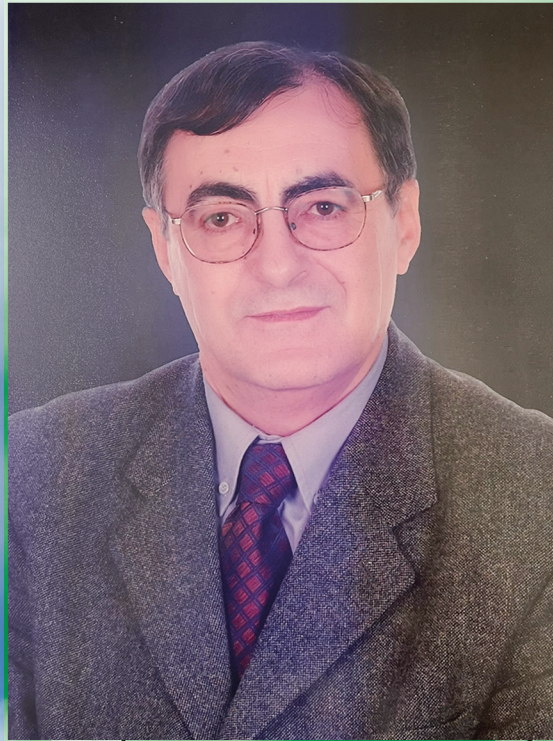


*Liber amicorum*  
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

# De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro V. Apuntes históricos y otros estudios





**De la ejecución a la historia  
del Derecho Procesal y de sus  
protagonistas. Liber Amicorum  
en homenaje al Profesor  
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

**LIBRO V: APUNTES HISTÓRICOS  
Y OTROS ESTUDIOS**



# **De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

**LIBRO V: APUNTES HISTÓRICOS  
Y OTROS ESTUDIOS**

**Carmen Navarro Villanueva**

**Núria Reynal Querol**

**Francisco Ramos Romeu**

**Arantza Libano Beristain**

**Consuelo Ruiz de la Fuente**

**Santi Orriols García**

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)

[www.atelierlibrosjuridicos.com](http://www.atelierlibrosjuridicos.com)

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-77-8

Depósito legal: B 8619-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

[www.addenda.es](http://www.addenda.es)

Impresión: SAFEKAT

# Índice

---

## APUNTES HISTÓRICOS

|   |     |
|---|-----|
| <b>I. LA PRUEBA DE LA HIDALGUÍA</b> .....   | 13  |
| <i>Juan Antonio Andino López</i>  |     |
| <b>II. JOSÉ ANTÓN ONECA Y LA HISTORIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA</b> .....   | 37  |
| <i>José Cid Moliné</i>  |     |
| <b>III. LOS LUGARES DE EJECUCIÓN Y TORMENTO EN BARCELONA</b> .....  | 57  |
| <i>Miriam Cugat Mauri</i>   |     |
| <b>IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA REVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO</b> .....                            | 75  |
| <i>María Luisa Domínguez Barragán</i>   |     |
| <b>V. TRES HISTORIAS EN EL ACCESO DE LA MUJER A PROFESIONES JURÍDICAS</b> ..  | 91  |
| <i>María Jesús García Morales</i>   |     |
| <b>VI. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, UN EJEMPLO PERENNE</b> .....  | 107 |
| <i>Juan-Luis Gómez Colomer / Víctor Fairén Le Lay</i>   |     |
| <b>VII. LA JUSTICIA PARA LA JUSTICIA. UN APUNTE SOBRE LA FILOSOFÍA JUDICIAL EN DRANGUET Y SU CONEXIÓN CON LA ÉTICA JUDICIAL</b> ..... | 133 |
| <i>Piedad González Granda</i>   |     |
| <b>VIII. FILÓSOFOS DEL DERECHO EN LA CATALUÑA DEL SIGLO XX (A LA MANERA DEL PROF. MANUEL CACHÓN)</b> .....                            | 167 |
| <i>José Juan Moreso Mateos</i>  |     |

|  |     |
|--|-----|
| <b>IX. UNA APROXIMACIÓN AL JURADO POPULAR MIXTO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA</b> .....                                  | 177 |
| <i>Carmen Navarro Villanueva</i>   |     |
| <b>X. DOS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA JURISDICCIÓN DEL MARQUESADO DE PRIEGO DURANTE LOS AÑOS 1523 Y 1529</b> ..... | 209 |
| <i>Manuel Peláez del Rosal / María Luisa García Valverde</i>   |     |
| <b>XI. EL JOVEN EMILIO GÓMEZ ORBANEJA: UN SUSPIRO LITERARIO ENTRE LAS RIGIDECES DEL DERECHO</b> .....              | 223 |
| <i>Julio Pérez Gil</i>   |     |
| <b>XII. DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA (1932)</b> .....   | 245 |
| <i>Carlos Petit Calvo</i>  |     |
| <b>XIII. DECÍA BECEÑA. MIRADA DE HOY A MAGISTRATURA Y JUSTICIA</b> .....   | 277 |
| <i>José Luis Rebollo Álvarez / José María Roca Martínez</i>  |     |
| <b>XIV. MUJER Y TRIBUNAL DE JURADO EN LA SEGUNDA REPÚBLICA (1931-1936)</b> .....                                   | 289 |
| <i>José Santiago Yanes Pérez</i>   |     |
| <b>OTROS ESTUDIOS</b>  |     |
| <b>XV. DESMATERIALIZACIÓN Y SUTIL REMATERIALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> .....                         | 311 |
| <i>Joan Amenós Álamo</i>   |     |
| <b>XVI. DEL CONFESIONARIO AL CÓDIGO PENAL: LAS CONDUCTAS SEXUALES DE FUNCIONARIO PÚBLICO</b> .....                 | 319 |
| <i>Margarita Bonet Esteva</i>  |     |
| <b>XVII. DILIGENCIA MÉDICA EN TELEMEDICINA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR ERROR EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS</b> .....  | 347 |
| <i>Sandra Camacho Clavijo</i>  |     |
| <b>XVIII. LA PERVERSIDAD INDUCIDA</b> .....  | 367 |
| <i>Pompeu Casanovas Romeu</i>  |     |



