Concepción Arenal o el sentido romántico de la justicia*, Madrid 1942; F MANACH, *Concepción Arenal, la mujer más grande de este siglo*, Buenos Aires 1907; afortunadamente hoy cada vez su obra es más visible, también en el mundo jurídico, ver “Concepción Arenal” en M. T., CASTIÑEIRA, *Enciclopedia de Juristas Universales*, 4 vols. coord. por R. DOMINGO, vol. 3, Madrid 2004, pp. 322-325.

⁶⁰ J. NOVEMBER, *In the Footsteps of Ethel Benjamin*, Victoria University, Wellington, 2009.

⁶¹ Las afirmaciones son de J. ANTÓN ONECA, supra notas 49 y 50; cfr. sobre Derecho Penitenciario, C ARENAL *Estudios penitenciarios*, vol. 5 y 6 de sus *Obras Completas*; también *Las colonias penales en la Australia y la pena de deportación*, y *El visitador del preso*, (volúmenes 10 y 14 respectivamente de sus obras completas), supra nota 27.

tópicos. Acaso para conocer con mayor rigor cuál era el pensamiento jurídico-penal de esta mujer humanista, haya que averiguar con carácter previo cuál no era. Valgan estas breves consideraciones para poner de relieve lo mucho que aún falta por descubrir en la obra de una de nuestras primeras juristas, correctora del Correccionalismo.