|  |            |
|--|------------|
| <b>XIX. DE NUEVO SOBRE LAS ACCIONES JUDICIALES EN DEFENSA DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN PROTEGIDA (DOP) E INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA (IGP) DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS (APOSTILLA A LA STS [SALA 1ª] DE 18.07.2019) . . . . .</b> | <b>385</b> |
| <i>Ramón Morral Soldevila</i>  |            |
| <b>XX. EL CONSENTIMIENTO POR DEFECTO PARA EL USO SECUNDARIO DE LOS DATOS SANITARIOS ELECTRÓNICOS. APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS . . . . .</b>   | <b>407</b> |
| <i>Susana Navas Navarro</i>  |            |
| <b>XXI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ENTRE LA NULIDAD Y EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA . . . . .</b>   | <b>425</b> |
| <i>Gloria Ortega Puente</i>  |            |
| <b>XXII. LA REFORMA DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL EUROPEO? . . . . .</b>  | <b>443</b> |
| <i>Montserrat Pi Llorens</i>   |            |
| <b>XXIII. EL ALCANCE DE LA NULIDAD POR USURA . . . . .</b>   | <b>463</b> |
| <i>Maria Planas Ballvé</i>   |            |
| <b>XXIV. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SINGULARIDAD DE LA IA . . . . .</b>   | <b>479</b> |
| <i>Marc-Abraham Puig Hernández</i>   |            |
| <b>XXV. NORMAS Y PRESUNCIONES DE TITULARIDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA . . . . .</b>  | <b>495</b> |
| <i>Judith Solé Resina</i>  |            |
| <b>XXVI. EVALUACIÓN ACTUARIAL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA PENAL . . . . .</b>   | <b>513</b> |
| <i>Asier Urruela Mora</i>  |            |

## TABULA GRATULATORIA

|                                      |            |
|--------------------------------------|------------|
| <b>TABULA GRATULATORIA . . . . .</b> | <b>529</b> |
|--------------------------------------|------------|

## II | José Antón Oneca y la historia de la ciencia jurídico-penal española

---

*José Cid Moliné*

Catedrático de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: ANTÓN Y LA HISTORIA. 2. ILUSTRACIÓN Y ABSOLUTISMO. 3. EL PREDOMINIO DEL RETRIBUCIONISMO (PACHECO Y EL CÓDIGO PENAL DE 1848). 4. CORRECCIONALISMO Y RETRIBUCIONISMO. 5. EL PREDOMINIO DE LA DIRECCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL (JIMÉNEZ DE ASÚA). 6. EL EXILIO DE LAS TRADICIONES Y ANTÓN. 7. EL PREDOMINIO CULTURAL DE LA TRADICIÓN DOGMÁTICA; 8. CONCLUSIONES: LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. 9. BIBLIOGRAFÍA.

### Prefacio

Escribí este texto para una ponencia que impartí en el curso titulado «La memoria del jurista español», organizado por el Profesor Carlos Petit, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, entre el 22 y 26 de enero de 1996. No había pensado en publicarlo, pues no es más que una pequeña reconstrucción de la historia de la ciencia jurídico penal española sobre la base de lo que explicó Antón Oneca en sus múltiples artículos históricos. No obstante, el hecho de que tuviera el honor de compartir ese ciclo de conferencias con el profesor Cachón y el interés de nuestro homenajeado por la historia de los juristas españoles<sup>1</sup> me ha animado a publicarlo tal

---

1. Aunque el trabajo histórico del profesor Cachón se ha dedicado principalmente a los procesalistas, también ha dedicado parte de su investigación a los penalistas y, entre ellos, a Antón Oneca. Véase en este sentido: CACHÓN CADENAS, «[Un fragmento de historia procesal](#): la intervención de José Antón Oneca en los procesos penales derivados de la Sanjurjada y en los tramitados contra José Antonio Primo de Rivera», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 64, 2021, pp. 57-86. En este artículo, en el que el profesor Cachón profundiza sobre la errónea atribución a Antón Oneca del voto particular a la sentencia del tribunal supremo que condenó a pena de muerte al General Sanjurjo, por su participación en el golpe de estado de 1932 contra la república, se encuentra bibliografía esencial sobre la figura de José Antón Oneca.

como fue escrito<sup>2</sup>. Como tuve ocasión de indicar en el homenaje que se le rindió el 10 de mayo de 2024 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, Manolo Cachón no es solo un amigo entrañable sino además una persona de la que yo, y todos los que hemos tenido la suerte de beneficiarnos de su compañerismo o de su amistad, aprendemos cada día que hablamos con él. Un verdadero maestro.

## 1. Introducción: Antón y la historia

La historia de la ciencia jurídica resulta importante para el jurista, al menos, desde dos puntos de vista, en primer lugar, ayuda a comprender los orígenes de nuestra formación y, por tanto, de nuestras propias ideas. En segundo lugar, nos permite entender la influencia que ella ha tenido en la legislación y por ello nos da elementos para comprender y enjuiciar el origen de nuestras instituciones jurídicas.

José Antón Oneca (1897-1981) fue un penalista que tuvo una enorme sensibilidad hacia la historia, conformando sus obras sobre la ciencia jurídico penal española y sobre la evolución legislativa una de sus parcelas importantes como penalista. Sin ser historiador, sus reflexiones nunca se quedan en la mera enunciación de datos, sino que pretenden enlazar las ideas de un autor o las instituciones jurídicas con las tradiciones culturales y con las ideas políticas existentes en cada momento.

Su obra como historiador la desarrolló Antón en un momento en que las tradiciones jurídicas parecían perderse como consecuencia de que quienes las debían mantener vivas fueran expulsados de un país que, en aquellos tiempos, se construía sobre la base del rechazo físico a las tradiciones culturales heterodoxas.

A continuación, intentaré exponer algunas ideas sobre estas tradiciones jurídicas que influyen nuestro presente intelectual, que me han surgido de la lectura de los artículos históricos de Antón. Expondré estas tradiciones en forma cronológica para proceder, al final, a hacer algunas consideraciones de carácter general sobre el resultado de tales tradiciones en comparación con las predominantes en los países de nuestro entorno cultural.

---

2. Me he limitado a corregir erratas que había en el texto y a adaptarlo a las formalidades del libro homenaje. Soy consciente de las carencias bibliográficas de este trabajo cuando fue escrito, agudizado por todos los estudios que desde entonces han revisado la biografía y obras de Antón Oneca, como se muestra en el trabajo del profesor Cachón, citado en la nota 1. Espero que, a pesar de estas limitaciones, el trabajo pueda servir para destacar la importancia de Antón Oneca para reconstruir nuestras tradiciones jurídicas.

Resulta obligado advertir que lo que prosigue no es un trabajo de investigación sobre fuentes originales, sino que lo único que he pretendido es agrupar datos e ideas, extraídos básicamente de las obras históricas de Antón, y construir en base a ellos un posible esquema de la evolución de la ciencia jurídico-penal española<sup>3</sup>.

## 2. Ilustración y absolutismo

Nadie duda que una de las tradiciones más influyentes en la ciencia jurídico penal de cualquier país de cultura occidental es la ilustrada.

La influencia de la Ilustración en el derecho penal comienza a sentirse a finales del siglo XVIII, durante el reinado de Carlos III, cuyo ministro de justicia D. Manuel de Roda dirigió al Consejo de Castilla un oficio real para reformar algunos aspectos de la legislación penal entonces vigente (por ej. planteaba la supresión de la pena de muerte y la reflexión sobre el tormento), a su vez en este reinado se hizo una política penitenciaria dirigida a utilizar la fuerza de trabajo de los reclusos y una política de internamiento como forma de luchar contra la vagancia<sup>4</sup>.

No obstante, la penetración importante de las ideas ilustradas se da en el contexto del período revolucionario de la Constitución de Cádiz, aboliéndose instituciones características del derecho penal del antiguo régimen, como el tormento, los azotes, la horca, la confiscación y, además, la institución del santo oficio de la inquisición, principal baluarte de aquel derecho<sup>5</sup>.

Con la reacción fernandina no sólo se anuló la Constitución, sino que además se llevó a presidio a quienes habían sido comisionados por las Cortes para elaborar un proyecto de código que sustituyera toda la compleja legislación penal del antiguo régimen (José María Calatrava, Agustín Arguelles y José Manuel

---

3. Junto a las obras de ANTÓN, resultan de obligada consulta la obra de SAINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970 y la de BARBERO SANTOS, *Política y derecho penal en España*, Júcar, Madrid, 1977. También se puede extraer información valiosa en los capítulos históricos de CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 89-126 y en la parte histórica de la obra de MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976. A su vez, resulta de interés para reconstruir las tradiciones culturales el artículo de CUERDA RIEZU, «Tabla genealógica-científica de los profesores españoles de derecho penal en el siglo XX», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 33, núm. 1, 1990, pp. 99-115.

4. ANTÓN ONECA, «El derecho penal de la ilustración y D. Manuel de Lardizábal», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, 1966, pp. 604-606.

5. ANTÓN ONECA, «Historia del código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 18, núm. 2, 1965, p. 265.

Quintana)<sup>6</sup>. No sería, por cierto, la última vez en que los penalistas (en este caso no científicos) serían llevados a conocer la práctica del sistema. Tras el pronunciamiento liberal de Riego, y en el contexto del trienio liberal, se elaboró el proyecto de código penal por parte de los comisionados de las cortes de 1820 (Martínez de la Rosa, Calatrava, Vadillo, Caro, Victorica, Crespo Cantolla, Rivera, Flores, Estrada y Rey), el cual suscitó un debate entre quienes lo criticaban desde los ideales del absolutismo (así la Audiencia de Navarra censuraba que no se castigara el suicidio, la herejía, el sacrilegio, el sortilegio, la bestialidad, la sodomía o el incesto y quienes consideraban que no era suficientemente respetuoso de las ideas de los prohombres ilustrados (quienes, como la Universidad de Sevilla, se oponían a que se mantuvieran instituciones propias del derecho penal del antiguo régimen como la marca)<sup>7</sup>.

El código penal de 1822, con el que se inicia la codificación penal, es, en lo fundamental un código ilustrado, obra principal del sector moderado de los liberales de Cádiz (los llamados doceañistas). Sus fuentes culturales fueron la de autores ilustrados europeos (como Bentham, que ejerció alguna influencia a partir del Conde de Toreno<sup>8</sup>), de otros textos legislativos (como el código napoleónico) y, principalmente, del sentido común, normalmente ilustrado, que predominaba entre los miembros de la comisión y entre los diputados que debatieron el proyecto<sup>9</sup>.

De ahí que sea un código que recoge buena parte de las ideas liberales de la ilustración (legalidad, proporcionalidad), que operan en sentido mitigador del derecho penal del antiguo régimen y también las ideas correccionalistas (o de prevención especial) defendidas por esta corriente, como se advierte en la norma que establece la rebaja de pena a los delincuentes que se arrepientan y se enmiendan<sup>10</sup>.

No obstante, el código no se aparta totalmente de la tradición del antiguo régimen, manteniendo institucionales tradicionales como la ejecución pública de la pena de muerte y la importante protección a la religión católica<sup>11</sup>.

---

6. ANTÓN ONECA, «Historia del código penal de 1822», *op. cit.*, p. 266.

7. ANTÓN ONECA, «Historia del código penal de 1822», *op. cit.*, p. 268.

8. La influencia de Bentham fue mediada, según parece, por la traducción corregida de sus obras que realiza el francés Dumont. Así, dice el propio ANTÓN ONECA («Historia del código penal de 1822», *op. cit.*, p. 271) que donde más se ve la influencia de la obra de Bentham en el código penal de 1822 es en la ejecución pública de la pena de muerte. Pero, en realidad Bentham fue siempre contrario a la pena de muerte (así me lo ha indicado José Juan Moreso, cuya tesis fue dedicada a la obra del insigne autor inglés).

9. ANTÓN ONECA, «Historia del código penal de 1822», *op. cit.*, pp. 270-271.

10. ANTÓN ONECA, «Historia del código penal de 1822», *op. cit.*, p. 277.

11. ANTÓN ONECA, «Historia del código penal de 1822», *op. cit.*, p. 273.

Para concluir sobre esta cuestión, cabe decir que el debate que se da en el primer cuarto del siglo XIX entre ilustrados y absolutistas no está influido ni da lugar a ninguna obra importante por la ciencia jurídico penal española. No puede decirse que el «Discurso sobre las penas», de Lardizábal, influyera excesivamente en la elaboración del nuevo código, pues la obra de este autor estaba quizá más cerca del tradicionalismo que de las ideas de Beccaria, con quien frecuentemente se le ha comparado<sup>12</sup>. Por otra parte, no existen durante el primer tercio del siglo otros penalistas que no fueran los prácticos (cuyas obras no formulaban ideas nuevas, sino que explicaban el derecho que se aplicaba<sup>13</sup>). La importante obra legislativa de Cádiz no tiene un paralelo doctrinal en la ciencia jurídico penal española de la época.

### 3. El predominio del retribucionismo: Pacheco y el Código Penal de 1848

Si en el período de Cádiz los debates fueron protagonizados por políticos y fueron influidos por los autores de la ilustración, en la época posterior, en la que se aprobará el código penal de 1848, que sigue siendo una fuente de la legislación penal actual (también del código penal de 1995), tuvo influencia una corriente cultural distinta, que denominaremos la corriente retribucionista<sup>14</sup>.

En 1839 se traduce al español (por Jerónimo Cortés), del original francés, el tratado de derecho penal de Pellegrino Rossi (1829), que será muy influyente entre los prácticos y teóricos de la época<sup>15</sup>.

Mientras que los autores de la ilustración (Beccaria, Bentham, Filangieri, Romagnosi, Feuerbach) habían sustentado una concepción claramente utilitarista del derecho penal, viéndolo como un instrumento que se justificaba en la protección de las libertades de los individuos operada a partir de sus funciones de prevención general y de prevención especial; Rossi, tras una crítica bien construida al utilitarismo, sustenta una concepción retribucionista, de formulación claramente metafísica, que considera que el derecho penal debe adaptarse a los dictados de un orden moral preexistente, de todas las cosas, eterno e inmu-

12. ANTÓN ONECA, «El derecho penal de la ilustración y D. Manuel de Lardizábal», *op. cit.*, pp. 621-623.

13. Sobre los juristas prácticos, véase TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 112-151.

14. Explica CUERDA RIEZU, «Tabla genealógica-científica de los profesores españoles de derecho penal en el siglo XX», *op. cit.*, pp. 109-110, que es 1842 cuando el derecho penal empezará a formar parte de los planes de estudio de derecho.

15. ROSSI, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1839.

table<sup>16</sup>. Un planteamiento como el expuesto genera menos posibilidades de crítica que el defendido por los autores ilustrados y, prontamente, fue acogido por aquella corriente cultural y política de liberalismo moderado que era predominante en España en los años que preceden la elaboración del código penal de 1848.

El libro de Rossi, del que se hicieron varias ediciones, parece que fue obra de formación de los juristas de la época y las ideas de este autor fueron acogidas y divulgadas por uno de los primeros teóricos del derecho penal que aparecen en España: D. Joaquín Fernando Pacheco (1808-1865). Un penalista, famoso por sus «Estudios de derecho penal» de 1842 y por sus Comentarios al código penal de 1848, titulados «El código penal concordado y comentado» publicados en 1848. Pacheco fue moderado en política y es considerado por Cánovas como uno de sus maestros<sup>17</sup>. Del retribucionismo del autor no dejan dudas estas palabras:

Mal por mal es la relación necesaria que no nos es dado romper con las fuerzas de nuestro entendimiento. Mal por mal es la ley cuya realización nos satisface, cuya falta nos deja un vacío, una expectación que no llenamos nunca. (...) El principio fundamental es la justicia absoluta que nos da el límite de hasta donde la penalidad puede llegar<sup>18</sup>

La concepción retribucionista de Pacheco se alejaba de las tradiciones predominantes en la ilustración, ya que, para satisfacer los fines de justicia absoluta defendía un sistema de penas para los delitos orientado en el fin de la expiación, esto es la concepción de la pena como sufrimiento que debía imponerse al delincuente por el delito realizado<sup>19</sup>.

La influencia de Rossi y Pacheco, cuyas obras alcanzaron varias ediciones, la resume Antón con las siguientes palabras.

Las lecciones de Pacheco, combatiendo como había hecho Rossi, el utilitarismo, y defendiendo en su lugar un fundamento moral, crearon el ambiente de la ciencia penal española en el segundo tercio del siglo, que cristalizó en el código penal de 1848 (...)<sup>20</sup>

16. ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 18, núm. 3, p. 477.

17. ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», op. cit., p. 494.

18. Se extrae la cita de Pacheco en sus *Estudios de derecho penal* de ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», op. cit., p. 480.

19. ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», op. cit., pp. 480-481.

20. ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», op. cit., p. 481.

El de 1848 es un código que si bien se sostiene sobre principios ilustrados (igualdad jurídica, legalidad, proporcionalidad) contiene un conjunto de preceptos que lo alejan de los principios ilustrados y lo acercan al retribucionismo expiacionista sustentado por Rossi y Pacheco<sup>21</sup>.

Destacan entre tales aspectos las reglas del concurso de delitos basadas en la acumulación material, la existencia de penas perpetuas y de larga duración (además de la pena de muerte), las reglas aflictivas de ejecución de la pena, la responsabilidad penal posible a partir de los 9 años, la obsesión por la exactitud geométrica entra pena y delito, sin que la prevención especial ocupara ningún papel<sup>22</sup>.

En suma, esta segunda etapa de la evolución de la ciencia jurídico penal española se salda con un predominio de la corriente retribucionista (retribucionismo expiacionista) que inspira la cultura jurídica del momento y cuya influencia se traduce en el código penal de 1848<sup>23</sup>.

Debe resaltarse que, a diferencia de lo que sucedía en la mayoría de los países europeos, los primeros teóricos españoles del derecho penal son autores que, pese a compartir un liberalismo moderado, se alejan de la tradición prevencionista propia de la ilustración<sup>24</sup>.

#### 4. Correccionalismo y retribucionismo

Durante los años posteriores a la aprobación del código de 1848 se mantiene el carácter dominante de la corriente retribucionista y parece que los libros de más prestigio seguían siendo el tratado de Rossi, los estudios de Pacheco y sus comentarios al código penal.

El siguiente momento que tenemos para verificar la evolución de la ciencia jurídico-penal es el relativo al proceso de elaboración del código penal de 1870, que es una reforma del de 1848 realizado para adaptarlo a la Constitución de 1869. Quienes participaron en la comisión redactora no tenían ideas distintas

21. En este sentido: SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, vol. II, Madrid, p. 317.

22. ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *op. cit.*, p. 489.

23. ANTÓN ONECA, «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *op. cit.*, p. 483, n. 47 y p. 491, ha puesto de manifiesto, no obstante, que no es Pacheco el autor que más influye en la elaboración del código penal de 1848, pese a participar en la comisión redactora del anteproyecto, sino el presidente de la comisión redactora, D. Manuel Seijas Lozano, jurista práctico y político moderado.

24. ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena según los penalistas de la ilustración», *Revista de Estudios Penitenciarios*, vol. 20, núm. 166, pp. 426-427.



en cuanto a la concepción del derecho penal de las que tenía Pacheco. Un penalista adverso a tales ideas diría después que si Pacheco representaba el pensamiento científico de la Comisión que formó el código penal de 1848, don Alejandro Groizard representa el mismo pensamiento (retribucionista) en el seno de la comisión que lo reformó<sup>25</sup>.

No obstante los miembros de la comisión redactora del proyecto, entre los que destacan el propio Groizard —que era un práctico que publicó unos comentarios de ocho volúmenes al código penal de 1870— y otros juristas como Montero Ríos y Pedro Gómez de la Serna (civilista, procesalista y también penalista) eran todos ellos políticos pertenecientes al liberalismo progresista que hizo la revolución de 1868 y, de alguna manera, eran depositarios de las ideas penales de la ilustración<sup>26</sup>, ideas que les llevaban a una mayor protección de las libertades individuales (como la libertad religiosa frente a la protección de la religión católica, apostólica y romana que hacía el código de 1848) y a mitigar la dureza del código (con medidas como eliminar la pena de muerte como pena única de algunos delitos, alterar el sistema de acumulación material para el concurso de delitos, eliminar la agravante por analogía, limitar el castigo de los actos preparatorios)<sup>27</sup>.

Es después del código de 1870 cuando aparece en España una nueva tendencia penal, la llamada corriente correccionalista.

La corriente correccionalista deriva del Krausismo, que importa a España Sanz del Río. En el ámbito penal esta corriente doctrinal, de la que el lunes nos hablaba el profesor Molas, llega a España a partir de la traducción de un libro de un seguidor de Krause, Röder (1806-1879), cuya obra, traducida por Giner de los Ríos, lleva por título «Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones» (1871). De las ideas de este autor da cuenta la siguiente cita:

La pena es el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad injustamente determinada de un miembro del Estado a ordenarse por sí misma, porque su desorden perturba la armonía de todo el orden social<sup>28</sup>.

---

25. Esta es la opinión de Silvela, que recoge ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 23, núm. 2, p. 235.

26. ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 23, núm. 2, p. 237.

27. ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 23, núm. 2, pp. 241-242.

28. Esta cita de Röder, aparece en ANTÓN ONECA, «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», *Estudios Jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, vol II, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1960, p. 1015.

Así como el retribucionismo atribuía plena responsabilidad a las personas por sus actos, y consideraban que la pena aflictiva era un instrumento adecuado para restablecer una justicia, la corriente correccionalista partía de la idea de que el delincuente es una persona irresponsable, que no ha recibido suficiente educación y que, mediante la pena, debe alcanzar aquella educación y aquella libertad de la que no ha llegado a disfrutar<sup>29</sup>

A partir de la publicación de esta obra, comienza en España un período de dominio intelectual en el derecho penal de autores, que penalistas (como Silvela o más adelante Dorado Montero) o penitenciaristas (como Concepción Arenal o Salillas) que escribirán obras de importancia distanciadas de la tradición retribucionista que representaba la obra de Pacheco (y que hasta el momento habrá que considerar dominante).

Concepción Arenal (1820-1893) fue una penitenciarista que, con una intensa vida práctica destinada a la filantropía y con una importante producción teórica, se opuso a la concepción expiacionista de la pena que habían sustentado los retribucionistas (y que plasmaba el código del 48). Criticó el estado de las prisiones de finales del siglo XIX —y en esta tarea su obra sería continuada más tarde por D. Luis Salillas (1854-1923)<sup>30</sup> y postuló una opción correccionalista, considerando que la pena debía destinarse a hacer el bien, no resignándose a aceptar que hubiera presos incorregibles<sup>31</sup>.

Luis Silvela fue penalista teórico, profesor de la Universidad de Madrid, que escribió en 1874 una obra «El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España», que pasa por ser la primera obra moderna de la ciencia del derecho penal española, con un primer volumen dedicado a la filosofía del derecho penal y con un segundo volumen en que se expone en forma sistemática el derecho penal vigente. Silvela fue el más moderado de los correccionalistas (también fue el único de ellos de orientación canovista mientras que todos los demás se situaban entre el liberalismo progresista y el republicanismo) ya que, aun dando importancia al fin de corrección del delincuente, daba más importancia que el resto de los correccionalistas a la satisfacción de otros fines, entre los que destacaba el de intimidación (o prevención general)<sup>32</sup>.

29. ANTÓN ONECA, «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», *op. cit.*, p. 1015.

30. ANTÓN ONECA, «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 27, núm. 2, 1974, p. 207.

31. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 1, Losada, Buenos Aires, 1948, pp. 672-673.

32. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, *op. cit.*, p. 267 y ANTÓN ONECA, «Los proyectos decimonónicos para la reforma del código penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 25, núm 2, p. 259.

Y con ello llegamos al correccionalista más destacado que fue Dorado Montero (1861-1919), catedrático de la Universidad de Salamanca, hombre, en palabras de Asúa, verdaderamente radical, de extensa obra, que viajó a Italia y conoció desde Bolonia el auge de la Escuela positiva italiana de Lombroso, Ferri y Garofalo<sup>33</sup>.

Dorado se opuso férreamente al código penal de 1870 y frente a su retribucionismo propuso un sistema no de penas sino de medidas de tratamiento dirigidas a rescatar, rehabilitar o regenerar a los delincuentes<sup>34</sup>. Dorado, no obstante, da un salto, en referencia a los anteriores correccionalistas, ya que introduce la temática cara a los positivistas italianos de la peligrosidad del delincuente que, tras el estudio de las causas, pudiera llevar a la corrección del delincuente, mediante sentencias indeterminadas<sup>35</sup>.

De tal manera, en el último cuarto del siglo y durante los primeros años del siglo, la ciencia penal (que en este momento incluye la discusión filosófica sobre los fines del derecho, la ciencia penitenciaria y la dogmática del derecho positivo) está dominada por la corriente correccionalista que, de las manos de la Institución Libre de Enseñanza, parece que impide surgir, en el ámbito teórico, voces ajenas al correccionalismo.

Los críticos de los correccionalistas fueron, según parece, los prácticos, los cuales mantenían viva la tradición retribucionista.

Acabamos este epígrafe señalando que esta dirección correccionalista, revitaliza la opción preventivo especial de los autores ilustrados, se opone con firmeza al retribucionismo, pero, a su vez, como censura el más moderado de los correccionalistas, comienza también a distanciarse de la tradición ilustrada, al admitir la intervención penal sin previo delito<sup>36</sup>.

## 5. El predominio de la tradición político criminal (Jiménez de Asúa)

Los correccionalistas enlazaron —especialmente con la obra de Dorado— con la corriente positivista y, a partir de este momento, la ciencia penal española será más elástica a las corrientes dominantes en la ciencia jurídico-penal europea (especialmente italiana y alemana) de lo que había sido hasta entonces.

33. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 1, pp. 666-671.

34. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, vol. 1, p. 192.

35. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 1, pp. 680-681.

36. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, op. cit., p. 261.

ANTÓN ONECA ha llamado «Generación española de la política criminal» a un grupo de penalistas, incluyendo a Quintiliano Saldaña (1878-1938), a Cuello Calón (1879-1963) y, a la figura más relevante de la ciencia penal española de todos los tiempos, que es Jiménez de Asúa (1889-1970)<sup>37</sup>.

Es este el periodo de la «lucha de escuelas» en las que se enfrentan la escuela clásica y la resplandeciente escuela positiva. Frente a la escuela clásica, que defiende las garantías propias del derecho penal ilustrado, la escuela positiva pretende sustituir el derecho penal herencia de la ilustración por otro inspirado en la idea de combatir las causas del delito, basado en las medidas de seguridad pre y post-delictuales. A su vez, las dos escuelas comportan dos modelos distintos de ciencia jurídica, pues, como se decía entonces, mientras en interés de los clásicos era el estudio del delito, el interés de los positivistas era el estudio del delincuente y de las causas del delito<sup>38</sup>.

En este debate tiene mucha importancia para la ciencia penal española la obra de un penalista alemán, que es von Liszt, que influyó en la formación de los penalistas antes citados. Von Liszt elaboró un original modelo de ciencia jurídica que quería ser una síntesis de los planteamientos de la escuela clásica y los de la dirección moderna. Por una parte, von Liszt asumía, con los positivistas, que un papel primordial de la ciencia jurídica era proponer remedios a la criminalidad para lo cual debía conocer la criminología (dimensión político criminal de la ciencia jurídico penal). En esta faceta, von Liszt fue fundador (junto a Prins<sup>39</sup> y van Hamel) de la «Unión internacional de derecho penal», que pretendía ser una organización de penalistas dirigida a plantear medios de lucha contra el delito, desde el punto de vista jurídico, antropológico y sociológico<sup>40</sup>. Desde esta organización se lanzaron importantes propuestas de reforma del derecho penal, planteando las medidas alternativas a la pena y la libertad condicional, como forma de combatir las penas breves y de liberar a los reeducados, que serían acogidas por las legislaciones europeas (también la española) entre finales del XIX y principios del XX.

Pero von Liszt, pese a acoger muchas de las ideas de los positivistas italianos, no renunciaba a seguir defendiendo las garantías básicas del derecho penal

37. ANTÓN ONECA, «La generación española de la política criminal», *Problemas actuales de la política criminal y de la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

38. SPIRITO, Ugo, *Storia del diritto penale italiano. Da Cessare Beccaria ai nostri giorni*. Sansoni, Firenze, 1924 (3ª ed., 1974), p. 25.

39. En 1913 Federico Castejón tradujo la obra de Prins, *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal*.

40. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1949 (2ª ed. 1985), p. 40.

ilustrado, considerando que principios básicos del derecho penal liberal (como el de legalidad) debían operar como vía limitadora de la política criminal<sup>41</sup>.

De tal manera el modelo de ciencia jurídica postulado por von Liszt tiene un carácter ecléctico, al atribuir igual importancia al análisis sistemático del derecho penal (y en este ámbito von Liszt elaboraría un tratado de derecho penal que constituirá un referente muy importante para la dogmática penal posterior) que a la tarea político criminal, orientada por el fin de prevenir los delitos y de corregir, cuando fuera posible, a los delincuentes<sup>42</sup>.

Es este «modelo integrado de ciencia penal» de von Liszt en el que se forma los penalistas de la generación de la política criminal. Saldaña fue a estudiar con von Liszt y posteriormente Asúa, becado por la Institución libre de enseñanza, se formaría con los penalistas de la Unión Internacional de Derecho Penal.

Ambos (pero especialmente Asúa) traducirían el tratado de Liszt. De los tres penalistas de la generación, el realmente importante es Jiménez de Asúa. El autor cultiva la ciencia penal integrada, y aun considerando como maestro a Dorado (su tesis de 1919 la escribe sobre la sentencia indeterminada) resulta el importador en España del método dogmático de análisis del derecho penal elaborado, durante los siglos XIX y XX por la ciencia penal alemana (La «Teoría jurídica del delito» es de 1931)<sup>43</sup>

Jiménez de Asúa, ganó en 1918 la cátedra de derecho penal de la Universidad de Madrid (Saldaña era catedrático de antropología criminal) que ocuparía hasta 1939, formando a sus alumnos, entre los que sobresale Antón Oneca, en esta ciencia penal integrada. Además de Antón, que escribiría su tesis sobre el perdón judicial<sup>44</sup> forman parte del entorno de Jiménez de Asúa otros penalistas, como Mariano Ruiz Funes, y José Arturo Rodríguez Muñoz, que, en 1935, traduciría y anotaría el tratado de derecho penal de Mezger. Aun siendo anterior también formaba parte del grupo de Asúa, Bernaldo de Quirós (1873-1959), un correccionalista seguidor de Dorado, que había prologado la tesis de Asúa.

Si debiéramos sintetizar el modelo de penalista que representaba Jiménez de Asúa deberíamos aludir a las siguientes características: a) Asúa acoge la tradi-

41. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «Prólogo», von LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, pp. 13-14.

42. VON LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984 (ed. original, 1883), p. 112.

43. ANTÓN ONECA, «La obra penalista de Jiménez de Asúa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol 23, núm 3, pp. 547-553.

44. ANTÓN ONECA, «El perdón judicial», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, separata, 1922.

ción liberal de la Ilustración (él y sus colaboradores fueron quienes elaboraron el proyecto que dio lugar al código de 1932, que supuso un gran avance liberal. Por anotar sólo tres cosas: abolió la pena de muerte, suprimió el delito de adulterio y eliminó el tratamiento privilegiado del uxoricidio b) Asúa asume la tradición prevencionista ya presente en la Ilustración y reafirmada por el correccionalismo, que le llevaba a interesarse científicamente por la prevención de los delitos y por la corrección de los delincuentes; c) Asúa recoge la tradición de análisis sistemático del derecho penal, que tuvo un precedente en Silvela, pero que obligaba a abrir las fronteras a la dogmática penal alemana.

La complejidad de Asúa es por tanto grande y no exenta de contradicciones (piénsese los problemas que pone a una concepción liberal la intervención pre-delictual que Asúa avaló y que plasmó en España la ley de vagos y maleantes) pero, dejemos las valoraciones para el final, y pasemos a la etapa siguiente, cada vez más cercana a nosotros.

## 6. El exilio de las tradiciones y Antón<sup>45</sup>

Ayer el profesor Cachón nos daba las noticias tristes acerca de las consecuencias de la guerra civil entre los procesalistas españoles. Puede decirse que la guerra civil en el ámbito de los penalistas supuso el exilio de las personas y de las tradiciones.

Jiménez de Asúa debió exiliarse (ya no retornaría a España, aunque se acercaba a la frontera francesa a verla de lejos)<sup>46</sup> le acompañaron otros como Bernaldo de Quirós, López Rey, Ruiz Funes, Manuel de Rivacoba, Blasco y Fernández de Moreda, Jiménez Huerta (Barbero 1977:66-67). Antón Oneca, nuestro personaje, sufrió en España la represión franquista, pasó 24 meses en prisión (6 en trabajos forzados) y 16 meses de prisión atenuada, en un convento. Después Antón diría que para ser penalista hay que haber estado en prisión<sup>47</sup>.

En los años inmediatamente posteriores a la guerra existe un grupo de penalistas afines al nuevo régimen (como Del Rosal, Cuello Calón, Sánchez Tejerina, Puig Peña, Ortego Costales) que escriben obras (en algunos casos, manuales adaptados al código penal de 1944) que pueden catalogarse en el ámbito del

45. Las referencias que se hacen a continuación están extraídas de CID MOLINÉ, *¿Pena justa o pena útil?. El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Bosch, Barcelona, 1994.

46. GIMBERNAT ORDEIG, «El exilio de Jiménez de Asúa», *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1990 (obra original, 1970), pp. 15-17.

47. BARBERO SANTOS, «Don José Antón Oneca: in memoriam», *Documentación Jurídica*, núm. 29-32, p. 13.

positivismo ideológico, al asumir una posición acrítica frente al derecho penal autoritario que se promulga y aplica en la España de Franco.

Junto a esta opción doctrinal, existirá otro sector de penalistas, encabezado por Antón (repuesto a la cátedra de Salamanca en 1941, pero depurado para siempre del tribunal supremo) que, pese a todo, seguirá manteniéndose en la tradición liberal. Así, se demuestra en el manual de derecho penal que escribe en 1949, en el cual por decir algo no ignora la legislación penal represiva de la posguerra, de la cual indica:

Este conjunto de leyes penales [la ley de responsabilidades políticas, la ley de represión de la masonería y el comunismo, etc] llevan la impronta del nuevo régimen y de las circunstancias históricas de los tiempos posteriores a la guerra española, al mismo tiempo que anuncia las directivas del Código penal que estaba al llegar<sup>48</sup>.

Un manual, no obstante, que sólo tiene una edición (la segunda es póstuma), mientras que el manual de Cuello Calón, el libro que se estudia en la mayoría de las facultades de derecho penal en España durante el franquismo<sup>49</sup> alcanza en 1981 las 18 ediciones y, quizá solo tenga competidor, a partir de un momento, en el manual de Rodríguez Devesa.

Sobre todo, Antón, y también Quintano Ripollés (penalista que llegó a catedrático desde la práctica judicial y que escribiría unos importantes comentarios al código penal), representaron las ideas liberales sobre el derecho penal expuestas con la cautela que debía tenerse, en la España de la posguerra, para evitar la represión del régimen.

## 7. El predominio cultural de la tradición dogmática

El legado de Jiménez de Asúa era el modelo de von Liszt de una ciencia penal integrada (por la labor dogmática y por la de carácter político-criminal orientada en la criminología). Este modelo no continuaría durante el franquismo. El único que por sus ideas y por su formación lo podía haber impulsado era Antón, el cual partía de una filosofía penal en la que se sintetizaban las tres tradiciones del modelo político criminal. Antón acogía la tradición prevencionista de la Ilustración<sup>50</sup>, pero no se dejaba cegar por las finalidades preventivas y

48. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, op. cit., p. 82.

49. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 108.

50. ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1944, p. 64, 94 y passim y ANTÓN ONECA, «Las teorías penales italianas de la posgue-

consideraba que se debían perseguir en el marco de un derecho penal que garantizara las libertades individuales<sup>51</sup>. Su modelo utilitarista de derecho penal era, en lo sustancial, ajeno a las ideas antigarantistas del correccionalismo. A su vez Antón, mantenía la tradición dogmática, siempre dirigida a propugnar aquellas interpretaciones del derecho positivo más liberales<sup>52</sup>.

No obstante, durante los años del franquismo no creo que se dieran las condiciones para que se desarrollara este modelo integrado de ciencia penal que Antón había aprendido de su maestro Jiménez de Asúa. Es cierto que algunos de los discípulos de Antón se interesaron por cuestiones político-criminales (Barbero escribiría sobre medidas de seguridad o sobre tratamiento de menores y Yáñez Román sobre la condena condicional), pero en un país en que la dictadura persistía más de lo imaginable la reforma penal no parecía ni cercana ni posible, de ahí que los trabajos de política criminal fueran tan escasos.

Los penalistas de la generación de los sesenta (entre los que destacan autores como Córdoba Roda, Cerezo Mir, Rodríguez Mourullo, Gimbernat Ordeig) centrarán su actividad científica en el estudio dogmático. Estos autores se formarán principalmente en Alemania, traducirán las obras más relevantes del momento (Córdoba traducirá y anotará el tratado de Maurach en 1962 y Cerezo el «Nuevo sistema de derecho penal» de Welzel en 1964) y transmitirán a los jóvenes penalistas el método dogmático, con el que hoy se forman todos los alumnos de derecho penal en las facultades españolas.

De tal manera, la ciencia penal española fue ajena a las corrientes de reforma del derecho penal, que se manifestaron en todos los países de Europa occidental, centradas en las ideas preventivo-especiales (o rehabilitadoras) y, en buena medida, enmarcadas en el movimiento europeo de la Nueva defensa social. Temas de mayor interés en las revistas científicas europeas (como la reforma de la prisión y los de las medidas alternativas a la pena de prisión) pasaron prácticamente desapercibidos en España<sup>53</sup>.

Además, mientras que en otros países europeos las concepciones retribucionistas fueron minoritarias, en España la inmensa mayoría de la doctrina penal de esa época compartía una fundamentación del derecho penal anclada en el retribucionismo. Es cierto que el retribucionismo de estos autores era, siguiendo

---

rra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 20, núm. 1, pp. 42-43.

51. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, op. cit., pp. 109-112.

52. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, op. cit., p. 25.

53. El libro de Cuello Calón (1958), *La moderna penología*, se trata básicamente de una obra de divulgación y carente de perspectivas de reforma del sistema de penas.



el magisterio de Quintano, de carácter liberal y de ahí que en sus obras no se renunciara a la aproximación crítica al derecho penal y a su aplicación por los tribunales. No obstante, esta fundamentación retribucionista del derecho penal alejaba a los autores de aquellos temas más caros a otras concepciones para las cuales el derecho penal es sólo uno de los mecanismos posibles para afrontar la criminalidad en unas sociedades que se consideran en buena medida responsables de ella.

En los últimos años del régimen franquista, el retribucionismo dominante empezó a ser cuestionado por Gimbernat, quien sostuvo, al igual que Antón, una concepción utilitarista del derecho penal. No obstante, en estos años, los esfuerzos de Gimbernat, y de la gran mayoría de la ciencia jurídica española se dirigían a que el derecho penal español se liberalizara en el contexto de la instauración de un régimen democrático y de libertades.

En una de estas reuniones de penalistas en las que predominaban las ponencias abiertamente críticas al derecho penal franquista, intervino Antón, catedrático jubilado de derecho penal, y acabó su intervención con estas palabras:

La generación de los años 30 no pudo dar a su país un código penal a la altura de los tiempos. La reforma del código de 1932 se nos encomendó como obra urgente para adaptar la ley penal fundamental a la Constitución de 1931. Se aprovechó el encargo para introducir algunas otras modificaciones, pero a mi entender se pudo utilizar la ocasión para algunas otras muy necesarias innovaciones. Luego, la inestabilidad política impidió desarrollar el proyecto de remozamiento general que teníamos en estudio. La generación de la posguerra española, preocupada por la defensa política, no obstante, el tiempo transcurrido de paz, tampoco ha acometido a fondo la labor. Esperemos que los jóvenes actuales, lograrán que nuestro país no sea diferente del mundo europeo occidental en lo que a instituciones penales se refiere<sup>54</sup>.

Eran los años setenta en los cuales, permítaseme contar una anécdota, Antón preguntó a Gimbernat, al oír las críticas abiertas de los jóvenes, si ya podían decirse estas cosas<sup>55</sup>. Parece ser que la respuesta es negativa, pues en aquellos años Antón fue destituido como director del Anuario de derecho penal por no ejercitar suficientemente la censura<sup>56</sup>.

---

54. ANTÓN ONECA, «El derecho penal de la postguerra», *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 174.

55. Comunicación personal que me hizo el profesor Enrique Gimbernat (noviembre, 1989).

56. BARBERO SANTOS, «Don José Antón Oneca: in memoriam», *op. cit.*, p. 16.

## 8. Conclusiones: la ciencia jurídico penal española en su contexto internacional

Para concluir esta larga exposición, quisiera acabar con una especulación. Podría pensarse que la ruptura intelectual sin precedentes (salvo que nos remontemos a la expulsión de los judíos) que supuso el exilio del franquismo no fue, en el plano de la ciencia jurídico penal, tan grave. Después de todo se afianzó una generación de dogmáticos en condiciones de dialogar con la ciencia jurídico penal alemana. Además, podría pensarse que la tradición político-criminal en la que se enmarca la obra de Jiménez de Asúa (el modelo integrado de ciencia penal) ha caído en crisis, ya que este modelo se encuentra ligado a una concepción criminológica centrada en el ideal rehabilitador, que, a partir de los años sesenta, resulta seriamente cuestionado por otras corrientes criminológicas.

Quizá ello sea cierto, pero esta ruptura de las tradiciones no ha dejado de tener consecuencias negativas en la evolución de la ciencia jurídico penal. El modelo político-criminal veía al derecho penal como un instrumento de lucha contra el delito, justificado exclusivamente en atención a su efectividad. Los penalistas orientados por este modelo son necesariamente sensibles a la criminología y, en particular, a aquellos estudios que ponen de manifiesto los elevados costes sociales y la ineffectividad rehabilitadora de la pena de prisión.

La crisis del ideal rehabilitador que se produce en los años sesenta ha puesto, en efecto, en serios apuros a los penalistas orientados en el modelo político-criminal pero esta crisis no ha llevado al vacío, sino que ha comportado el surgimiento de nuevos modelos político-criminales, dirigidos a disminuir el papel del derecho penal o, al menos, de la pena de prisión, en la lucha contra el delito.

El predominio de la tradición dogmática en la generación de los sesenta, acompañada de una justificación retribucionista del derecho penal, ha dificultado que, una vez que se produce el cambio político, la ciencia penal retomara el modelo político-criminal. Es cierto que ha existido una corriente minoritaria cuyos planteamientos utilitaristas propician tal opción. No obstante, no creo que la ciencia penal española, haya llegado en el momento presente a asumir un nuevo modelo integrado de ciencia penal<sup>57</sup>.

---

57. En el debate subsiguiente a la exposición, decía Elena Larrauri, con razón, que este nuevo modelo integrado de ciencia penal encuentra ulteriores dificultades en el hecho de que la criminología positivista ha pasado a ser sustituida por una criminología elaborada en un contexto cultural, el americano, más lejano.

## 9. Bibliografía

- ANTÓN ONECA, J., «El perdón judicial», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, separata*, 1922, pp. 5-22, 187-224 y 411-443.
- ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Universidad de Salamanca, Salamanca.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, Madrid: Akal, 1949 (2 ed. 1985).
- ANTÓN ONECA, J., «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, II, Universidad de Santiago de Compostela, Salamanca, 1960.
- ANTÓN ONECA, J., «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *Revista de Estudios Penitenciarios*, vol. 20, núm. 166, 1964, pp. 415-427.
- ANTÓN ONECA, J., «Historia del código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 18, núm. 2, 1965, pp. 263-278.
- ANTÓN ONECA, J., «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 18, núm. 3, 1965, pp. 473-495.
- ANTÓN ONECA, J., «El derecho penal de la ilustración y D. Manuel de Lardizábal», *Revista de Estudios Penitenciarios*, vol. 22, núm. 174, 1966, pp. 596-626.
- ANTÓN ONECA, J. «Las teorías penales italianas en la posguerra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 20, núm. 1, 1967, pp. 17-43.
- ANTÓN ONECA, J., «La generación española de la política criminal», *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, pp. 337 y ss.
- ANTÓN ONECA, J., «El código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 23, núm. 2, 1970, pp. 229-251.
- ANTÓN ONECA, J. «La obra penalista de Jiménez de Asúa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 23, núm. 3, 1970, pp. 547-543.
- ANTÓN ONECA, J., «El derecho penal de la posguerra», *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1971, pp. 161-174.
- ANTÓN ONECA, J., «Los proyectos decimonónicos para la reforma del código penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 25, núm. 2, 1972, pp. 547-543.
- ANTÓN ONECA, J. «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 27, núm. 2, 1974, pp. 205-220.
- BARBERO SANTOS, M., *Política y derecho penal en España*, Júcar, Madrid, 1977.
- BARBERO SANTOS, M., «Don José Antón Oneca. In memoriam», *Documentación Jurídica*, núm. 29-32, 1981, pp. 7-17.
- CEREZO MIR, J., «En memoria de D. José Antón Oneca», *La Ley*, I, 1981, pp. 1028-1030.

- CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 86-129.
- CID MOLINE, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- CUERDA RIEZU, A., «Tabla genealógica científica de los profesores españoles de derecho penal en el siglo XX», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 33, núm. 1, pp. 99-115.
- DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, I, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1915, pp. 191-226.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El exilio de Jiménez de Asúa», *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990 (edición original, 1970), pp. 15-17.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de derecho penal*, tomo 1, Losada, Buenos Aires.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. (1984), «Prólogo», a *La idea de fin en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984, pp. 7-26.
- ROSSI, P., *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1839 (edición original, 1829).
- SAINZ CANTERO, J. A., *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Bosch. Barcelona, 1970
- SILVELA, L. *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, Madrid, 1874
- SPIRITO, Ugo, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, 3ª ed., Sansoni, Florencia, 1974 (edición original, 1924).
- TOMAS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969.
- VON LISZT, F., *La idea de fin en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso 1984 (edición original, 1883).